www.libtool.com.cn

B.L. Jan. 1915

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 27 1914

www.libtool.com.cn

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

JUN 1 0 2005	

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

www.libtool.com.cn

Rov 12

22

ESTUDIOS

www.libtool.com.cn

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

POR

LUIS F. BORJA

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

TOMO SEGUNDO

LIBRO I°.

TITULO I. De las personas. — TITULO II. Del principio y fin de la existencia de las personas.

PARIS

A. ROGER Y F. CHERNOVIZ

IMPRESORES-EDITORES

7, RUE DES GRANDS AUGUSTINS, 7

1901

N

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

OBRAS CITADAS EN ESTE SEGUNDO TOMO

ACCARIAS.—Précis de Droit Romain.
ASSER.—Éléments de Droit International privé.
BAUDRY-LACANTINERIE.—Traité Théorique et Pratique de Droit Civil.
BELLO.—Derecho Internacional.
BLUNTSCHLI.—Le Droit International Codifié (traduit de l'allemand par M. C. Lardy).
BONNIER.—Traité théorique et pratique des Preuves.
BROCHER.—Cours de Droit International privé.
CALVO.—Le Droit International théorique et pratique (edición de 1896).
COGORDAN.—La Nationalité au point de vue des rapports internationaux.
COLMET DE SANTERRE.—Cours analytique de Code Civil.
D'AGUESSEAU.—Œuvres (edición de Pardessus).
DALLOZ.—Jurisprudence Générale.
DALLOZ-VERGÉ.—Code Civil annoté et expliqué d'après la Jurisprudence et la doctrine.
DELVINCOURT.—Cours de Code Civil.
DEMANTE.—Cours analytique de Code Civil.
DEMOLOMBE.—Cours de Code Napoléon.
DESPAGNET.—Précis de Droit International privé.
DOMAT.—Les Lois Civiles.
DONELLO.—De Iure Civile comment.
DURANTON.—Cours de Droit Français.
ESCRICHE.—Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.
FIORE.—Diritto Internazionale Privato.
FOELIX.—Traité du Droit International privé.
FREITAS.—Código Civil. Esboço.
GAII.—Institutionum Commentarii quatuor.
GIBBON.—The History of the decline and fall of the Roman Empire.

www.libtool.com.cn

Gómez de la Serna.—Curso histórico exegético del Derecho romano.
Grocio.—De Iure belli ac pacis.
Heffter.—Le Droit International de l'Europe (traducion de Bergson).
Jhering.—L'Esprit du Droit Romain (traducción de Meuleneare).
Kent.—Commentaries on American Law.
Klüber.—Droit des Gens moderne de l'Europe.
Laurent.—Le Droit Civil International (D. C. I.)
" Principe du Droit Civil.
Locré.—Esprit du Code Napoléon. (E)
" La Legislation Civile, Commerciale et Criminelle de la France.
Marcadé.—Explication Théorique et pratique du Code Civil.
Martens.—Précis du Droit des Gens (edición de Pinheiro-Ferreira).
Massé.—Le Droit Commercial dans ses rapports avec le Droit des Gens et le Droit Civil.
Maynz.—Cours de Droit Romain.
Merlin.—Recueil alphabétique des questions de Droit (Q).
" Répertoire de Jurisprudence.
Moly.—Traité des absents.
Montesquieu.—De l'Esprit des Lois.
Niebuhr.—Histoire Romaine (traducción de Golbéry).
Ortolan (J.).—Histoire de la Législation romaine.
" " Généralisation du Droit Romain.
" " Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien.
Pacheco.—Comentario á las Leyes de Toro.
Pardessus.—Traité des Servitudes.
Phillimore.—Commentaries upon International Law.
Pillet.—De l'Ordre public en Droit International privé.
Plasman.—Code et Traité des Absents.
Pothier.—Œuvres (edición de Bugnet).
Pradier-Foderé.—Traité de Droit International public européen et américain.
Rolin.—Principes du Droit International privé.
Savigny.—Traité du Droit Romain.
Stephen.—New Commentaries on the Laws of England (partly founded on Blackstone).
Story.—Commentaries on the Conflict of Laws
Toullier.—Le Droit Civil français.
Troplong.—Donations et Testaments.
Vattel.—Le Droit des Gens.

VINCENT et PÉNAUD.— Dictionnaire de Droit International privé.
WEISS.—Traité théorique et pratique de Droit International privé.
WESTLAKE.—A Treatise of private International Law.
WHEATON.—A Treatise on the Conflict of Laws.
ZACHARIAE.—Cours de Droit Civil français, d'après la méthode de . . . . . , par Aubry et Rau. (A. R.)
" Le Droit Civil français, traduit de l'allemand suivant l'ordre du Code Napoléon, par Massé et Vergé. (M. V.)

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

LIBRO I. (*)

DE LAS PERSONAS.

1. Antes de estudiar cada uno de los *libros* del Código civil, fijémonos en el plan que formó D. Andrés Bello en cuanto á las divisiones del Derecho.

Las Instituciones de Justiniano (1) y el Digesto (2) dividieron el Derecho en tres partes : Personas, cosas y acciones; división del todo deficiente, porque no comprendía el *derecho de la sucesión*, diverso del *derecho de las cosas*, ni el *derecho de las obligaciones*, el cual abraza el de las *acciones*.

Esta división ejerció, empero, grande influencia y fue aceptada por muchos de los intérpretes del Derecho romano.

2. El Código de Napoleón se dividió en tres libros : 1° DE LAS PERSONAS (art. 7-515) : 2° DE LOS BIENES Y DE LAS DIFERENTES MODIFICACIONES DE LA PROPIEDAD (arts. 516-710); y 3° DE LAS DIVERSAS MANERAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD (arts. 711-2281).

En el *discurso preliminar* que se presentó con el *proyecto* del Código de Napoleón, decía Portalis (3) : " Vamos á exponer la división de la obra :

" Esta división puede considerarse en dos aspectos, á

(*) Savigny. I. § 52-59. — Locré. I. 321. 4-6. — 327. 8-10. — 356. 6-9.—Toullier. I. 166. 167.—Laurent. I. 14-21.—Zachariae. (M. V.) I. § 7.15. — Zachariae. (A. R.) I. § 7.16. — Baudry-Lacantinerie. 1. 54-65. — Maynz. I. § 4.

(1) Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. (I. I. II. 12.)

(2) (I. V. I.)

(3) Locré. I. 327. 8. 9.

saber, las materias mismas que comprende, y la forma exterior en que éstas se clasifican.

" En cuanto á las materias, el método más natural sería, á no dudarlo, aquel en que los asuntos se sucediesen unos á otros según las medias tintas casi imperceptibles que sirven á un mismo tiempo para separarlos y reunirlos; pero ello no siempre es posible.

" Examinándose los muchos métodos que los jurisconsultos han observado para dividir el Derecho, hemos visto lo arbitrario de tal división; y si bien no suponemos que la nuestra sea la única ó la mejor, juzgamos que no fuera útil alterar las divisiones usuales.

" Hemos observado, pues, el orden que sigue el *Derecho romano*. El *proyecto* del Código presenta primeramente algunas reglas sobre las leyes en general; después trata DE LAS PERSONAS, DE LAS COSAS, Y DE LA MANERA DE ADQUIRIRLAS ".

Es necesario conocer á ciencia cierta la historia fidedigna del Código de Napoleón para cerciorarse de que los redactores se hubiesen propuesto comprender en el Libro III, DE LAS DIVERSAS MANERAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD, todo cuanto concierne á las obligaciones y á las acciones.

Muchos jurisconsultos distinguidos, y entre ellos Massé y Vergé (anotadores de Zachariae), (4) defienden el método del Código de Napoleón. " Sean cuales fueren las críticas ", dicen; " que según un sistema meramente científico se hagan al plan del Código civil, ese plan tiene el mérito inapreciable de ser claro, su clasificación se comprende fácilmente, y está á los alcances de todos ".

Si bien respetamos tal parecer, creemos que tratándose de la división misma de las materias, el Código de Napoleón no es claro, metódico ni fácilmente comprensible. ¿Puede ni suponerse que en el libro DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD se trate de todas las convenciones, cuando muchas de ellas en nada atañen al *dominio* como el arrendamiento, prenda, hipoteca?

Cierto, evidentísimo que la falta de lógica y método en la división de las materias, no menoscaba el mérito del Código, una de las grandes conquistas de la época moderna;

---

(4) I. § 8.

y que el principal de los títulos honoríficos del *Primer Cónsul* consiste en que obra tan admirable lleve el nombre de *Código de Napoleón*.

www.libtool.com.cn

3. El talento eminentemente investigador y práctico de Savigny conoció que al estudiar el Derecho era necesario un sistema conforme á la naturaleza misma de las cosas.

Veamos, en resumen, tal sistema.

El mundo exterior es el medio donde viven las personas, y con el cual están relacionadas; pero sus relaciones más importantes son con las que tienen la misma naturaleza y el mismo destino.

Para que las personas libres se ayuden mutuamente en el desarrollo de su actividad, es menester que una invisible línea de demarcación fije los límites del desarrollo simultáneo de los individuos, y les dé independencia y seguridad. La regla que fija esos límites y garantiza la libertad, se llama DERECHO.

Los derechos pueden ejercerse relativamente á la naturaleza no libre y á las personas.

Podemos dominar, no toda la naturaleza, sino una porción determinada, separándola de su conjunto. La porción así separada se llama *cosa;* y aquí comienza la primera especie de *derechos*, *el derecho en una cosa*, el cual, bajo su forma más completa, se llama *dominio*.

En cuanto á los derechos hacia otras personas, ellos las sujetan en ciertos respectos á nuestra voluntad. Cuando podemos exigir á una persona un acto determinado, éste se denomina *obligación*. La obligación y el dominio son análogos, en cuanto extienden el imperio de nuestra voluntad á una porción del mundo exterior, y tienen además otras semejanzas especiales. Primeramente, el efecto de la obligación puede resolverse en una suma de dinero, esto es, transformarse en la propiedad de ese dinero. Además, muchas obligaciones, y las de mayor importancia, conducen á la adquisición definitiva ó á un goce temporal del dominio. Así, ambas especies de derechos, la *propiedad* y la *obligación*, extienden, en cuanto á la parte que estipula, el poder del hombre sobre el mundo exterior. El conjunto de las relaciones que extienden las facultades del individuo, se llama *bienes*, y el conjunto de las instituciones que los reglan, se llama *derecho de los bienes*.

Tratándose de las personas, es menester estudiarlas también en otro aspecto; pues no sólo son seres aislados, sino miembros del todo orgánico que compone la humanidad. El hombre se refiere á ese gran todo por medio de individuos determinados, y sus relaciones con ellos constituyen el origen de otro derecho enteramente nuevo. A diferencia de la obligación, tales relaciones consideran al hombre, no como existente por sí mismo, sino como un ser que debe completarse en el seno de la sociedad.

Tal deficiencia y su complemento se nos muestran en dos sentidos :

1° La diversidad de sexos manifiesta que un individuo representa incompletamente à la humanidad, y que debe completarse por el matrimonio; y 2° La existencia del individuo está limitada por el tiempo; de lo cual se originan varios derechos supletorios.

La organización especial del hombre al principio de la vida le priva en lo absoluto de la dirección de sus fuerzas, y por medio de la educación adquiere gradualmente tal poder. La institución que proviene de esta doble deficiencia y regla su complemento, es la *patria potestad*, y á ella se refiere la *paternidad*. El conjunto de las relaciones supletorias, el *matrimonio*, la *patria potestad* y la *paternidad*, se llama *familia*, y las instituciones que la reglan, *derecho de la familia*.

Según la clasificación precedente, hé aquí el orden en que se nos presentan las diversas instituciones del Derecho :

Matrimonio.
Patria potestad.
Parentesco.
Tutela.
} *Derecho de la familia.*
Derecho de las cosas.
Derecho de la sucesión.
Obligaciones.

4. D. Andrés Bello aceptó el sistema de Savigny al redactar el proyecto del Código civil, dividiendo las materias del derecho en cuatro libros :

El primero comprende el *derecho de las personas :*
El segundo, el de las *cosas :*
El tercero, el de la *sucesión por causa de muerte;* y

El cuarto, el de las *obligaciones*.

El derecho de las personas abraza el de la familia, pues trata no sólo de las personas mismas, sino también del *matrimonio*, la *patria potestad*, la *paternidad* y *filiación* en todos sus aspectos, la *tutela* y las *personas jurídicas*.

Freitas y Vélez-Sarsfield siguieron más estrictamente el método de Savigny; y es evidentísimo que el *Proyecto de Código del Brasil* y el *Código argentino* son, en cuanto al método, muy superiores al *Código chileno*.

Notemos, por último, que el sistema de Savigny ha sido aceptado, con levísimas modificaciones, por el eminente jurisconsulto belga Maynz. (6)

Art. 54. Las personas son naturales ó jurídicas. De la personalidad jurídica i de las reglas especiales relativas á ella se trata en el título final de este libro (*).

REFERENCIAS.

Jurídicas. 545.

CONCORDANCIAS.

C. E. 50.

C. Arg. 30. Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones.

31. Las personas son de una existencia ideal ó de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, ó contraer las obligaciones que este Código regla, en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad ó incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden ó niegan las leyes.

C. C. 73.

COMENTARIO.

5. Terminado el *Título preliminar*, que encierra las

---

(6) I. § IV.

(*) Laurent. I. 287.—Zachariae. (M. V.) I. § 40.—Zachariae. (A.R.) I. § 52.—Huc. I. 202.—Freitas. art. 16. 17.—Ortolan. (G.) 21.— Accarias. I. 34.—Maynz. I. § 9.—Gómez de la Serna, I. p. 139. 140.

reglas fundamentales comunes á todas las materias del *Derecho civil*, debió pasarse al estudio de las *personas*; las cuales son en realidad de verdad el único objeto de las leyes, por cuanto á las personas se refieren todas las demás materias en que el legislador se ocupa. (1)

www.lintool.com.cn

Divídense las *personas* en *naturales* y *jurídicas*, esto es, ya seres humanos que, dotados de razón, son hábiles para adquirir derechos y contraer obligaciones; (2) ya seres ficticios, creados por la ley con un fin meramente jurídico, y que también pueden ejercer derechos y contraer obligaciones en cuanto sean necesarios para el objeto de su institución.

Limítase el artículo á la mera distinción entre las *personas naturales* y las *personas jurídicas*. Después hablaremos de todo cuanto á unas y á otras concierne.

---

(1)..... parum est ius nosse, si personae quarum causa constitutum est, ignorentur. (I. I. II. 12.)

(2) " Se llama persona todo ente, real ó ficticio, capaz de ser el sujeto activo ó pasivo de un derecho, esto es, que puede adquirir derechos ó contraer obligaciones. En ese sentido hay personas reales y personas de creación legal. " (Accarias. I. 34.)

" Persona es todo ser, ó bien físico ó bien de creación legal, capaz de derechos y de obligaciones. De este modo se comprenden en la definición no sólo los individuos y las corporaciones, sino también otras personas que en su poder de abstracción crea la ley : la representación personal de la herencia que está sin aceptar, y la que el fisco tiene en todos los países, pueden servirnos de ejemplo. " (Gómez de la Serna. I. p. 139. 140.)

El art. 16 del Proyecto de Freitas define las personas : todos los entes susceptibles de adquirir derechos; y el autor lo anota : " Sin acudir á la idea de *ente*, nadie podrá traducir la síntesis de la existencia de las personas. La observación, en primer análisis, halla al hombre en sus manifestaciones visibles como el único sujeto que adquiere derechos ó contrae obligaciones; pero luego se observa que el sujeto de los derechos ú obligaciones no siempre obra por sí, sino que representa á otros entes. En estos casos de representación, cualquiera que sea, voluntaria ó necesaria, tenemos pues un representante y un representado. Prosigue el análisis á la investigación de quién sea el representado, y se ve que algunas veces es otro *hombre*, y que otras no es otro *hombre* ni *entes* que tengan existencia visible. ¿Como, pues, fórmase la síntesis de toda la existencia de las personas sin decir que son *entes*? "

www.libtool.com.cn

Art. 55. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo, estirpe ó condición. Divídense en chilenos i estranjeros. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 54.

C. E. 51. Son personas todos los individuos de la especie humana cualesquiera que sean su edad, sexo ó condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.

C. Arg. 51. Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades ó accidentes, son personas de existencia visible.

52. Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos ó contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces.

C. C. 74.

COMENTARIO.

6. Para que no hubiese discordancia entre el art. 54 y el 55 debió decirse : son *personas naturales* todos los individuos..... La impropiedad províene de que al revisarse el *proyecto* se agregó el art. 54, que distingue entre las *personas naturales* y las *jurídicas;* y después se copió textualmente el artículo en que se determina qué personas son naturales.

Acaso hubiera sido más propio que el art. 55 terminase en la palabra condición, y que otro estableciera la importantísima diferencia entre los *chilenos* y los *extranjeros.*

En el Código ecuatoriano se suprimió, con razón, la palabra estirpe; la cual puede dar margen á suponerse que para la concesión de los derechos se atiende á las distinciones de gerarquía.

(*) Savigny. I. § 53. II. § 60. 66.—VIII. § 345. 346. 361.—Locré. I. 329. 11. 12.—Toullier. I. 168. 181.—Laurent. I. 287.—Demolombe. I. 132. 133.— Zachariae. (A. R.) I. § 53.—Huc. I. 96.—Baudry-Lacantinerie. I. 286-288.—Freitas. art. 17. 21. 35-37.—Ortolan. (G.) 23.—Maynz. I. § 9.—Calvo. II. § 698.—Gibbon. III. chap. XLIV. pág. 197. 198.

7. La definición de *persona*, considerada jurídicamente, carece de exactitud; porque el Derecho civil no trata de las personas sino como individuos que pueden adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones. Ya hemos visto (I. 249) que la palabra *persona* significa en latín máscara de teatro, y que por eso la emplearon los jurisconsultos para designar los diversos papeles jurídicos que el hombre representa en la vida civil, como ciudadano ó extranjero, mayor ó menor, padre legítimo ó hijo de familia, capaz ó incapaz..... En todos los demás aspectos el derecho civil prescinde de las personas. (1)

8. Al definir las personas *naturales* debió expresarse que todas son hábiles para adquirir derechos; y después, en cuanto al ejercicio de éstos, diferenciar entre las *personas capaces* y las *incapaces*.

El Código argentino (véanse las *concordancias*) declara, en su artículo 52, que las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. El Código chileno no se refiere sino indirectamente á la capacidad de adquirir derechos (art. 57), y la lógica exige que la ley la reconozca á todas las personas.

9. En cuanto al ejercicio de los derechos, en este parágrafo primero debió enumerarse las *personas capaces* y las *incapaces*. Trátase de la *capacidad* en el *Libro de las obligaciones;* lo cual es injurídico á no dudarlo, por cuanto la capacidad se refiere en general á todos los actos de la vida civil.

---

(1) " Todo derecho supone siempre necesariamente un sujeto á quien corresponda. Ese sujeto se llama *persona*. La propia palabra sirve también para designar la capacidad de adquirir derechos en general, ó de adquirir y ejercer cierto derecho determinado. " (Maynz. I. § 9.)

" La palabra persona es la traducción de la voz latina *persona*, que habiendo designado originariamente la máscara que usaban los actores antiguos, se aplicó después al papel que desempeñaba el mismo actor, porque esa voz expresaba materialmente el carácter del personaje; y, en fin, por una nueva extensión, al papel que todo individuo representa en la sociedad, ó al individuo mismo considerado con relación á ese papel.

" La persona puede definirse con exactitud : el hombre con relación al derecho, ó en cuanto puede ser el sujeto activo ó passivo de los derechos. " (Baudry-Lacantinerie. I. 286. 287.)

www.libtool.com.cn

Art. 56. Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son estranjeros.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 55.

C. E. 52. Son ecuatorianos los que la Constitución del Estado declara tales : los demás son extranjeros.

C. P. 30. La Constitución designa quiénes son peruanos y quiénes son extranjeros.

C. M. 23. Son mexicanos los que designa el art. 30; son extranjeros los que designa el art. 53; y son ciudadanos los que designa el art. 34 de la Constitución política de los Estados-Unidos Mexicanos.

COMENTARIO.

10. La nacionalidad (1) es uno de los puntos que más llaman la atención de los legisladores, jueces y jurisconsultos; por cuanto suscita á cada paso controversias, que

---

(1) " Hay otro vínculo entre el principio de nacionalidad y el derecho civil internacional En el Derecho antiguo, el estatuto personal estaba limitado á las leyes que reglan el estado y la capacidad de las personas, y se determinaba por el domicilio. Provenía esto de la infinita diversidad de fueros (*coutumes*) que variaban, en un solo y mismo Estado, de una ciudad y de una aldea á otra; y, en tal orden de cosas, el derecho no dependía sino del domicilio. Hoy el estatuto personal comprende el Derecho internacional, en cuanto rige éste las relaciones de interés privado, y el Derecho varía, no según el domicilio en lo interior de cada Estado, sino según las leyes que rigen los diversos Estados. En ese nuevo orden de cosas, el estatuto personal se determina por la nación á que el individuo pertenece. De ahí la grande importancia de la *nacionalidad,* considerada como fundamento del estatuto personal : debe saberse á qué nación pertenece una persona para determinar el Derecho que la rige en todas sus relaciones de interés privado. Pero ese principio comporta una restricción. No todos los Estados se fundan en el principio de nacionalidad, y el principio mismo no está universalmente recibido; lo cual no impide que cada Estado tenga su Derecho peculiar, que forma el estatuto personal de los miembros de ese Estado, y los sigue por consecuencia á dondequiera que residan. " (Laurent. D. C. I. III. 92.)

se dirimen, ya por los tribunales de cada Estado, ya por la vía diplomática.

www.libtool.com.cn

11. Para proceder con método y claridad estudiemos separadamente :

1°. Los principios generales sobre la nacionalidad :

2°. La nacionalidad originaria :

3°. La naturalización :

4°. La pérdida de la nacionalidad :

5°. La prueba de la misma :

6°. Los conflictos provenientes de las leyes que, sobre la nacionalidad, rigen en dos ó más Estados.

§ I.

Principios generales sobre la nacionalidad. (*)

12. La palabra *ciudadano* se ha empleado en dos acepciones : la de miembro de un Estado; y la de individuo que en él ejerce los derechos políticos. (2)

De ciudadano se derivó *ciudadanía;* la cual también significa la calidad de miembro del Estado y la aptitud para ejercer los derechos políticos.

A fin de evitar la ambigüedad de la voz *ciudadanía* se inventó *nacionalidad*, usada para significar sólo la calidad de miembro de un Estado. (3) En 1833 se empleó por pri-

---

(*) Cogordan. chap. I. p. 1-18. — Weiss. I. chap. I. p. 1-30. — Bluntschli. 364. — Calvo. II, 539. 540. —Laurent. (D. C. I.) III. 89-93. — Pradier-Foderé. 1645-1647. — Baudry-Lacantinerie. I. 317. 318. — Bello. (D. I.) cap. V. n. I. — Demante. I. 16 bis. IV. — Despagnet. 109. 113-115.

(2) " *Ciudadano,* en el Derecho de gentes, es todo miembro de la asociación civil, todo individuo que pertenece á la nación. " (Bello. D. I. cap. V. n. I.)

" *Ciudadano* es la persona que tiene aptitud para los derechos políticos, como el derecho de sufragio y el de elegibilidad. " (Demante. I. 16 bis. IV.)

(3) " El vínculo que liga el individuo al Estado, esto es, al

www.jdioni.com.ar

mera vez en Francia *nationalité*, y el año 1835, en el Diccionario de la Academia Francesa. (4) La Academia Española también ha dado carta de naturaleza á *nacionalidad*, y hoy casi siempre se distingue entre *ciudadanos* y *nacionales;* esto es, ya los individuos que en un Estado pueden ejercer los *derechos políticos*, ya todos los que son miembros del mismo Estado.

13. El Derecho político de todos los pueblos y el Derecho internacional se acuerdan en declarar el principio inconcuso de que los Estados, en virtud de la soberanía, pueden y deben determinar los requisitos de que dependen la *nacionalidad originaria*, la *naturalización* y la *pérdida de la nacionalidad.* (5)

---

grupo social é independiente, se llama *nacionalidad.* " (Cogordan. chap. I. § I. p. 4.)

" La *nacionalidad* puede definirse el vínculo que refiere una persona ó una cosa á una nación determinada. Se dice la *nacionalidad* de un individuo, y también se dice algunas veces la *nacionalidad* de una sociedad, de un inmueble, de un ferrocarril, la nacionalidad de un navío. " (Weiss. I. chap. I. tít. I. p. 1.)

(4) " *Nationalité* n'est dans le Dictionnaire de l'Académie que depuis l'édition de 1835 : il fut admis vers 1833 dans Boiste avec cette citation : ' Les Français n'ont point de *nationalité* '. Bonaparte. (Littré, *Dict.*)

(5) " Como todo Estado es independiente de los otros, es libre para reglar á su arbitrio las formalidades y requisitos de que depende la adquisición y la pérdida de nacionalidad. Varían, pues, en extremo las legislaciones sobre la materia que nos ocupa. Aquí el nacimiento en el territorio basta para conferir la nacionalidad; ahí no pertenece sino á los hijos de los nacionales, sin atender al lugar donde han nacido; allá la naturalización es una simple formalidad, y se concede fácilmente á quien la pide, y aun es obligatoria al extranjero domiciliado; acullá no se concede sino después de larga permanencia, ó por un acto legislativo. Unas veces la calidad de súbdito es indeleble, y en ningún caso puede perderse; otras al contrario, la expatriación es fácil y no depende sino de la voluntad individual.

" Si cada Estado pudiese prescindir de los otros, esas reglas varias fueran de fácil aplicación, y nadie podría quejarse de su diversidad. Pero los Estados, independientes en derecho, de hecho tienen obligaciones recíprocas, que provienen de las numerosas relaciones que entre ellos necesariamente se establecen. En ningún otro ramo de la legislación se originan tantos conflictos de la discordancia entre las disposiciones legales; pues en el mundo,

14. Si bien hoy se reconoce generalmente que todo individuo debe ser nacional de un Estado, (6) y que ninguno puede tener dos patrias, (7) no en todos los pueblos

---

como hoy está organizado, y con el perpetuo vaivén de los individuos entre las fronteras de las regiones más remotas, muchas personas, cuyo número de día en día se aumenta, tienen interés en que su nacionalidad se reconozca no sólo por un Estado sino por todos. Conviene, por ejemplo, que cuando un inglés se naturalice en Alemania, tenga certeza de que su nueva nacionalidad le será reconocida así por su patria adoptiva como por Inglaterra. " (Cogordan. chap. I. § III. p. 16. 17.)

(6) " Si la sociedad para constituirse y para funcionar regularmente, necesita el concurso de todos los individuos, también el hombre, para satisfacer sus deseos, necesita el auxilio de sus semejantes. Luego, en virtud de una ley de la naturaleza, él debe pertenecer á un grupo más ó menos numeroso, en cuyo seno ejerza sus facultades. Su debilidad le compele á acogerse á una fuerza colectiva y superior, que le sirva de apoyo y de refugio. Faltaría algo á nuestra existencia moral, si quedásemos sin vínculos personales con las grandes sociedades que se llaman Estados, cuya vida superior debe elevar y engrandecer la nuestra. No puede haber hombre sin patria, así como no le hay sin familia; la idea de patria no es sino el desarrollo de la idea de familia. Las conexiones sociales son una necesidad de la vida de relación, y en la nacionalidad es donde hallan su forma y su reglamentación naturales. " (Weiss. I. chap. I. tit. III. p. 19.)

(7) " Es evidente, como proposición general, que el hombre debe tener una sola patria. " (Phillimore. I. CCCXXIII.)

" Los individuos que tienen dos patrias son en derecho estricto una anomalía, como lo son los que no tienen ninguna, y además peligrosos; pues si acuden á cada una de sus patrias en asuntos en que haya pugna, pueden perturbar las buenas relaciones de nación á nación. Ciertos Estados y ciertas legislaciones no prohiben, empero, que concurran dos nacionalidades en una misma persona.

" Una doctrina del todo diferente ha prevalecido en Francia. Curiosa es la correspondencia entre Lord Brougham, que pedia se le naturalizase en Francia, y M. Crémieux, Ministro de Justicia; pues pone en claro el espíritu de la jurisprudencia francesa. ' Debo manifestaros las consecuencias que os sobrevendrán, si obtenéis lo que pedis, ' decía M. Crémieux. ' Si Francia os adopta por uno de sus hijos, dejaréis de ser inglés, y no seréis ya Lord Brougham, sino el ciudadano Brougham; y perderéis inmediatamente todos los privilegios, todas las ventajas de cualquier especie que sean, y que provengan, ya de vuestra calidad de inglés, ya de los derechos que os confieran hasta hoy

se han expedido leyes eficaces par impedir que haya extranjeros que no pertenezcan á nación alguna, ó que sean nacionales de dos ó más Estados.

www.dbtool.com.ar

Como en los pueblos cultos los extranjeros gozan de la protección de las leyes, y no están sujetos á las obligaciones más onerosas, (el servicio militar, los impuestos personales, etc., etc.), se multiplica sobre manera el número de los extranjeros que residen en un Estado largos años sin solicitar carta de naturaleza, y que carecen de otra nacionalidad conocida. De ahí que algunas naciones, como Alemania y Suiza, han creado la denominación especial *heimathlosat* (sin patria) para designar los individuos cuya nacionalidad no es conocida, y han dictado disposiciones severas contra aquellos individuos. (8)

---

las leyes ó los fueros ingleses, que sean inconciliables con nuestra ley de igualdad entre todos los ciudadanos '. Habiéndole contestado Lord Brougham que conservaría sus privilegios sólo en Inglaterra, y que ni los pretendería en Francia, M. Crémieux repuso en estos términos : ' Francia no consiente que un ciudadano francés sea al mismo tiempo ciudadano de otro Estado. Para adquirir la nacionalidad francesa es necesario que dejéis de ser inglés. No podréis ser inglés en Inglaterra y francés en Francia : nuestras leyes se oponen á ello y es menester elegir. '

" Esta doctrina es hoy la de todos los escritores. La idea misma de patria, que supone fidelidad y afección, es incompatible con la coexistencia de dos ó más nacionalidades en un mismo individuo. Pero, en la práctica, los conflictos posibles de nacionalidad, cuando dos naciones reclaman un mismo individuo como nacional, originan frecuentes dificultades entre los Estados. " (Cogordan, chap. I. § II. n. IV. p. 14.)

(8) " Los individuos sin patria, los *heimathloses*, para emplear el vocablo admitido por la constitución federal suiza, son las personas cuya nacionalidad no se puede determinar. Las naciones civilizadas tienen interés en que no haya *heimathloses;* los cuales forman excepción á la regla de que todos los hombres son ciudadanos de un Estado, y son peligrosos á la sociedad. De ahí las muchas tentativas para impedir el *heimathlosat*. La Convención de 15 de junio de 1851 entre los Estados alemanes dispone que cada uno de ellos debe conceder el indigenado á toda persona cuya nacionalidad no conste, ó que, cumplida la mayor edad, ha permanecido en el Estado durante cinco años, ó seis semanas después del matrimonio, ó que se ha casado en la nación, ó eventualmente á cualquiera persona que en ella ha nacido. " (Bluntschli, 369. n.)

15. Cogordan, (9) Calvo, (10) Weiss (11) afirman que la

www.libtool.com.cn

" Que todo hombre tenga nacionalidad cierta, y que no tenga sino una sola, es el ideal á que debe aspirarse. La falta de armonía entre las leyes expedidas en diversas naciones sobre esta materia, origina la violación de una de las dos reglas. Frecuente es que, según una legislación, la adquisición de la nacionalidad provenga de ciertos hechos de donde no nazca, para quien los ejecuta, la pérdida de su nacionalidad primitiva; y por lo mismo ese individuo tiene á un mismo tiempo dos patrias. Recíprocamente, una ley puede declarar que en ciertos casos se pierde la nacionalidad, aun cuando el que la pierda no adquiera otra; y entonces la persona carece de patria.

" El hombre sin nacionalidad se halla en una situación anormal y fecunda en inconvenientes; de hecho goza en todas partes de los derechos más importantes y de la protección social, sin soportar las cargas inherentes á la nacionalidad, principalmente el servicio militar. Contra los individuos sin nacionalidad, aunque la tengan de derecho, es contra quienes se dirigen las disposiciones legislativas que declaran nacionales á las personas que residen en la nación aunque sean extranjeras, y se exoneran de todas las cargas nacionales, así en el lugar donde viven como en la patria que han abandonado.

" Por otra parte, el que tiene á un mismo tiempo dos nacionalidades da margen á conflictos insolubles, en cuanto á los derechos y á los deberes inherentes á la nacionalidad, que puede reclamar ó que debe soportar, civil ó políticamente, y en cuanto á la protección administrativa ó diplomática á que es acreedor. " (Despagnet. 113.)

(9) " La nacionalidad forma una especie de contrato entre el Estado y los súbditos. A los que están unidos á él por ese *vinculum iuris*, el Estado los obliga no sólo á someterse á las leyes, mas también á prestarle servicios determinados. Todo depende entonces de la organización interior y de la constitución. Compréndese que entre el despotismo de los soberanos de oriente, que disponen *ad nutum* de la vida de los súbditos, y el régimen eslavo del *liberum veto*, según el cual no era obligatoria la ley sino cuando se había aprobado por la unanimidad de los diputados; puede haber infinidad de sistemas de gobierno. El Estado por su parte concede á sus nacionales ciertas prerrogativas, ya en cuanto á las potencias extranjeras, como la protección diplomática, ya en lo interior, como, por ejemplo, en Francia el derecho de no ser expulsados, salvo el caso de destierro, y de no ser entregados á nación extranjera por demanda de extradición. " (Chap. I. § 11. p. 7.)

(10). " Admítese hoy que la nacionalidad no es forzosa; ella tiene su base jurídica en una especie de contrato sinalagmático entre el Estado y el individuo. " (II. § 540.)

(11) " Un contrato sinalagmático entre la nación y cada uno

nacionalidad, ya de origen, ya por naturalización, proviene de un *contrato* entre el Estado y el individuo. Pero nosotros, sin poner en duda la competencia de tan eminentes publicistas, no aceptamos esta doctrina, rezago del pacto social de Rousseau.

www.hbtpol.com.cn

En cuanto á la nacionalidad originaria, evidente es que ella se considera no sólo como derecho sino también como obligación impuesta al ciudadano desde que nace. Las instituciones de cada pueblo declaran quiénes son nacionales de origen, concédenles derechos determinados, y les imponen obligaciones, en muchos casos tan onerosas que son insoportables. Si bien el ciudadano es libre para abandonar el suelo natal, y establecerse en otra patria donde obtenga los beneficios que en la suya no pudo conseguir; casi siempre tal derecho es ilusorio, porque mil y mil circunstancias impiden el ejercerlo. Singularísimo contrato, pues, aquel en que la voluntad de una de las pretensas partes no tiene ninguna intervención!

Y suponiéndose que el individuo ejerza el derecho de expatriarse, ¿cómo se concibe un contrato cuyas obligaciones dependan exclusivamente de una de las partes? (12)

---

de los individuos que la componen es, á nuestro ver, el fundamento jurídico de la nacionalidad.

" El vínculo de nacionalidad ó de sujeción es convencional, esto es, nace y no puede nacer sino del acuerdo de voluntades: la del Estado por una parte, y por otra la del individuo. " (Chap. I. tit. II. p. 7.)

(12) La doctrina enseñada por Weiss sobre el origen de la nacionalidad pugna, á nuestro ver, con el siguiente, certísimo principio asentado por el mismo autor: "El principio que domina toda esta materia consiste en que la nacionalidad no es forzosa.

" ¿Quiere decir eso que un Estado no puede atribuir á un extranjero la nacionalidad, cuando éste no ha manifestado claramente la voluntad de adquirirla? De ninguna manera. El Estado es señor absoluto; tiene el derecho incontestable de determinar las reglas aplicables á la adquisición y á la pérdida de la nacionalidad; y esas reglas, adoptadas por él, son de orden público internacional, en cuanto los preceptos de una legislación extranjera no prevalecen sobre ellas. Nada le impide conferir la nacionalidad á todo individuo que nace ó se establece en su territorio; no tiene que preocuparse de la ley ori-

Aunque la naturalización tiene alguna remota analogía con los contratos, ya porque rara vez se confiere contra la voluntad del individuo, ya porque en la mayor parte de los casos se exige manifestación expresa de la persona que la obtiene; todavía es violento el suponer un contrato bilateral entre el Estado y cada uno de los individuos á quienes se concede la naturalización.

Al tratar del efecto retroactivo de la ley (I. 103), observamos que adquirido el estado civil de *nacional*, los derechos y las obligaciones no dependen sino del legislador, que puede alterarlos como lo estime conveniente; y ningún principio más cierto en jurisprudencia que la ley posterior no modifica en manera alguna los derechos ni las obligaciones que de los contratos nacen.

Cierto que el nacional naturalizado puede dejar la patria cuando las nuevas obligaciones que se les impongan sean en extremo onerosas; pero, lo repetimos, esta facultad es á veces ilusoria, y el hecho mismo de compeler al nacional naturalizado á que salga de la patria, fuera otra obligación del todo incompatible con el pretenso contrato.

Parece, pues, que es un error el enseñar que la nacionalidad, ya originaria, ya por naturalización, provenga de un contrato entre el Estado y sus miembros.

§ II.

De la nacionalidad originaria. (*)

16. Para determinar la nacionalidad originaria se

---

ginaria de sus padres, y que tal vez no reconozca su cambio de patria. Sólo las conveniencias internacionales restringen el poder del Estado..... " (Chap. I. tit. III. p. 10.)

(*) Locré. II. 33. art. 2.—34. 2-7.—58. art. 2. 3.—59. 3-9. —81. art. 3.—198. art. 3.—217. 3-6.—237. 4.—248. 10.—284. 3.—300. art. 3.4.—318. 4.—337. 4.-6.—Merlin. Français. § I. n. I.—Dalloz. Droit Civil. 66-81.—Laurent. I. 320. 321. 326. 347. (D. C. I.) III. 94-127.—Demolombe. I. 146-154.—Zachariae. (M. V.) I. § 53.—Zachariae. (A. R.) I.§ 69.70.—Marcadé. I. 107-113. — Demante. I. 19-22. 31-34.—Baudry-Lacantinerie. I. 319. 355-

atiende, ó bien al lugar donde el individuo nace, ó bien á su filiación. Lo primero constituye el *ius soli;* lo segundo, el *ius sanguinis.* (13)

" Los pueblos antiguos ", dice Weiss, (14) " estimaban en sumo grado su derecho de ciudad, y hubieran temido despreciarlo concediéndolo al primero que por casualidad naciese en el territorio. Era menester que la nacionalidad del padre respondiese del patriotismo del hijo. Además, ¿qué era la ciudad antigua? Una asociación de familias, cuyos miembros se habían agrupado en torno de un mismo altar por el culto de un antecesor común. Muy natural, pues, que ese culto no se conservase sino por los descendientes del abuelo finado, y que, por consecuencia, el acceso mismo á la ciudad estuviese, en su origen, prohibido á toda persona extraña á las familias de que ella se componía. Por lo cual el principio de que sólo la filiación puede conferir la ciudadanía era observado en Roma rigorosamente. "

431.—Massé. II. 985.—Vattel. I. XIX. § 212. 215.—Heffter. § 59. —Foelix. I. 28.—Rolin. I. 370-383.—Brocher. I. 65.—Fiore. I. 19-22. 324. 325.—Phillimore. CCCXIX. CCCXX.—Westlake. § 280-282.—Wharton. § 10.—Cogordan. chap. II. p. 21-113.—Weiss. chap. II. p. 71-281.—Calvo. II. § 540-546.—Despagnet. 112. 117-130.—Pradier-Foderé. III. 1647-1652.

(13) " ¿Cuál será la nacionalidad que tenga el hijo cuando nace?

" Como cada Estado tiene el derecho incontestable de determinar los requisitos según los cuales los individuos son miembros del Estado ó dejan de pertenecer á él, compréndese que las legislaciones de los Estados no resuelven el problema en un mismo sentido. Unas atienden á la relación territorial, y, en caso de duda, se fundan en el lugar del nacimiento: en esto consiste la influencia exclusiva del *ius soli;* otras prefieren las relaciones personales del hijo con sus padres, y derivan la nacionalidad de la filiación; ahí está la influencia exclusiva del *ius sanguinis.*

" El tercer sistema combina las dos influencias, atribuyendo predominio, bien á la nacionalidad de los padres, bien á la nacionalidad de nacimiento. " (Calvo. II. § 541.)

" En cuanto á la legislación, puede elegirse entre dos sistemas para determinar la nacionalidad del hombre cuando nace; atendiéndose, ya á la filiación, atribuyéndole la nacionalidad de sus padres, ya al lugar del nacimiento, y confiriéndole la del Estado donde vió la luz. " (Despagnet. 117.)

(14) I. chap. II. tit. II. p. 32.

17. Las leyes romanas distinguían si el hijo había nacido de justas nupcias ó fuera de matrimonio. En el primer caso el padre trasmitía al hijo la nacionalidad; (15) en el segundo, el hijo seguía la nacionalidad de la madre. (16)

18. Las Partidas declaraban naturales de España á los que en ella habían nacido. (17) Mas, según la Novísima Recopilación, eran naturales del reino los que, nacidos en éste, fuesen hijos de padres españoles de nacimiento, y hubiesen vivido en él diez años. (18)

---

(15) " ..... Semper connubium efficit, ut qui nascitur, patris conditioni accedat. " (Gayo. I. 80.)

Quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur..... (D. I. V. 19.)

(16) " Si mulier, cum fuisset nupta cum eo qui cum connubii ius non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet. " (Ciceron. Tópica IV.)

" SEMPER EX IIS, INTER QUOS non est connubium, qui nascitur iure gentium matris conditioni accedit. " (Gayo. I. 78.)

" Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit. " (D. I. V. 24.)

(17) Acrescentar, e amuchiguar, e fenchir la tierra, fue el primero mandamiento que Dios mando al primero ome e muger despues que los ouo fecho. E esto fizo, porque, entendio que esta es la primera naturaleza, e la mayor que los omes pueden auer en la tierra en que han de beuir. Ca maguer es muy grande la otra que ganan por criança, que les es assi como Ama que los gouierna : e otrosi la que toman morando en la tierra, aprendiendo, e vsando en ella las cosas que han de fazer, e se les faze assi como Ayo, o Maestro que les enseña lo que han de aprender, con todo esso, por mayor touieron las Sabios antiguos, que fablaron en todas las cosas muy con razon, aquella naturaleza que de suso diximos, que los omes han con la tierra, por nascer en ella. (P. II. XX. I.)

(18)..... " Ordenamos y mandamos, que aquel se diga natural, que fuere nacido en estos reynos, y hijo de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre, sea asimismo nacido en estos reynos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas de esto haya vivido en ellos por tiempo de diez años; con que si los padres, siendo ambos, ó á lo ménos el padre nacido y natural de estos reynos, estando fuera de ellos en servicio nuestro, ó por nuestro mandato, ó de paso, y sin contraer domici-

19. Las antiguas leyes francesas aceptaron el sistema feudal; pues todo el que nacía en el territorio de Francia era súbdito del Rey. (19)

20. Cuando se presentó el Proyecto del Código de Napoleón, se propuso el mismo sistema. (20) Pero el Tribunado manifestó que el principio absoluto de prescindir de los vínculos entre el padre y el hijo era contrario á la justicia; (21)

---

lio fuera de estos reynos, hobieren algun hijo fuera de ellos, este tal sea habido por natural de estos reynos : y esto se entienda en los hijos legítimos y naturales, ó en los naturales solamente; pero en los espúrios disponemos y mandamos, que las calidades, que conforme á lo de suso dispuesto se requieren en los padres, hayan de concurrir y concurran en las madres. " (N. R. I. XIV. 7.)

(19) " Los ciudadanos, los verdaderos y naturales franceses, según la definición de Bacquet, son los que nacen en el reiño, y los que nacen en nuestras colonias, y aun en naciones extranjeras, como Turquía y África, donde tenemos establecimientos comerciales.

" Los hijos nacidos en otro Estado, de padre francés, y que no se han domiciliado en él, ni perdido el ánimo de regresar, son también franceses; y con más razón debe serlo, el que nace en alta mar, de padres franceses. " (Pothier. Des Personnes. 43.)

(20) Art. 2 del Proyecto : Tout individu né en France est Français. (Locré. II. 58. I.)

(21) " Compréndese fácilmente ", decía el Tribuno Gary, por qué el proyecto no habla de los nacidos en Francia de padres franceses; pues para ellos se expide la ley francesa, y se crean los derechos civiles.

" Pero hay más dificultad en cuanto al individuo nacido en Francia de padres extranjeros. Pretendíase que ese individuo es francés sin atender á sus circunstancias ni á su voluntad anterior. Si una feliz casualidad, se decía, le ha traído á nacer en nuestro territorio, preciso es que esa felicidad se extienda á toda la vida, y que goce de los derechos de francés. Para apoyar esta opinión se citaba á Inglaterra, donde todo individuo nacido en el suelo inglés es súbdito del rey.

" Los designios generosos en que este sistema se fundaba, han cedido á razones de orden superior. Reconócese que sería injusto, incompatible con la dignidad nacional, que si nace el hijo de un extranjero cuando éste pasaba por territorio francés, y que, llevado inmediatamente por sus padres á su nación originaria, no hubiese residido en Francia ni manifestado el deseo de establecerse en ella, gozase en la misma de todos

y de ahí provino la redacción definitiva del art. 9°. (22)

Tal artículo tenía el gravísimo inconveniente de no atender sino al *ius sanguinis* para conferir la nacionalidad; pues si el hijo no declaraba el ánimo de avecindarse en Francia, él y sus descendientes conservaban de una manera indefinida la calidad de extranjeros.

www.libtool.com.cn

21. Según la ley de 1889, modificada en 1893, en Francia son nacionales de origen :

1°. Todo individuo que, hijo de francés, hubiere nacido en Francia ó en nación extranjera :

2°. Todo individuo nacido en Francia, cuyos padres fueren desconocidos ó de nacionalidad incierta :

3°. Todo individuo nacido en Francia, cuyos padres, aunque extranjeros, hubieren nacido en ella. Pero si sólo la madre nació en Francia, se concede al hijo la facultad de renunciar la nacionalidad francesa dentro del año subsiguiente á aquel en que hubiere cumplido veintiuno :

---

los beneficios de la ley civil. Tales beneficios no se conceden sino á los que soportan las cargas públicas, y á quienes la patria puede exigir á cada instante socorro y auxilio. Todos los que son adoptados por las leyes nacionales, deben mostrarse dignos de ese beneficio, asociando su suerte á la de la patria adoptiva y estableciendo en ella su residencia. No se puede, á la verdad, atribuir más eficacia á la casualidad del nacimiento que á la carta de naturaleza, solicitada antiguamente por el extranjero, concedida por el soberano, y registrada con la solemnidad de ley en los tribunales depositarios de su autoridad. Ahora bien, la condición expresa y necesaria de las cartas de naturaleza era la residencia en Francia; condición tan absoluta que el no observarla hacía perder al naturalizado los derechos y la calidad que tal carta le conferia.

" En cuanto á las leyes inglesas, limítanse á declarar una máxima feudal, cuyo fundamento en nada atañe á la disposición que discutimos. " (Locré. II. 337. 3. 4.)

(22) Art. 9. Tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de FRANÇAIS, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.

4°. Todo individuo nacido en Francia, hijo de extranjero que, cuando cumpla veintiún años, tenga ahí su domicilio, á menos que en el año siguiente á aquel en que cumple los veintiuno, renuncie la calidad de francés, y pruebe que ha conservado la nacionalidad de sus padres. (23)

---

(23) Para que se comprenda bien la ley expedida en 1889, juzgamos conveniente insertarla íntegra, aunque sus disposiciones comprenden la nacionalidad originaria, la naturalización y la pérdida de la nacionalidad.

LOI DU 26 JUIN 1889.

Art. 1er. Les articles 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :

Art. 7.—L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des *droits politiques*, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et *électorales*.

Art. 8. — Tout Français jouira des droits civils.

Sont Français :

1° Tout individu né d'un Français *en France* ou à l'étanger. — L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel le preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père et la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père.

2° Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine.

3° Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.

4° Tout individu né en France d'un étranger qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités.

5° Les étrangers naturalisés.

Peuvent être naturalisés :

1° Les étrangers, qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater l'enregistrement de leur demande au ministère de la justice;

2° Les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non-

22. Según el art. 5° de la Constitución de Chile, " son chilenos:

www.libtool.com.cn

---

interrompue pendant dix années; est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français;

3° Les étrangers admis à fixer leur domicile en France, après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies et les protectorats français;

4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année de domicile autorisé.

Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger.

Art. 9. — Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans acomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera enregistrée au ministère de la justice.

S'il est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père; en cas de décès, par sa mère; en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille.

Il devient également Français, si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité.

Art. 10.—Tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger.

Art. 12.—L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari.

La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9.

Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une

1°. Los nacidos en el territorio de Chile. .

www.libtool.com.cn

mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8, § 4.

Art. 13.—L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils.

L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si la demande est rejetée.

En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation.

Art. 17.—Perdent la qualité de Français : .

1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi.

S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français.

2° Le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'art. 8, et aux art. 12 et 18.

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé.

4° Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire.

Art. 18.—Le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret. La qualité de Français pourra être accordée par le même décret à la femme et aux enfants majeurs s'ils en font la demande. Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8, paragraphe 4.

Art. 19.—La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française.

Si son mariage est dissous par la mort du mari ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du gouvernement; pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordé par le même décret de ré-

2°. Los hijos de padre ó madre chilenos nacidos en

www.libtool.com.cn

intégration aux enfants mineurs, sur la demande de la mère, ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille.

Art. 20.—Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les art. 9, 10, 18 et 19 ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque.

Art. 21.—Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire.

Art. 22. — La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Continueront toutefois de recevoir leur application le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et les autres dispositions spéciales à la naturalisation en Algérie.

Art. 23. — L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. Néanmoins il n'est éligible aux Assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année.

Art. 24. — Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir.

Art. 25. — Pour l'exécution de la présente loi, un règlement d'administration publique déterminera : 1° les conditions auxquelles ses dispositions seront applicables aux colonies autres que celles dont il est parlé à l'art. 2 ci-dessus, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans les colonies; 2°. les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire et à la naturalisation de faveur, dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du Code civil, ainsi qu'à la renonciation à la qualité de Français.

Art. 26. — Sont abrogés les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811, les lois de 22 mars 1849, 7 février 1851, 29 juin 1867, 16 décembre 1874, 14 février 1882, 28 juin 1883 et toutes les dispositions contraires à la présente loi.

DISPOSITION TRANSITOIRE.

Toute admission à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera périmée si, dans un délai de cinq années à comp-

territorio extranjero, (24) por el sólo hecho de avecindarse en Chile. — Los hijos de chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose el padre en actual servicio de la República, son chilenos aún para los efectos en que las leyes fundamentales, ó cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno..... "

www.libtool.com.cn

Se ve que el número 1° del art. 6° acepta lisa y llanamente el *ius soli*, esto es, el sistema feudal que adhería una persona al suelo donde había nacido, prescindiendo absolutamente de los vínculos, mucho más sagrados, que unen los hijos á los padres. (25)

Cuando en el número 2°. del art. 6° se habla de los hijos de padre ó madre chilenos, el legislador se refiere implícitamente á las leyes que fijan las reglas sobre la paternidad ó maternidad y la filiación.

Al promulgarse la Constitución estaban vigentes las leyes españolas, según las cuales el hijo legítimo ó el natural sigue la condición del padre, y los demás hijos, la de la madre.

Promulgado el Código civil, el hijo legítimo ó el natural tiene padres ciertos; mas el hijo ilegítimo no reconocido carece de padres, y por lo mismo no se le aplica la regla establecida en el sobredicho inciso 2° sino en los casos ex-

---

ter de la promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en naturalisation ou si la demande en naturalisation a été rejetée.

(24) Sorprende que al reformarse la Constitución no se hubiese evitado la oscuridad del artículo, en la parte que dice : " Los hijos de chilenos nacidos en territorio extranjero ". Las palabras nacidos en territorio extranjero se refieren, por la conexión gramatical, á chilenos, y no á hijos como lo requiere el contexto. Se hubiera evitado la oscuridad diciéndose : " Los hijos nacidos en territorio extranjero, de padres chilenos que se hallaban en actual servicio de la República. "

(25) Bello había manifestado ya la injusticia del principio que acepta la Constitución chilena : " Para que el privilegio ", dice, " el mero domicilio ó la mera extracción impongan las obligaciones propias de la ciudadanía, es necesario el consentimiento del individuo ".

Y añade : " El principio, que todo hombre pertenece por naturaleza al Estado en cuyo suelo nace, está en conflicto con el otro principio, que todo hombre pertenece por naturaleza á la patria de sus padres, donde quiera que nazca. " (D. I. cap. V. n. I.)

cepcionales, en que la filiación de los hijos ilegítimos no reconocidos fuere cierta, (26) como cuando se indaga la paternidad ó la maternidad para que el hijo obtenga alimentos, ó si, declarado nulo un matrimonio, los hijos fueren ilegítimos por no haber surtido éste efectos civiles; ó si, impugnada la calidad de hijo legítimo ó de hijo natural, en alguno de los casos señalados por la ley, pasare en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declara legal la impugnación.

En los casos previstos por el mismo número 2° del art. 5° debe prescindirse, en cuanto á la constitución del estado civil, de las leyes vigentes donde el hijo hubiere nacido; pues tratándose del estado civil de nacional chileno, no rigen sino las leyes de la República. Lo cual no obsta á que, respecto á la prueba misma del Estado civil, se apliquen las reglas establecidas en la nación donde el hijo hubiere visto la luz.

23. Conforme al art. 6° de la Constitución del Ecuador, " Son ecuatorianos:

1°. Los nacidos en el territorio del Ecuador de padre ó madre ecuatorianos:

2°. Los nacidos en el mismo territorio, de padres extranjeros, si residieren en él:

3°. Los que nacidos en Estado extranjero, de padre ó madre ecuatorianos, vinieren á residir en la República y expresaren su voluntad de que quieren ser ecuatorianos." (27)

---

(26) Los hijos adulterinos ó incestuosos se hallan en general, en cuanto á la nacionalidad, en las mismas circunstancias que los hijos de padres desconocidos. Hay casos, empero, en que sin haber un verdadero reconocimiento, su filiación consta judicialmente : tal es el caso del hijo adulterino, cuando el padre le desconoce, ó cuando se ha suscitado controversia sobre legitimidad. En estas circunstancias, los hijos adulterinos se hallan en el mismo predicamento que los hijos naturales reconocidos." (Cogordan. chap. II. § 2°. n. 1. p. 35.)

(27) Cogordan (a) y Weiss (b) enumeran la República del Ecuador entre las que aceptan á ciegas el sistema del *ius soli*. Por regla general, los escritores europeos, por ilustrados que sean,

(a) Chap. II. § 30. n. III. p. 43.
(b) Chap. II. t. IV. p. 224.

Los números 1° y 2° de este artículo son en extremo deficientes; pues dejan sin nacionalidad á muchos individuos. Acabamos de ver que cuando la Constitución menciona el padre ó madre de un individuo, se refiere implícitamente al Código civil; según el cual los hijos son legítimos ó ilegítimos; los segundos, naturales, de dañado ayuntamiento ó simplemente ilegítimos. Los hijos legítimos ó los naturales tienen padre ó madre conocidos, y muy rara vez los hijos illegítimos. Síguese, pues, que hay infinidad de personas, que nacidas en territorio ecuatoriano, y no siendo nacionales de otros Estados, carecen de nacionalidad ecuatoriana. Y tanto más inconcuso es ello cuanto la Constitución se propone enumerar taxativamente los individuos que gozan de la nacionalidad ecuatoriana, y que por lo mismo á todos los demás no la concede.

Conviniera, pues, reformar la Constitución con arreglo al sistema aceptado en muchas legislaciones y por el Derecho Internacional, (28) esto es, que los individuos nacidos en un Estado son nacionales, cuando los padres no son conocidos ó se ignora su nacionalidad.

24. En materia tan importante y tan usual juzgamos necesario indicar brevemente las disposiciones que, sobre la nacionalidad originaria, rigen en los Estados con quienes cultivan más frecuentes relaciones Chile y el Ecuador.

El Código Español encierra las siguientes disposiciones:

" Art. 17. Son españoles:

1°. Las personas nacidas en territorio español:

2°. Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España:

3°. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza:

4°. Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

---

o conocen sino muy superficialmente las instituciones de los ueblos sud-americanos, y debe leerse con desconfianza todo anto acerca de ellos aseveren ú opinen.

(28) " Los hijos expósitos, cuyos padres quedan desconocidos, n ciudadanos del Estado en cuyo territorio viven. " (Blunstchli, 36 bis.)

Art. 18. Los hijos, mientras permanezcan bajo patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres.

Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar del beneficio que les otorga el número 1º. del art. 17, será requisito indispensable que los padres manifiesten, en la manera y ante los funcionarios expresados en el art. 19, que optan, á nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando á toda otra.

Art. 19. Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles deberán manifestar, dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el art. 17.

Los que se hallen en el reino harán esta manifestación ante el encargado del Registro civil del pueblo en que residieren; los que residen en el extranjero, ante uno de los agentes consulares ó diplomáticos del gobierno español, y los que se encuentren en un país en que el gobierno no tenga ningún agente, dirigiéndose al Ministro de Estado en España. "

25. En los Estados Unidos se acepta el derecho consuetudinario inglés (*common law*), esto es el sistema feudal, que al conferir la nacionalidad de origen no atiende sino al nacimiento.

" Para que la nacionalidad de origen se produzca ", dice Kent, (29) " es necesario que la persona no sólo nazca en el territorio, sino bajo la fidelidad y jurisdicción del gobierno. Si una porción del Estado fuere tomada por conquista en la guerra, el conquistador adquiere los derechos de la nación conquistada, y los hijos nacidos en los ejércitos fuera de la nación y en una tierra ocupada por el enemigo, se reputan nacidos bajo la fidelidad del soberano á quien el ejército pertenece. "

26. " El vasallaje, así expreso como implícito, " dice Blackstone, (30) " se distingue por la ley en dos especies: el uno natural y el otro local. El *natural*, que es el de los súbditos nacidos en el Estado, consiste en un vínculo que no puede modificarse ó alterarse por ningún cambio de tiempo,

---

(29) (II. XXV. I.)
(30) II. p. 402.

lugar ó circunstancia, á menos que concurra la legislatura, porque NEMO POTEST EXUERE PATRIAM. Son súbditos naturales de nacimiento todas las personas que nacen en el Reino Unido ó sus colonias, y se extiende esta denominación aun á los extranjeros que residen en el Estado, siempre que sus padres no hubieren sido en algún tiempo enemigos del soberano inglés ".

27. Según el art. 28 del Código austriaco, el pleno goce de los derechos civiles ó el derecho de ciudad se adquiere por el nacimiento de los hijos de ciudadanos austriacos.

§ III.

De la Naturalización. (*)

28. La *naturalización* consiste en que el Estado confiera á un extranjero la nacionalidad. (31)

(*) Locré. II. 33. art. 5.—42. 12.—Merlin. Naturalisation.—Dalloz. Droits civils. 82-117.—Pothier. Des Personnes. 50.—D'Aguesseau. II. p. 608.—Ciceron. Pro Balbo. XII.—Accarias. I. 47.—Maynz. I. 157.—Vattel. I. XIX. § 214.—Zachariae. (A. R.) I. § 71.—Demante. I. 24-31. 35-37.—Baudry-Lacantinerie. I. 432-483.—Stephen's (Blackstone's). II. p. 409. 410.—Kent. II. XXV. 3.—Wheaton. II. II. § VI. n. I.—Westlake. § 284-288. 294-297.—Wharton. § 10. a.—Phillimore. I. CCCXXV-CCCXXXI.—Massé. II. 988.—Laurent. (D. C. I.) III. 174-221.—Foelix. II. 36-40.—Brocher. I. 66.—Rolin. I. 386-391.—Despagnet. 137-142.—Cogordan. chap. II. § I. II. p. 117-131. § III. p. 142-148. § V. p. 165-170.—Weiss. chap. III. tit. I. sect. I. II. p. 280-386. tit. VI. p. 604-692.—Calvo. II. § 581-595.—Pradier-Foderé. III. 1654. 1659. 1688.

(31) " La naturalización es el acto por el cual un extranjero obtiene los mismos derechos y privilegios que si hubiese nacido en Francia.

" La ley ha conservado la naturalización por carta; pero el onferirla es una de las atribuciones del poder legislativo: ' El oder legislativo ' (son sus propias palabras) ' podrá, por movos graves, conceder á un extranjero carta de naturaleza, no xigiéndole sino que establezca su domicilio en Francia, y preste l juramento cívico '.

" De ahí la ley de 26 de agosto de 1796, que confirió el título

La nacionalidad, como ya lo observamos, no depende sino de las instituciones de cada pueblo, y los otros no tienen derecho para oponerse á que ellas surtan efecto.

www.libool.com.cn

---

de ciudadano francés al doctor José Priestley, Tomás Payne, Jeremías Bentham, Guillermo Wilberforce, Tomás Clarkson, Jacobo Mikinstash, David Williams; N. Gorani, Anacarsis Cloots, Cornelio Pave, Joaquín Henri Campe, N. Pestalozzi, Jorge Washington, Juan Hamilton, N. Maddison, N. Klopstock y Tadeo Kosiusko." (Merlin. Naturalisation. n. I.)

" La naturalización es la admisión de un extranjero entre los nacionales de un Estado; y por lo mismo es el acto por el cual se realiza el principio teórico, que ya hemos asentado, de que todo hombre puede cambiar de nacionalidad. Añadimos que en el mundo moderno se practica ella universalmente. Todos los Estados tienen interés en recibir entre sus nacionales á los extranjeros cuya industria y talento pueden serles provechosos." (Cogordan. chap. III. § I. p. 117.)

" De todos los cambios de nacionalidad reconocidos por el derecho de gentes, el más importante, el que suscita más dificultades prácticas, es la *naturalización*. La naturalización es el acto por el cual un extranjero es admitido en el número de los naturales de un Estado, y obtiene, por tanto, los mismos derechos y los mismos privilegios que si en él hubiese nacido.

" Todo Estado independiente ", dice Wheaton, " tiene el derecho de naturalizar extranjeros y conferirles los privilegios de su nuevo domicilio. Toda nación independiente tiene el derecho de conferir el título de ciudadano á un extranjero, sin consultar al Estado á que, por su nacimiento, pertenece el extranjero. Como consecuencia de este principio general, admitido por casi todas las naciones, se deduce que si el súbdito de un Estado emigra voluntariamente, establece su residencia en otra nación, y se le confieren los derechos de ciudadano, el Estado donde éste nace pierde todos sus derechos sobre su persona.

" La naturalización es acto que se efectúa con intervención de la autoridad pública y según las formas establecidas por las leyes del Estado cuyo súbdito ó ciudadano va á ser el extranjero. La naturalización es admitida por casi todas las legislaciones; pero hay diferencias respecto á la forma en que se concede y á los efectos jurídicos que surte. " (Calvo. II. § 581.)

" La palabra *naturalización*, considerada etimológicamente, designa el medio, sea cual fuere, de que un extranjero consiga se le iguale, en cuanto á los derechos y á las obligaciones, á l naturales del Estado donde quiere establecerse: ' Naturalizar alguno ', decia Denisart, ' es conferirle capacidad para todos l derechos civiles como la de los franceses de origen '.

" En un sentido menos general y más preciso, se define la *n*

Pero en caso de conflicto sobre la nacionalidad de un individuo que, naturalizado en una nación, pertenezca á otra, se dirime por el Derecho internacional según las reglas que después veremos. (II. 57)

29. Si bien los primitivos romanos fueron muy avaros de su nacionalidad, estableciόse después, como práctica consuetudinaria, atestiguada por Cicerón (32) y Gayo, (33) el conceder á cualquiera la nacionalidad romana.

---

turalización la admisión de un extranjero entre los ciudadanos de un Estado al que no le liga ningún vínculo legal anterior.....

" En fin, en la acepción técnica y especial que hoy prevalece, y en que la emplea la ley francesa, la naturalización es acto soberano *y discrecional del poder público, en cuya virtud un individuo adquiere la calidad de nacional ó de ciudadano en el Estado donde ese poder público se ejerce.* " (Weiss. I. chap. III. t. I. p. 280. 281.)

(32) " Quod si civi Romano licet esse Gaditanum sive exilio, sive postliminio, sive reiectione huius civitatis (ut iam ad foedus veniam, quod ad causam nihil pertinent; de civitatis enim iure, non de foederibus disceptamus) quid est, quamobrem civi Gaditano in hanc civitatem venire non liceat? " (Oratio. Pro Balbo. XII.)

(33) " Ceterum etiamsi ante decesserit Latinus, quam anniculi filii causam probarit, potest mater ejus causam probare, et sic et ipsa fiet civis romana, SI LATINA EST ET FILIUS; ISQUE TANQUAM IUSTIS NUPTIIS PROCREATUS, QUASI SUUS POSTUMUS HERES PATRIS BONA ADIPISCITUR. SI VERO ET PATER ET MATER DECESSERINT, ipse filius CUIUS INTEREST CUM CIVITATE ROMANA BONA CONSEQUI, QUAE AB EIS RELICTA SUNT, debet causam probare, ut TAMEN PUPILLI TUTOR CAUSAM AGAT. (Gayo. I. 32.)

" QUAE SUPRA diximus de filio anniculo, dicta intelligemus ET DE FILIA ANNICULA. (32ª.)

" PRAETEREA EX LEGE VISELLIA TAM MAIORES QUAM MINORES XXX ANNORUM MANUMISSI ET LATINI FACTI IUS QUIRITIUM ADIPISCUNTUR, id est fiunt cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint. Postea factum esse senatusconsultum, quo data est illis civitas Romana, si triennium militiae expleverint. (32ᵇ.)

" Item, edicto Claudii, Latini ius Quiritium consequuntur, si navem marinam aedificaverint, quae non minus quam decem millia modiorum FRUMENTI CAPIAT, eaque navis vel quae in eius locum substituta SIT, SEX annis frumentum Romam portaverit ". (32ᶜ.)

" Preterea A NERONE CONSTITUTUM EST (Tac. An. XV, 43) ut si Latinus qui patrimonium sestertium CC millium plurisve habebit, in urbe Roma domum aedificaverit, in quam non mi-

30. Las leyes de Partida no hablan de la naturalización.

En la Novísima Recopilación se insertó una pragmática, de la cual se deduce que los reyes españoles no la concedían sino con suma dificultad. (34)

31. Según el antiguo derecho francés, el rey concedía carta de naturaleza. (35)

32. El Código de Napoleón no trata de la naturalización sino al hablar de la extranjera que se casa con francés. (36)

33. La ley expedida en Francia en 1889 declara que pueden ser naturalizados:

1°. Los extranjeros que han obtenido autorización para domiciliarse en Francia, después de tres años contados desde el registro de su petición en el Ministerio de Justicia :

---

nus quam partem dimidiam patrimonii sui impenderit, ius Quiritium consequatur. " (33)

" Denique Traianus constituit, ut si LATINUS in urbe triennio pistrinum exercuerit IN QUO IN dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret, ad ius Quiritium perveniret, (34)

(34) " La Cámara me hizo presente, que por las leyes y pragmáticas de estos reynos..... está prohibido que los que no sean naturales de estos reynos puedan tener oficios..... Enterado yo de todo quanto me ha expuesto la Cámara, quedo muy en cuenta para en adelante de no conceder estas naturalezas á extrangeros, sino en caso de precisa necesidad; pero como este caso puede llegar, ó por especiales méritos de algún sugeto determinado, ó por no haber cosa proporcionada con que poder premiar sus servicios sino con algun oficio ó Dignidad, que pida para su goce posesión de naturaleza, entónces se pedirá su consentimiento á las ciudades y villas de voto en Córtes, para que libre y espontaneamente convengan en concederla. " (I. XVI. 6.)

(35) " Los extranjeros no pueden adquirir el derecho de ciudadanos franceses sino por carta de naturaleza. Un extranjero que ha pertenecido algunos años en Francia, que ahi se ha casado, tenido hijos, no dejaría de ser extranjero. " (Pothier. Des Personnes. 50.)

(36) Une femme française qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari. (Art. 21.)

2°. Los extranjeros que han residido en Francia diez años no interrumpidos:

www.libtool.com.cn

3°. Los extranjeros admitidos á establecer su domicilio en Francia, si han prestado servicios importantes al Estado, ó han traído industrias útiles, ó fundado establecimientos industriales ó agrícolas, ó prestado servicios militares en las colonias ó protectorados franceses:

4°. El extranjero que se ha casado con francesa, después de un año de domicilio autorizado. (37)

34. Según el art. 5° de la Constitución de Chile, son chilenos.....:

3°. Los extranjeros que habiendo residido un año en la República, declaren ante la Municipalidad del territorio en que residen su deseo de avecindarse en Chile y soliciten carta de ciudadanía. (38)

4°. Los que obtengan especial gracia de naturalización por el Congreso.

35. El art. 6° de la Constitución del Ecuador enumera entre los ecuatorianos.....:

4°. Los naturales de otras naciones, que estuvieren en el goce de la nacionalidad ecuatoriana:

5°. Los extranjeros que profesan ciencia, arte ó industria útil, ó sean dueños de propiedad raíz ó capital en giro, y que habiendo residido un año en la República, declaren su intención de avecindarse en ella y obtengan carta de naturalización: (39)

6°. Los que la obtuvieren del congreso, por servicios á la República.

36. Tanto en el art. 5° de la Constitución chilena como en

---

(37) Véase la nota 23 de este artículo.

(38) Conviniera sustituir á ciudadanía nacionalidad, para evitar la confusión entre la ciudadanía que confiere los derechos políticos, y la ciudadanía que da el carácter nacional.

(39) La palabra AVECINDARSE, que es sinónima de DOMICILIARSE, no expresa bien la idea que el legislador ecuatoriano se propuso enunciar. Debió decirse que si los extranjeros manifiestan la intención de nacionalizarse, se les confiere carta de naturaleza.

Nótese también que la carta de naturaleza es la prueba de la naturalización, y que, por lo mismo, hay impropiedad en decir carta de naturalización.

el 6° de la ecuatoriana, se nota la inexplicable anomalía de no conferir la respectiva nacionalidad á la mujer é hijos legítimos menores del extranjero que se naturaliza.

El derecho político de casi todos los pueblos civilizados y los más eminentes escritores de Derecho internacional, se acuerdan en que la mujer debe seguir la nacionalidad del marido; y por lo mismo si éste adquiere la nacionalidad chilena ó ecuatoriana, la mujer debiera serlo *ipso iure*. (40)

---

(40) Al exponer las razones en que se funda el Título preliminar del Código de Napoleón, decía Boulay: " Los extranjeros pueden tener con nosotros relaciones que es importante determinar.

" Preséntanse cinco casos principales: 1°. El de la extranjera que se casa con francés....

" El primer caso se sujeta á la antigua y constante regla según la cual la mujer sigue la condición del marido, regla fundada en la naturaleza misma del matrimonio, que de dos seres forma uno solo, dando al marido la preeminencia sobre la esposa. " (Locré. II. 223. 13. 14.)

" En caso de duda se acepta el principio de que la mujer adquiere, por el matrimonio, la nacionalidad del marido. " (Bluntschli. 365.)

" En casi todas las naciones se considera la familia, en cuanto comprende ella la mujer y los hijos menores, como un todo indivisible respecto á la nacionalidad. El padre de familia es libre para cambiar de nacionalidad, y ese cambio acarrea el de los hijos menores y la mujer. " (Cogordan. chap. III. § V. n I. p. I. 166.)

" La nacionalidad puede también derivarse del matrimonio, en el sentido de que por el ministerio de la ley la mujer sigue la condición nacional del marido. La lógica de ese principio se desprende de la naturaleza misma del contrato celebrado por los esposos; porque el matrimonio debe constituir unidad de hogar y comunidad de derecho en la familia. " (Calvo. II. § 567.)

" Por el matrimonio adquiere la mujer la nacionalidad del marido; la naturalización del marido acarrea *ipso facto* la de la mujer. " (Phillimore. I. CCCXXVI.)

" Casi todas las legislaciones atribuyen á la mujer que se casa la nacionalidad del marido; lo cual se deduce de los principios en que se funda el matrimonio: el deber de obediencia que á la mujer se le impone, la fusión de intereses que debe resultar de la vida conyugal, la labor colectiva de la educación de los hijos, la unidad de domicilio, &. " (Pradier-Foderé. III. 1655.)

" La extranjera que se casa con francés adquiere *ipso iure*

Insistimos en que determinando la Constitución todas las personas que son nacionales, ya de origen, ya por naturalización; no puede extenderse la nacionalidad á otras; y que por lo mismo la mujer ó los hijos legítimos del chileno naturalizado no adquiren el carácter de nacionales mientras no obtengan carta de naturaleza.

37. La Constitución de los Estados Unidos declara que sólo al Congreso federal corresponde dictar leyes concernientes á la naturalización (*to stablish an uniform rule of naturalization*).

"Si los extranjeros vienen á los Estados Unidos", dice Kent (41) "con ánimo de residir en la nación permanentemente, procuren naturalizarse; pues de otra manera no pueden adquirir propiedad territorial, votar en las elecciones ni tomar parte en la administración del gobierno. Hay un medio muy fácil de obtenerlo, y por él, evitándose las inhabilidades del extranjero, se adquieren las aptitudes de los ciudadanos naturales de origen (*natural-born citizens*). Los términos según los cuales un extranjero, si es persona libre de raza blanca, puede naturalizarse, se determinan por las leyes de 14 de abril de 1802, 3 de marzo de 1813, 22 de marzo de 1816, 24 de mayo de 1824 y 24 de mayo de 1828; las cuales requieren que el extranjero declare con juramento, ante la Corte del Estado, dos años á lo menos después de residencia, la intención de naturalizarse en los Estados Unidos. La persona así naturalizada adquiere todos los privilegios é inmunidades de los nacionales de origen. Pero le es necesaria residencia de siete años para llegar á ser senador ó diputado, y sólo el nacional nativo puede ser gobernador de un Estado, ó presidente de los Estados Unidos."

38. Según Stephen's (Blackstone's) (42) en Inglaterra puede efectuarse la naturalización por acto del parlamento ó por certificado de un ministro. La primera especie de

---

la nacionalidad francesa; lo cual se efectúa aunque ella sea menor, y no obstante cualquier cláusula en contrario, estipulada, por ejemplo, en las capitulaciones matrimoniales." (Despagnet. 132.)

(41) II. XXV. 3.

(42) II. p. 409.

naturalización confiere al extranjero los mismos derechos que si hubiera nacido bajo la fidelidad del rey; y como surte efecto retroactivo, los hijos de extranjero son hábiles para heredar en el reino propiedad territorial. La segunda especie de naturalización se estableció para que los extranjeros pudiesen residir en el reino sin gozar de los mismos derechos que los nacionales. En virtud de la ley sobre naturalización expedida en 1870 y 1872, el extranjero que ha residido en el reino por lo menos cinco años, y se propone continuar residiendo ó servir á la Corona, puede solicitar certificado de naturalización.

www.hotool.com.cn

39. El Código español encierra las siguientes disposiciones sobre la naturalización :

" Son españoles ", dice el art. 17..... :

" 3°. Los extranjeros que han obtenido carta de naturaleza :

4°. Los que, sin ella, se hayan avecindado en cualquier pueblo de la monarquía.

Art. 35. Para que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza ó ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía gocen de la nacionalidad española, han de renunciar previamente á su nacionalidad anterior, jurar la Constitución de la Monarquía é inscribirse como españoles en el Registro civil.

Art. 26. Los españoles que trasladen su domicilio á un país extranjero, donde sin más circunstancia que la de su residencia en él sean considerados como naturales, necesitarán, para conservar la nacionalidad de España, manifestar que esta es su voluntad al agente diplomático ó consular español, quien deberá inscribirlos en el Registro de españoles residentes, así como á sus cónyuges, si fueren casados, y á los hijos que tuvieren. "

40. Código Austriaco : 29. " Los extranjeros adquieren el derecho de ciudadanía :

1°. Ejerciendo un empleo público :

2°. Si emprenden en industria que exija residencia continua en la nación :

3°. Por la permanencia no interrumpida durante diez años, á menos que en ese tiempo hayan sido condenados por delito :

4°. Por autorización especial de las autoridades políticas

antes de la expiración de los diez años, y sin que ejerzan ninguna industria ú oficio. "

'41. Casi todas las Repúblicas de Sud-América facilitan en extremo la naturalización de los extranjeros, y de ahí han provenido frecuentes conflictos, en que ellas han tenido siempre la peor parte. (43)

---

(43) " Las Repúblicas hispano-americanas, desde su origen, han aceptado, en cuanto á la naturalización de los extranjeros, reglas que recuerdan ciertas disposiciones de nuestras constituciones revolucionarias. Recuérdese que hubo un tiempo en que si un extranjero había educado á un niño ó alimentado á un anciano en el territorio francés, se le declaraba *ipso facto* investido del derecho de ciudadanía. Esa naturalización involuntaria, concedida sin haberse solicitado, no se acepta ya en Europa, como contraria á los principios fundamentales del Derecho de gentes. " (Cogordan. chap. III. part. 2ª. § VIII. n. II. p. 242.)

" Todos los Estados de la América latina, al reglamentar la naturalización de los extranjeros, se muestran imbuídos de unas mismas ideas liberales : aumentar la población agregando nuevos ciudadanos, borrar toda distinción de raza ó de origen, y conceder el derecho de ciudadanía á todos cuantos se propongan enriquecer la nación con los frutos de su experiencia, riquezas ó trabajo. " (Calvo. II. § 637.)

" Ciertos Estados de la antigua Europa, que tanto estiman la nacionalidad de sus miembros, la protegen contra la invasión del elemento extranjero, por medio de formalidades y requisitos difíciles de efectuarse. Pero las Repúblicas americanas, jóvenes y flamantes, que desean aumentar su población agregando á ella nuevos ciudadanos, conceden liberalmente su nacionalidad ó ciudadanía, á todos cuantos se proponen enriquecer, con el fruto de sus capitales, trabajo ó talento, los vastos territorios de esas felices comarcas, y convidan á todo el mundo al banquete de la riqueza y de la libertad. Sin embargo hay ciertos puntos que son comunes á esas diversas legislaciones. Así, por ejemplo, se practica en casi todos los Estados una información, más ó menos rigurosa, sobre los antecedentes del postulante; la condición de previa residencia en el Estado por cierto tiempo; la determinación de la edad sin la cual la naturalización no puede pretenderse ni acordarse; la prueba de buena conducta y de los medios de subvenir á las necesidades del pretendiente y de su familia; el pago de derechos de timbre; el juramento de fidelidad, ó á lo menos la obligación de obedecer las leyes y defender la constitución del Estado; en fin la naturalización, sin los requisitos de residencia, edad ú otros, á favor de los extranjeros que han prestado servicios importantes á la nación ó traen aptitudes distinguidas; ó forman

§ IV.

www.libtool.com.cn

Pérdida de la nacionalidad. (*)

42. Como lo observa Pradier-Foderé, (44) no debe confundirse la *emigración* con la *expatriación*. La primera consiste en salir de la patria por largo tiempo, sin renunciar la nacionalidad; la segunda, en naturalizarse en otro Estado, renunciando, por lo mismo, la primitiva nacionalidad.

43. Muy varias han sido las doctrinas de los publicistas y la práctica de las naciones en cuanto á la expatriación.

Grocio (45) y Wattel (46) reconocen como derecho natural de todos los hombres el de abandonar la patria, cuando en

---

grandes establecimientos, ó crean vastás explotaciones agrícolas; ó auxilian para la defensa del Estado en las guerras contra el enemigo exterior. " (Pradier-Foderé. III. 1657.)

(*) Locré. II. 59. 4-8.—70. 19-25.—82. art. 13.—83. art. 14. 16. 17.—85.—202. 7-13.—209. art. 13.—Bluntschli. 370.—Pradier-Foderé. 239-348.—Martens. I. § 91.—Nota de Pinheiro-Ferreira.—Kluber. § 39.—Heffter. § 59.—Baudry-Lacantinerie. I. 432. 510-551.—Rolin. I. 371. 374.—Despagnet. 114. 115. 148-152.—Brocher. I. 67.—Vattel. I. XIX. 220-226.—Westlake. § 289-293.—Wharton. § 5.

(44) " Los autores que han tratado de la libertad de salir del territorio, dejar una nación para ir á establecerse en otra, emigrar, han confundido esta materia con la de la libertad de romper el vínculo de obligaciones, fidelidad y obediencia que liga una persona al Estado de que ella es miembro; pues han empleado *emigración* y *expatriación* como voces sinónimas. Estas dos palabras tienen sin embargo un sentido muy diferente : *emigrar* no es sino salir del Estado para establecerse en otro; la emigración es la acción de salir del Estado para establecerse en otra parte; *emigrante* es el que sale de su patria para establecerse en otra nación; lo cual no envuelve el ánimo de cambiar de nacionalidad..... La *expatriación*, al contrario, es el hecho de abandonar el territorio de la nación cuyo miembro es el individuo, acompañado de la voluntad de naturalizarse en otra parte. " (I. 246.)

(45) "Solet hic illud quaeri, an civibus de civitate abscedere liceat venia non impetrata. Scimus populos esse ubi id non liceat, ut apud Moschos : nec negamus talibus pactis iniri posse societatem civilem, et mores vim pacti accipere." (II. V. § XXIV.)

(46) " Todo hombre nace libre; si el hijo de un ciudadano llega

ésta no obtienen las ventajas y garantías para cuya consecución se ha formado la asociación civil.

Si bien algunos escritores liberales modernos (47) reconocen el principio de que todo hombre tiene derecho á expatriarse, pónenle tales cortapizas, que, aceptadas, sería el derecho casi ilusorio.

Pero prevalece hoy entre los escritores la opinión de que el Estado no puede imponer á los súbditos la obligación de conservar siempre la nacionalidad, ya nativa, ya adquirida por naturalización. (48)

á la edad de la razón, puede examinar si le conviene la sociedad á que su nacimiento le destina; y si juzga que no le conviene continuar en ella, puede dejarla....." (I. XIX. § 220.)

(47) "Al derecho público universal y positivo corresponde determinar hasta qué punto puede restringir ó impedir la emigración de los naturales. Aunque el vínculo que liga un súbdito al Estado que le vió nacer, ó que le ha recibido como ciudadano, no es indisoluble, todo Estado tiene el derecho de informarse previamente del fin que uno de sus súbditos se propone al expatriarse, y de examinar si, á causa de crímenes, deudas ú obligaciones no cumplidas aún hacia el Estado, puede impedírsele la salida. Exceptuados estos casos, no puede impedirse la emigración." (Martens. I. § 91.)

"El Estado puede emplear todos los medios legítimos de seguridad, que juzgue necesarios no sólo para su defensa, sino también para prevenir lesiones posibles, y obtener reparación de las que ya ha experimentado. Entre esos medios se cuenta el impedir que el Estado se despueble, sobre todo prohibiendo la emigración de los ciudadanos y que entren al servicio de otro Estado. La facultad de ejercer ese derecho puede sin embargo limitarse, en cuanto á los súbditos, por el derecho interno, y, en cuanto á los otros Estados, por convenciones. (Klüber. § 39.)

"La calidad de súbdito del Estado impone plena obediencia á su imperio; mas no constituye un vínculo indisoluble en cuanto al derecho internacional: cesa de hecho por la emigración, y no ha lugar á la reivindicación del súbdito emigrado á otro país. El Estado puede supervigilar y reglamentar la emigración; y las leyes, imponer especialmente la obligación de dar aviso previo á las autoridades locales, el cual les suministrará los medios conducentes á cerciorarse de que el emigrante ha cumplido todas sus obligaciones, y de exigirle caución destinada á asegurar las que todavía no cumple. En lo antiguo se usaba exigir á los emigrantes una porción de su patrimonio; uso que poco á poco han abolido los tratados internacionales." (Heffter. § 59.)

(48) "Así como el hombre libre no está adherido á la gleba, de

El derecho de expatriación es consecuencia necesaria de

www.libtool.com.cn

la misma manera el ciudadano de un Estado libre puede siempre salir del territorio." (Bluntschli. 360.)

"No podemos aceptar los principios en que Martens pretende fundar el derecho de los pasaportes; porque á eso es á lo que se reduce la cuenta que, según su opinión, todo habitante debe rendir al gobierno respecto al designio de salir del Estado, bien para establecerse en otro, bien meramente para viajar. El Estado tiene, á no dudarlo, el derecho de reprimir el abuso que los habitantes hagan de sus derechos tanto civiles como políticos; pero mientras no se me impute que lastimo los derechos de otro, cualquier traba que se ponga al ejercicio de los que me pertenecen es una provocación, un verdadero atentado, en especial de parte del Gobierno, que debe proteger los derechos de cada ciudadano.

"La idea de prohibir á un ciudadano probo y honrado el libre ejercicio de sus derechos, no porque haya abusado de ellos, sino porque otras personas, cuyas costumbres y carácter son opuestos á los suyos, creen ha incurrido en abuso, es la invención más inicua de que puede ser capaz la inteligencia en sus delirios. Tal es, empero, la base de esa policía preventiva, el mayor azote de las sociedades modernas; y tales son los principios que asienta Martens en apoyo del uso inútilmente vejatorio de los pasaportes." (Pinheiro-Ferreira. nota 42.)

"¿Quién se atrevería á sostener que si un individuo no puede conseguir en la patria la subsistencia, no tenga el derecho de buscarla en otra parte? Si la sociedad cuyo miembro es, no cumple hacia él sus obligaciones, ¿no podrá separarse de ella? Cuando la mayoría de la nación ó el soberano que la representa expide leyes sobre objetos en que no puede restringir la libertad ni imponer obediencia, como, por ejemplo, en materias religiosas; aquellos cuyas creencias ó intereses lastimen esas leyes, ¿no tendrán el derecho imprescriptible de libertarse de ellas emigrando á otra nación? Parece, pues, que podemos asentar el principio de que en estas circunstancias y sobre todo cuando la emigración es para no regresar, el derecho de gentes reconoce que el emigrante tiene derecho para adquirir la nueva nacionalidad, y al Estado donde se ha refugiado, el de conferírsela.

"En cuanto á los extranjeros, nadie disputa al Estado la facultad de reglamentar sus obligaciones, de concederles privilegios especiales, y, si los interesados consienten en ello ó lo solicitan como beneficio, de modificar su nacionalidad por medio de la naturalización." (Calvo. II. § 579.)

"Como lo juzgan los publicistas americanos, fuera un acto de tiranía, no conforme á las ideas de libertad aceptadas por la sociedad moderna, el retener por la fuerza en los vínculos de una

la libertad individual, y el impedir que se ejerza es acto de insoportable despotismo. (49)

www.hotoo.com.cn

---

sujeción odiosa á una persona cuyas circunstancias peculiares y aspiraciones legítimas han originado el deseo de romper los vínculos que la ligan á su patria de origen para incorporarse á otro Estado. El hombre compelido á permanecer en su patria, ¿no sería un mal ciudadano? En fin, tal regla es incompatible con el interés de los individuos y de los Estados; y en esta materia al interés es á lo que debe atenderse. Un Estado tiene necesidad de atraer á los extranjeros para difundir las artes ó conocimientos útiles; y, por otra parte, un individuo que, pobre ó desgraciado en su patria, emigra porque en otra puede ganar la vida más fácilmente, ¿no obedece á un propósito honorable y legítimo, si desea unir en adelante su suerte á la del pueblo donde reside?" (Cogordan. chap. I. § II. p. 10.)

"Además del doble DESIDERATUM indicado en el número precedente (Véase la nota 8 de este artículo), una buena teoría sobre la nacionalidad debe fundarse en los dos siguientes principios: I°. Todo hombre al nacer tiene nacionalidad; y 2° Puede cambiar de nacionalidad."

"La primera regla se desprende de la naturaleza misma de las cosas; la segunda es consecuencia de la libertad humana. Esa libertad debe respetarse como consecuencia del derecho según el cual todo hombre puede elegir la posición que asegure su existencia; porque á menudo ésta depende, ya de una manera absoluta, ya en el aspecto de mejorar su suerte, del establecimiento en otro Estado, y aun de adquirir en él la nacionalidad." (Despagnet. 114.)

"La libertad de expatriación se comprende en la teoría política de los pueblos modernos. Considérase generalmente como contrario á las ideas de libertad que hoy imperan, el hecho de retener por fuerza en los vínculos de una sujeción odiosa á una persona cuyas circunstancias peculiares y aspiraciones legítimas han inducido á romper los vínculos que la ligaban á su patria de origen, para incorporarse á otro Estado. Se juzga, con razón, que tal práctica no es conforme al interés de los individuos ni de los Estados." (Pradier-Foderé. I. 247.)

(49) Retiénese á los nacionales en el suelo natal, previénese la emigración, por medio de instituciones prudentes que generalicen el bienestar de los pueblos, facilitando el desarrollo de las facultades físicas y morales. En efecto, la emigración manifiesta generalmente un profundo cáncer en el seno de las sociedades donde se efectúa. Es menester que el hombre padezca mucho para que renuncie la patria á que le unen las primeras impresiones de la infancia. Si las poblaciones son, en cuanto sea posible, felices, no emigran. A los gobiernos corresponde proveer

44. Los romanos reconocían, como principio de su legislación, que todo ciudadano era libre para despojarse de la nacionalidad, y adquirir la de otro Estado. (50)

Perdían además la nacionalidad :

1°. Los prisioneros de guerra : (51)

2°. Los individuos entregados á otro Estado en expiación de un crimen contra el derecho de gentes. (52)

3°. Aquellos á quienes se privaba del agua y del fuego. (53)

á la realización de esa felicidad, no incurriendo en errores en la naturaleza y la extensión de sus derechos, y permaneciendo siempre á la altura de los deberes que les impone el mandato recibido del Estado. Una organización social y política fundada en la libertad y en la justicia; carreras abiertas á la iniciativa y á la acción individuales; el trabajo estimulado, recompensado y libre de obstáculos; impuestos moderados; la Hacienda Pública administrada por un gobierno honrado; el respeto á la ley; el libre acceso de todos á los empleos y á los honores; las libertades públicas respetadas y garantizadas; la administración interior libre de las trabas de una centralización excesiva; la propiedad territorial sin gabelas onerosas; la agricultura, la industria y el comercio, libres y estimulados; la instrucción suficiente difundida en todas las clases de la sociedad; costumbres públicas sencillas y puras; desprecio á la riqueza mal adquirida, y tedio á ganancias debidas exclusivamente á la casualidad; la seguridad en el seno de las familias por la estabilidad de las instituciones, por una prudente desconfianza de las reformas inmotivadas, por el respeto de los derechos adquiridos, y sobre todo por una política moderada que, sin comprometer la dignidad nacional, no exponga al Estado á las aventuras belicosas; una paz constante apoyada en instituciones militares eficazmente defensivas, pero que excluyan ese funesto militarismo que de la patria forma un campamento permanente, con desesperación de las familias y grave detrimento de la prosperidad real del Estado: tales son los principales medios de prevenir la emigración." (Pradier-Foderé. I. 240.)

(50) " Jure enim nostro neque mutare civitatem quisquam invitus potest, neque, si velit, mutare non potest, modo adsciscatur ab ea civitate, cuius esse se civitatis velit. " (Cicerón. Pro Balbo. XI.)

(51) " Servi autem aut nascuntur, aut fiunt..... Fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate. " (I. I. III. 4.)

(52) " Itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedit hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere..... " (D. L. VII. 17.)

(53) " Cum autem is cui ob aliquod maleficium, ex lege Cor-

4°. El hijo de familia vendido por su padre. (54)

5°. El deudor insolvente vendido por sus acreedores al otro lado del Tíber. (55)

6°. Los deportados. (56)

45. Las leyes de Partida privaban de nacionalidad :

1°. Al condenado á muerte civil : (57)

2°. A los extrañados por el rey : (58)

En virtud de pragmática de Felipe IV, expedida en

---

nelia, aqua et igni interdicitur, civitatem Romanam amittat, sequitur ut QUIA eo modo ex numero civium Romanorum tollitur. " (Gayo. I. 128.)

(54) " Quid? quem pater patratus dedidit, aut suus pater, populusve vendidit, quo is iure amittit civitatem? " (Cicerón. Pro A. Caecina. XXXIV.)

(55) " Erat autem ius interea paciscendi; ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies, trinis nundinis continuis, ad praetorem in Comitium producebantur, quantaeque pecuniae indicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. " (Aulo-Gelio. XX. 1.)

(56) " Minor, sive media capitis deminutio, est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est. " (L. I. XVI. 2.)

(57) " Ciuil muerte es dicha, vna manera que y ha de vna pena, que fue establescida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, por que merescen ser judgados o dañados, para auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey, assi como lauores de sus Castillos, o para cauar arena, o traerla a sus cuestas, o cauar en las minas de sus metales, o a seruir para siempre a los que han de cauar o de traer, o en otras cosas semejantes destas : e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es, quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas yslas, o en algund otro lugar cierto, ondo nunca salga, o le toman todos los bienes : e este atal es llamado en latin deportatus. " (IV. XVIII. 2.)

(58) " Ricos omes segund costumbre de España, son llamados, los que en las otras tierras dizen, Condes, o Barones. E estos atales pueden los Reyes echar de la tierra, por vna destas tres razones. La primera, quando quier tomar vengança, por malquerencia que aya contra ellos. La segunda, por malfetrias que hayan fecho en la tierra. La tercera por razon de yerro, en que aya traycion, o aleue. " (IV. XXV. 10.)

1623, é inserta posteriormente en la Novísima Recopilación, se prohibe á todos los españoles salir del reino con su casa y su familia sin licencia del monarca. (59)

www.libtool.com.cn

46. El antiguo derecho francés declaraba perdida la nacionalidad del que se domiciliaba en nación extranjera sin ánimo de regresar. (60)

47. En cuanto al derecho francés moderno, deben distinguirse dos épocas : desde el Código de Napoleón hasta 1889; y la legislación de entonces acá.

---

(59) " Porque la población y número de gente es el único y principal fundamento de las Repúblicas, y á que con mayor cuidado se debe atender para su conservación y aumento; aunque muchas de las cosas que en esta ley se disponen, se encaminan á esto : deseando reparar la diminución que se va sintiendo, y prevenir las cosas de donde han procedido, y disponer las materias del gobierno y alivio de los vasallos de manera que se pueda esperar grande multiplicación y aumento; todavia por lo mucho que importará procurar por todos caminos que esto se consiga, habiendo considerado en los demás medios que pueden ser convenientes á este fin, ordenamos y mandamos, que ninguna persona, de cualquiera estado, calidad ó condición que sea, pueda salir destos nuestros Reynos con su casa y familia sin licencia nuestra, so pena de perdimiento de los bienes que dexaren en ellos; y que las Justicias y ministros de los puertos, y otras cualesquiera los embarguen las personas y haciendas que llevaren, y estén con mucho cuidado de saber si sale alguna, y de la execución : y condenamos al que no guardare lo contenido en esta ley en privación de oficio. " (VII. XXVI. 8.)

(60) " Los franceses que han abandonado su patria, sin ánimo de regresar, pierden la calidad y los derechos de ciudadano.....

" Pero siempre debe presumirse ese ánimo, á menos que se ejecute algún hecho que, contrario á tan fundada presunción, pruebe voluntad cierta de expatriarse.

" Cualquier otro hecho no origina sino sospechas, que desaparecen si el francés vuelve al reino, por largo que sea el tiempo que haya permanecido en nación extranjera; pero si en ella hubiere muerto, la sospecha es más fundada.

" El matrimonio que en otra nación hubiere contraido, no origina tampoco sino sospechas; pero no podria ponerse en duda su intención de expatriarse, si hubiese establecido el centro de sus negocios en nación extranjera, si en ella hubiese aceptado empleo ó beneficio, y sobre todo si se hubiera naturalizado: porque nadie puede obtener carta de naturaleza, sin admitir la calidad de súbdito del principe á quien ella se pide. " (Pothier. Des Personnes. 62.)

En la primera se perdía la nacionalidad :

1°. Por la naturalización en otro Estado :

2°. Por aceptar, sin la respectiva autorización, empleo público conferido por gobierno extranjero :

3°. Por todo establecimiento comercial en nación extranjera sin ánimo de regreso. (61)

4°. Por el matrimonio de una francesa con extranjero. (62)

5°. Por entrar al servicio militar en otro Estado, sin autorización del Gobierno, ó por afiliarse á una corporación militar extranjera. (63)

---

(61) Perdent la qualité de Français :

1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi.

S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français.

2° Le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'article 8 et aux articles 12 et 19.

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé.

4° Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire. (Art. 17 del Código de Napoleón.)

(62) La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française. Si son mariage est dissous par la mort du mari, ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs, sur la demande de la mère ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille. (Art. 19 del Código de Napoleón.)

(63) Le Français qui, sans l'autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions

En virtud de la ley expedida en 1889, los franceses pierden la nacionalidad : (64)

www.fbtool.com.cn

1°. El que se naturaliza en nación extranjera :

2°. Si habiendo aceptado el francés empleo público, conferido por gobierno extranjero, lo conserva no obstante que el gobierno de Francia ordene la dimisión :

3°. El que sin autorización del gobierno entra al servicio militar en nación extranjera.

48. " Se pierde la ciudadanía ", dice el art. 9° de la Constitución de Chile :

1°. " Por condena á pena aflictiva ó infamante :

2°. " Por quiebra fraudulenta :

3°. " Por naturalización en país extranjero :

4°. " Por admitir empleos, funciones ó pensiones de Gobierno extranjero, sin especial permiso del congreso. "

Evidente es que en los casos previstos por este artículo se pierde, no la *nacionalidad*, sino la *ciudadanía* ó los derechos políticos; pues habiéndose determinado ne el art. 5° (II. 22) quiénes son chilenos, en el 7°, quiénes *ciudadanos activos* con *derecho de sufragio*, (65) ne el 8° los casos en que se suspende la calidad de *ciudadano* activo; (66) no puede revocarse á duda que según el tenor

---

imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire. (Art. 21 del Código de Napoleón.)

(64) Véase el art. 17 de la ley copiada en la nota 23.

(65) Son ciudadanos activos con derecho de sufragio los chilenos que hubieren cumplido veintiún años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscriptos en los registros electorales del departamento.

Estos registros serán públicos y durarán por el tiempo que determine la ley.

Las inscripciones serán continuas y no se suspenderán sino en el plazo que fije la ley de elecciones.

(66) " Se suspende la calidad de ciudadano activo con derecho de sufragio :

1°. Por ineptitud física ó moral que impida obrar libre y reflexivamente :

2°. Por la condición de sirviente doméstico :

3°. Por hallarse procesado como reo de delito que merezca pena aflictiva ó infamante. " (a)

(a) " Las penas infamantes han sido suprimidas por el Código Penal; respecto de las aflictivas, véase el art. 37 del mismo Código. "

literal y el contexto del art. 9°, éste se limita á enumerar taxativamente los casos en que se pierde, lo repetimos, no la *nacionalidad*, sino la *ciudadanía*.

Los números 1°, 2° y 4° del art. 9° son conformes á los principios del Derecho internacional moderno, que no permite imponer penas que lleven consigo la pérdida de la nacionalidad, ni menos extrañar á los criminales para conducirlos á la frontera de otro Estado. (67)

En cuanto á la naturalización en Estado extranjero, tampoco acarrea, según la Constitución chilena, la pérdida de la nacionalidad; pero ello es una anomalía. Explícase que cuando se expidió la Constitución no se hubiesen previsto los conflictos entre dos nacionalidades, porque en-

---

(67) " Toda nación está obligada á recibir á sus nacionales expulsados por las autoridades extranjeras, ó enviados á su patria; y no es lícito que ningún Estado conduzca los delincuentes hasta la frontera de otro sin el consentimiento del segundo. " (Bluntschli. 368.)

" En Roma y en Grecia ciertas penas acarreaban pérdida de la ciudadanía. El deportado perdía la nacionalidad y quedaba, por decirlo así, excomulgado. Tal práctica no puede comprenderse sino en sociedades exclusivas, como lo eran las de la antigüedad, donde la ciudadanía concernía á la religión tanto como al derecho, y donde los ciudadanos tenían por bárbaros á todos los individuos pertenecientes á las otras naciones. ¿Qué castigo más duro podía imponerse al ciudadano romano que la interdicción del agua y del fuego, que le igualaba á los extranjeros sin ningún derecho en el Estado? En los Estados modernos, las relaciones internacionales presentan otro carácter : los Estados forman soberanías que gozan de independencia, y de idénticos derechos; son absolutamente iguales, y no es lícito que los delincuentes de una nación sean enviados al territorio de las naciones vecinas para libertarse de ellos. Semejante práctica estuviera en abierta pugna con los preceptos de la *comitas gentium*, que se funda en la reciprocidad de los buenos oficios, y fuera del todo incompatible con la buena policía de nuestro planeta, la cual interesa á todos los Estados. Para la eficaz represión de los crímenes es necesario no sólo que los Estados vecinos no sean un lugar á donde se deporte á los malhechores, sino además que éstos, si se evaden, sean entregados á la nación en cuyo territorio se ha cometido el crimen, para que en ella sean juzgados y castigados. Fundada fue, pues, la reclamación de Inglaterra y de Suiza contra el envío á su territorio de personas com-

tonces la expatriación se efectuaba muy rara vez, y no eran tan frecuentes las relaciones entre los Estados sud-americanos y los europeos. Pero como la Constitución chilena se ha reformado posteriormente, es incalificable la desidia de los legisladores, que no dictaron disposiciones expresas sobre materia tan importante como trascendental.

49. El art. 9° de la actual Constitución ecuatoriana dice : " Los derechos de ciudadanía se pierden :

" 1° Por entrar al servicio de nación enemiga;

" 2° Por naturalizarse en otra nación; y

" 3° En los demás casos que determinen las leyes. "

Y el art. 10 añade : " El ecuatoriano que se naturalizare en otra nación, recuperará los derechos de ciudadanía si vuelve al Ecuador, y, renunciando la extranjera, declara la intención de reasumir la ciudadanía ecuatoriana ".

De estos dos artículos se deduce que en el Ecuador no

---

prometidas en la comuna de París; y los Estados Unidos han protestado enérgicamente contra la práctica de ciertas naciones, Dinamarca por ejemplo, que exportaba á los condenados para desocupar sus prisiones. Sólo los criminales extranjeros pueden ser expulsados. Pero cada Estado debe custodiar á los nacionales delincuentes por muchos que sean. Luego, es inadmisible privarlos de la nacionalidad para expulsarlos : no es lícito eludir indirectamente las reglas de Derecho que de una manera directa no pueden violarse. " (Cogordan, chap. V. § 1°. n. I. p. 285.)

" Hoy no puede imponerse como pena la pérdida de la nacionalidad; pérdida que supone un hecho voluntario de la persona cuyo estado se modifica. Poco conforme á los miramientos que los pueblos civilizados se deben mutuamente, sería castigar á un súbdito indígena, expulsándole del suelo y de la comunidad de su patria originaria, y despojándole del derecho de ciudadanía para enviarle á los Estados vecinos, los cuales, por su parte, no están obligados á recibir al desterrado ni menos á admitirle entre sus nacionales. La expatriación *nomine paena* conduce al *heimathlosat*, que debe prevenirse por todos los esfuerzos de una legislación acertada. Lo que el Estado puede hacer es impedir á todo trance que sus miembros sean peligrosos para el orden social, mediante la privación de ciertos derechos, é imponiéndoles penas criminales ó civiles, que en ningún caso consistan en la exclusión total del derecho de nacionalidad. " (Weiss. I. chap. II. t. III. p. 428.)

se pierde la nacionalidad en virtud de ninguna pena; y que, en cuanto á la naturalización en Estado extranjero, la Asamblea de 1897 incurrió en la más extraña confusión entre la pérdida de la *nacionalidad* y la de la *ciudadanía*.

El art. 7º reconoce expresamente el derecho de naturalizarse en nación extranjera; pero con restricciones muy impropias del espíritu liberal que debió animar á tal Asamblea. " Ningún ecuatoriano", dice " aun cuando adquiera otra nacionalidad, *podrá eximirse de los deberes que le imponen la Constitución y las leyes mientras tenga domicilio en la República.* " Como se ve, la Constitución expedida por una sediciente Asamblea liberal pone cortapisas que tienen sabor al terruño inglés. Si un ecuatoriano se naturaliza en Inglaterra ó en los Estados Unidos, y vuelve á domiciliarse en el Ecuador, ¿por qué se le impondrían las obligaciones que tienen los nacionales ecuatorianos? Tanto más anómala es la disposición cuanto reconoce que el ecuatoriano, aunque tenga domicilio en la República, conserva la calidad de extranjero; y si la conserva, ¿por qué se le coloca en situación muy distinta de la de los demás extranjeros? ¿Por aquel principio: Nemo patriam exuere potest?. ¿Vuelve la Asamblea de 1897 á la época feudal?

El art. 7º pugna, pues, con los principios que garantizan la libertad individual, y da margen á graves conflictos con naciones poderosas; los cuales deben evitar á todo trance las débiles naciones sud-americanas.

50. Ya hemos visto (II. 26) que en Inglaterra, tan aferrada á su *common law*, se aceptó por mucho tiempo la regla de que en ningún caso podría desatarse el vínculo (*allegiance*) entre el súbdito y el soberano. Pero cediendo al fin aquella poderosa nación á las necesidades de la época, expidió ley, en 1870, reconociendo expresamente que los súbditos de la Gran Bretaña que se naturalizan en nación extranjera quedan libres de aquel vínculo : " *Any person* " (dice) " *who by reason of his having been born within the dominions of her majesty is a natural-born subject, but who also at the time of his birth became under the law of any foreing state a subject of such state, and is still such subject;*

www.libtool.com.cn

" *Any person who is born out of her majesty's dominions of a father being a British subject;*

" *May, if of full age, and not an infant, lunatic, idiot or married woman, make a declaration of allegiance.*

" *And from and after the making of such declaration shall cease to be a British subject.* " (68)

51. Estados Unidos. " Una importante modificación de la antigua ley de fidelidad ", dice Wharton, (69) " se halla en el actual casi unánime reconocimiento del derecho de expatriación. Por muchos años la indisolubilidad de la nacionalidad nativa se reconoció por los tribunales de los Estados Unidos así como por los de Europa. Si bien las dificultades que de ello provienen se refieren más al derecho internacional público que al derecho internacional privado; aun en lo que á éste atañe los obstáculos fueron de grande trascendencia. Hasta una época no lejana se compelió á las personas á guardar tan estrecha relación con su patria de nacimiento, que aun cuando la expatriación fuese solemne y persistente, los nacionales quedaban ligados por las leyes personales de su patria. Continuaban sujetos á las contribuciones, eran culpados de traición, aunque hubiesen estado domiciliados en nación extranjera desde su infancia; y con extraña contradicción, se argüía por los antiguos jurisconsultos que estos vínculos ligaban á los hijos y á los nietos de los súbditos ingleses, que por dos generaciones habían nacido y vivido en nación extranjera. Es cierto que sólo hace pocos años se declaró judicialmente en Inglaterra que el carácter nativo personal era indeleble, aun tratándose de determinar los límites de

---

(68) " Cualquiera que por haber nacido en los Estados de S. M. es nacional de origen, pero que al tiempo de su nacimiento llegue á ser, según las leyes de otro Estado, súbdito de éste, y todavía es tal súbdito;

" Cualquiera que habiendo nacido fuera de los Estados de su majestad de padre súbdito británico;

" Puede, si es mayor de edad, y no demente, idiota ó mujer casada, declarar que se naturaliza en otra nación;

" Y desde entonces deja de ser súbdito británico. "

(69) § V.

la propiedad ó del matrimonio ó de la legitimación.

" En 1868, empero, el problema fue resuelto en los Estados Unidos por la ley de 27 de julio de 1868, la cual declara : ' Por cuanto el derecho de expatriación es natural y derecho inherente á todos los pueblos, indispensable para el goce de los derechos de vida y libertad, y para la consecución de la felicidad; por cuanto el Gobierno, reconociendo este principio, ha recibido libremente los emigrantes de todas las naciones, é investídoles de los derechos de ciudadanía; por cuanto se reclama que tales ciudadanos americanos, con sus descendientes, son súbditos de otros Estados, y que deben fidelidad á sus gobiernos; y por cuanto es necesario para la paz pública que la pretensión de fidelidad perpetua sea pronta y definitivamente desconocida; por tanto se resuelve que cualquiera declaración, instrucción, parecer, orden ó resolución, de cualesquiera funcionarios del gobierno, que nieguen, restrinjan, modifiquen, ó pongan en duda el derecho de expatriación, serán en adelante declaradas insubsistentes, como contrarias á los principios fundamentales de este Gobierno '. "

Como casi siempre es muy difícil la mesura y circunspección aun en lo útil, equitativo y justo, los Estados Unidos llevaron ese principio á la exageración; pues en la misma ley se añadió : " Cuandoquiera que se haga saber de una manera oficial al Presidente de los Estados Unidos que algún ciudadano de su nación se halla arrestado ó detenido por un gobierno extranjero, contraviniéndose á lo resuelto en la ley sobre naturalización, alegándose que la de los Estados Unidos no ha desatado los vínculos que le ligaban al soberano primitivo; ó que algún otro ciudadano está arrestado ó detenido, y su libertad se difiere ó rehusa; el Presidente puede suspender total ó parcialmente las relaciones con aquel gobierno, ó si no hubiere otro medio, puede arrestar y detener á cualquier súbdito ó ciudadano del Estado extranjero, excepto á los embajadores ó ministros públicos ".

Phillimore (70) censura, con razón, los términos de

---

(70) " Esta singular represalia, á manera de las de Napo-

esa ley, que declara la guerra á los Estados que atentaren contra cualquier ciudadano de la Unión Americana.

www.libtool.com.cn

§ V.

Prueba de la nacionalidad (*)

52. En dos casos es necesario rendir pruebas acerca de la nacionalidad :

1° Si un individuo alega que es nacional ó extranjero, ya para ejercer derechos civiles ó políticos, ya para libertarse de ciertas cargas :

2° Cuando entre dos Estados se disputan la nacionalidad de una persona.

53. El que pretenda la nacionalidad chilena para el ejercicio de derechos civiles ó políticos, debe justificar que se halla en alguno de los casos determinados en el art. 5° de la Constitución. (II. 22)

El nacimiento en Chile se justificará por medio de la respectiva partida; y si ésta no constare en el respectivo registro, será admissible la prueba testimonial.

Cuando el individuo sostenga que si bien ha nacido en territorio extranjero, su padre ó madre son chilenos, deberá probar dos hechos :

1° La filiación; y

2° La nacionalidad de alguno de los padres.

La filiación deberá justificarse conforme á las leyes vigentes cuando el nacimiento de la persona de cuya nacionalidad se trata. Si esa persona hubiere nacido antes de 1857, las leyes españolas son las que determinan si el hijo es legí-

---

león I, de aprehender y aprisionar á los súbditos extranjeros inocentes, es una novedad en el Derecho público moderno; y sería una declaración de guerra contra el Estado á que el súbdito pertenezca. " (I. CCCXXX. n. z.)

(*) Zachariæ. (A. R.) I. § 69.—Demolombe. I. 172.—Huc. I. 266 bis.—Baudry-Lacantinerie. I. 578-589.—Vincent et Pénaud. Nationalité. 415-428.—Cogordan. chap. VIII. pág. 401-428.—Weiss. I. chap. IV. pág. 693-702.—Despagnet. 121.

timo ó natural, y según ellas aun el hijo meramente ilegítimo podía probar la maternidad aun por testigos.

Pero los individuos nacidos cuando ya regía el Código civil no podrán, como ya lo hemos visto, (II. 22) alegar su calidad de chilenos nacidos en territorio extranjero de padre ó madre nacionales de Chile, sino á ser hijos legítimos, ó naturales reconocidos ó si su filiación constara plenamente en alguno de los casos de que hablamos en el mismo nº 22.

Probada la filiación deberá justificarse la nacionalidad de los padres, esto es, como acabamos de verlo, que uno de los mismos se halla en alguno de los casos enumerados en el art. 5º de la Constitución.

Cuando el individuo alegue que es chileno conforme á los números 3º ó 4º del citado artículo, deberá presentar, ya la carta de naturaleza, ya el instrumento del cual conste que el Congreso le confirió la respectiva gracia; y en estos dos casos no sería admisible la prueba testimonial.

54. Si se tratare de la nacionalidad ecuatoriana, deberá probarse que la persona se halla en alguno de los casos puntualizados en el art. 6º de la Constitución; (II. 23) y serán aplicables las mismas reglas que acabamos de determinar.

55. La prueba de la nacionalidad presupone que hay acerca de ella controversia, y una autoridad que la decida.

No hay en Chile ni en el Ecuador ley alguna que determine expresamente la autoridad que debe declarar si un individuo es nacional ó extranjero.

Cuando se trata de la nacionalidad para el ejercicio de derechos civiles, ó para determinar los efectos que han surtido los actos ó contratos, al juez que conoce en el litigio es á quien corresponde decidir sobre la nacionalidad puesta en tela de juicio.

Si bien por regla general gozan en Sud-América los extranjeros de los mismos derechos civiles que los nacionales, no dejan de presentarse casos de suma importancia en que, controvirtiéndose sobre los meros derechos civiles, es necesario determinar si las personas son nacionales ó extranjeras. Así, por ejemplo, cuando se litiga sobre contratos que, celebrados en nación extranjera, deben cumplirse en Chile, la validez de los mismos puede depender, conforme

al art. 15 del Código civil, de la nacionalidad chilena ó extranjera. (I. 250)

www.libtool.com.cn

Si se controvierten los efectos que ha surtido un matrimonio celebrado en otra nación, éste puede ser asímismo válido ó nulo, según que lo hubieren contraído individuos chilenos ó extranjeros.

En todos los casos, lo repetimos, que se controvierta sobre la nacionalidad para la declaración de ciertos derechos civiles, el juez que conoce en el litigio es quien debe declarar la calidad de nacional ó de extranjero.

Debe observarse sí que la sentencia sobre la nacionalidad no pasa en autoridad de cosa juzgada sino en cuanto á las partes, conforme á las reglas que hemos dado al tratar de esta materia, (I. 30) y que si vuelve á ponerse en duda la nacionalidad en asuntos civiles, el juez ú otra autoridad deberá decidir sobre ella en virtud de las pruebas que se le suministren.

56. Á investigarse la nacionalidad para el ejercicio de los derechos políticos ó para libertarse el individuo de las cargas inherentes á la nacionalidad, los funcionarios administrativos son los que, en Chile y el Ecuador, deben decidir si el individuo es nacional ó extranjero.

Si, por ejemplo, se trata del derecho de elegir, las juntas electorales serán las que decidan si la persona puede ejercerlo.

Á investigarse si un individuo es idóneo para un cargo público, la ley determina qué autoridad es competente para decidir sobre la idoneidad.

Tampoco en este caso surtiría efectos contra todos la decisión de la autoridad que declarase á un individuo nacional ó extranjero. Así, por ejemplo, si una municipalidad declara que un individuo no ha podido, como extranjero, ser elegido para concejal; pudiera controvertirse de nuevo sobre la nacionalidad de ese individuo, bien tratándose, ante juez competente, de los derechos civiles que ese individuo puede ejercer en calidad de chileno ó de ecuatoriano, bien de los derechos políticos del mismo individuo; el cual, á ser elegido, por ejemplo, para senador ó diputado, pudiera presentar ante la respectiva Cámara las pruebas de su nacionalidad, y la misma Cámara resolviera si el individuo es idóneo.

Pero como siempre debe decidirse sobre la nacionalidad del individuo con pleno conocimiento de causa, juzgamos más acertada la práctica francesa, según la cual los tribunales civiles son los únicos competentes para decidir las controversias sobre la nacionalidad de las personas. (71)

www.hotbot.com.cn

---

(71) " Refiriéndose la nacionalidad asíal Derecho civil como al Derecho público, puede preguntarse cuál es la autoridad competente para decidir las controversias que á ella atañen; en una palabra para hacerla constar legalmente. ¿ Será el poder judicial ó el administrativo? En Francia la respuesta es fácil; pues como las leyes que rigen la pérdida y la adquisición de la nacionalidad francesa forman parte integrante del Código civil, al poder judicial incumbe interpretarlas y velar por su estricta aplicación. El poder administrativo que, en otros Estados, decide las controversias sobre el estatuto personal, no ejerce entre nosotros, á este respecto, sino las atribuciones que las leyes especiales le confieren taxativamente: tiene competencia, por ejemplo, para conceder la naturalización á los extranjeros, y el permiso de expatriación previsto por el art. 17 del Código; pero carece de atribuciones para decidir sobre el estatuto personal de un individuo. En muchos casos, sin embargo, la administración puede distinguir entre los franceses y los extranjeros, y á menudo extiende documentos que parece prueban la nacionalidad francesa de quien los obtiene; por ejemplo pasaportes ó certificados de matrícula en un consulado. Pero las resoluciones de la administración, los certificados que confiere no tienen fuerza sino como informe, que no constituye prueba sino simple presunción de la nacionalidad francesa. Podrían, pues, ser impugnados ante los tribunales, cuya decisión es la única obligatoria.

" Nada es más razonable, por otra parte, que haber confiado sólo al poder judicial el conocimiento de las controversias tan difíciles é importantes que suscitan las leyes sobre nacionalidad. Los trámites conducentes á las decisiones judiciales, la publicidad de la audiencia, los recursos, son garantías que en vano se buscaran si el asunto pudiese decidirse sumariamente en la oficina de una administración pública. En fin, es natural que la parte de nuestra legislación que presenta mayores dificultades, sea interpretada por los hombres cuya ocupación habitual es el estudio del Derecho. " (Cogordan. chap. VIII. § 1°. p. 161.)

www.libtool.com.cn

§ VI.

Conflictos sobre la nacionalidad. (*)

57. Según ya lo hemos visto, (II. 13) cada Estado, en virtud de la soberanía, puede dictar todas cuantas leyes determinen cómo se adquiere y se pierde la nacionalidad; y de ahí proviene que son muy frecuentes los conflictos (72) sobre la misma, y que deben fijarse reglas para dirimirlos.

Estados hay que no atienden sino al *ius soli* para conferir la nacionalidad originaria, otros al *ius sanguinis*, y algunos combinan los dos sistemas. Un individuo podría, pues, ser nacional de dos ó más Estados que se disputen la nacionalidad del propio individuo. Por ejemplo, la Constitución chilena declara que toda persona nacida en Chile es nacional del mismo Estado; y según la Constitución del

---

(*) Laurent. I. 86. 95. 367.—(D. C. I.) III. 216. 250. 251.—Demolombe. I. 104.—Baudry-Lacantinerie. 590-595.—Cogordan. chap. II. § 3. p. 37-70.—chap. III. § 8. p. 186-248.—Vincent et Pénaud. Nationalité. 380-414.—Despagnet. 122.—Pillet. p. 88-91.—Fiore. I. 327-330.—Calvo. II. 535. 547-551.—Weiss. I. chap. II. t. V. s. III. IV. p. 262-277. t. VII. p. 677-692.

(72) " El haber doble legislación sobre un punto tan importante " (la nacionalidad) " origina numerosos conflictos muy perjudiciales á los intereses de ambos continentes, y tanto más graves cuanto que su resolución atañe á la esencia misma de la soberanía de los Estados. " (Calvo. II. § 547.)

" Las reglas que determinan el cambio de nacionalidad provienen de situaciones de variedad infinita; exprésanse en los diversos códigos con fórmulas diferentes, y por eso originan innumerables conflictos, que en cada Estado acaso presentan carácter propio y fisonomía peculiar. " (Weiss. chap. III. t. VII. p. 677.)

" Sábese que los principios concernientes á la nacionalidad son muy diversos según los Estados; sábese también que los conflictos sobre esta materia son en extremo graves, porque se trata de leyes de orden público acerca de las cuales los principios de nuestra ciencia, lo que podríamos llamar *leyes competentes*, carecen de eficacia. " (Pillet. pág. 88.)

Ecuador son ecuatorianos los que nacen de padre ó madre ecuatorianos.

www.libtool.com.cn

La solución de los conflictos sobre la nacionalidad presenta dos casos :

1°. Si disputándose sobre dos nacionalidades, una de ellas es la del juez ó tribunal que conoce en la controversia; y

2°. Cuando un juez ó tribunal de una tercera nación va á decidir si un individuo es nacional de otro Estado.

En el primer caso los tribunales no aplican sino las leyes del Estado donde se suscita la controversia; pues las leyes sobre nacionalidad atañen al derecho internacional público, y, en cuanto á ellas, cada Estado aplica las suyas, prescindiendo de las demás. (73) Así, á las controversias en Chile sobre la nacionalidad de un individuo que habiendo nacido en esa nación de padres ecuatorianos, pretende que es ecuatoriano, se aplicará la Constitución chilena, que confiere la nacionalidad originaria á todo individuo que hubiere nacido en el Estado.

Si un tercer Estado es el que conoce en la controversia sobre nacionalidad, también se distinguen dos casos :

1°. Cuando la persona tiene domicilio en alguno de los Estados que se disputan la nacionalidad de esa persona; y

2°. Cuando ella no está domiciliada en ninguna de las dos naciones.

---

(73) Si la controversia se suscita ante el tribunal del Estado cuyo ciudadano pretende ser el individuo, tal tribunal no puede resolverla sino conforme á las leyes de su nación; pues sólo la expedida por el soberano territorial puede obligar á los jueces cuando se trata de decidir si un individuo es nacional del Estado donde impera ese soberano. " (Fiore. I. 329.)

" Admítese que cada Estado tiene el derecho incontestable de aplicar su ley propia á todas las controversias concernientes á la adquisición, la conservación ó la pérdida de la nacionalidad. " (Pillet. pág. 88.)

" A suscitarse conflictos entre dos nacionalidades, y una de ellas es precisamente la de los jueces que conocen en la controversia, éstos deben atender exclusivamente á la ley en cuyo nombre administran justicia; pues toda ley sobre nacionalidad es de orden público internacional. " (Weiss. chap. III. t. VII. pág. 677.)

En el primer caso, acéptase la regla de que el tercer Estado da la preferencia á las leyes del Estado donde la persona ha constituído domicilio; porque concurren así las leyes sobre la nacionalidad cómo la voluntad del individuo manifestada tan claramente por el hecho de haber establecido en esa nación su domicilio.

www.libtool.com.cn

En el segundo caso, hay discordia entre escritores tan eminentes como Pillet y Weiss.

Pillet (74) sostiene que entonces el tribunal del tercer Estado debe inhibirse de fallar sobre la nacionalidad; pero Weiss (75) afirma que son aplicables las leyes de la nación

---

(74) " Puede suceder que una persona originaria de un Estado que acepta el *ius soli*, pretenda ante nuestros tribunales la nacionalidad del lugar donde nació, ó viceversa. Gravísimas son entonces las dificultades que á nuestros jueces se presentan, ¿y cómo saldrán de ellas? M. Weiss autoriza á nuestros jueces para aplicar los principios de la ley francesa. Esta manera de resolver la dificultad recuerda á Alejandro cortando el nudo Gordiano. Ella es del todo arbitraria, y el juez no puede alegar ninguna razón para aplicar su ley nacional á una controversia comprendida en el orden público extranjero.

" Por otra parte, las dos pretensiones contradictorias ante él discutidas, se fundan en un mismo principio, y son igualmente aceptables; no le queda al juez otro arbitrio que abstenerse de juzgar hasta que las partes se acuerden sobre tal controversia. Es uno de los casos en que se halla obligado á inhibirse. " (pág. 90. 91.)

(75) " Conviene indicar la solución de los conflictos en caso que se susciten en el territorio y ante los tribunales de un Estado que no tenga en el conflicto interés directo. Un individuo que nace en Venezuela y cuyo padre es italiano, reclama en Francia ciertos derechos provenientes de un tratado entre Francia é Italia, ¿Es admisible su pretensión? En otros términos, ¿se le tendrá por venezolano aplicándosele la Constitución de Venezuela, que se funda en el *ius soli*, ó bien nuestros tribunales declararán que es italiano, aplicando la ley italiana que acepta el *ius sanguinis?* La controversia es delicada. Parece que no hay razón para dar la preferencia á una de las legislaciones en conflicto; y, por otra parte, no está comprometido el orden público internacional, pues á Francia le importa poco que el interesado sea venezolano ó italiano, y el juez no está obligado á la aplicación de la ley francesa.

" En tal caso, á falta de otro *criterium* puede, á nuestro ver, aplicarse la ley del domicilio del individuo cuya nacionalidad es-

que tenga instituciones análogas á las del Estado cuyos tribunales conocen en el asunto.

www.libinol.com.ec

Nosotros aceptamos la regla de Weiss, bien porque es un principio admitido por la legislación civil de casi todos los pueblos cultos que el juez no puede dejar de fallar á pretexto de oscuridad ó falta de ley; bien porque esa regla es muy análoga á otra que ya hemos visto (I. 242) sobre la aplicación de las leyes extranjeras; á saber, que cuando el juez no puede cerciorarse de la ley extranjera, aplica las leyes de su nación.

Las controversias sobre nacionalidad son casi siempre accesorias de otras; pues la nacionalidad conduce á determinar el estado civil y la capacidad del individuo; y éstos, á la validez ó nulidad de los actos ó contratos que él hubiere ejecutado ó celebrado. Luego, el juez llamado á conocer en la litis no podría inhibirse de intervenir en ella hasta que se resuelva sobre la nacionalidad, de la cual puede depender la decisión del punto principalmente controvertido.

En Chile y en las naciones que, como el Ecuador y Colombia, han aceptado su legislación civil, tienen menos importancia las controversias sobre la nacionalidad en

---

controvertida ó dudosa. Luego, si está domiciliado en el territorio de uno de los Estados que se le disputan, los jueces franceses declararán que á este último pertenece. En efecto, estableciéndose él en el territorio, ha optado por una de las dos nacionalidades á que su nacimiento le llamaba, y por eso mismo manifiesta la intención de sustraerse á la otra. La presunción de voluntad en que se apoya la declaración de ésta no resiste á una manifestación tan explícita. Pero si el individuo no estuviere domiciliado en ninguna de las dos naciones que pretenden derecho sobre la persona, si el nativo en Venezuela de padres italianos tiene su principal establecimiento en Francia, ¿qué nacionalidad la declararán nuestros tribunales? No se trata de declararle francés. El domicilio no confiere nunca nacionalidad, no sirve sino para corroborar la presunción que se desprende del origen, ó para suplir, en los conflictos de interés privado, una ley nacional incierta. Entre dos nacionalidades rivales, el juez deberá decidirse por aquella cuya determinación se aproxime más á las reglas admitidas por la ley francesa. En el caso propuesto, la nacionalidad italiana, el *ius sanguinis*, obtendrá la preferencia sobre la nacionalidad venezolana ó el *ius soli*." (Chap. II. t. V. s. IV. pág. 272. 273.)

cuanto conduce ésta á determinar el estado y la capacidad del individuo; pues tratándose de actos ó convenciones ejecutados ó celebradas en la nación donde se litiga, sus leyes son las que se aplican aun para determinar el estado y la capacidad de los extranjeros.

www.libtool.com.cn

La nacionalidad no se investigaría, en los litigios civiles, sino cuando, conforme al Derecho internacional privado, se litigue en Chile, el Ecuador ó Colombia, sobre los efectos de actos ó contratos ejecutados ó celebrados en otra nación.

Si los conflictos sobre la nacionalidad no presentan graves dificultades al juez, que tiene reglas ciertas de fácil aplicación, no así en cuanto al legislador. Nada más difícil que éste expida leyes que obsten á los conflictos sobre nacionalidad, pues como ella es uno de los puntos más trascendentales en cada Estado, el legislador no puede alterarlas sino cuando sea absolutamente necesario. En América hay además la circunstancia de que casi todas las constituciones determinan los requisitos de la nacionalidad y los medios de perderla; y sabido es que las mismas puntualizan trámites lentos y complicados, que retardan y dificultan la reforma de los preceptos constitucionales.

Art. 57. La lei no reconoce diferencia entre el chileno i el estranjero en cuanto á la adquisicion i goce de los derechos civiles que regla este Código. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 56.
C. E. 53.

(*) Locré. I. 299. 76.—330. 13.—II. 33. art. 3. 4.—41. 8-13.—58. art. I.—80. art. I.—81. art. 5.—113. 1.—210. 3.—216. 1-3.—220. 7-13.—243. 6. 8.—321. 9.—340. 7.—Savigny. I. § 22.—II. § 64. 66.—VIII. § 348. 356. 357. 360. (O.) I. § 6.—Pothier. Des Personnes. 48. 49.—Domat. L. IV. part. II. § XIII.—Maynz. I. 8. 11. 57. 67-77. 100.—Accarias. II. 701.—Jhering. I. § 19.—Niebhur. II. pág. 26-33.—III. pág. 103.—Merlin. Étranger.—Dalloz. Droit Civil.—1. 2. 13-19. 30-33.—39-41. 46-48.—55-59.—61-65.—Ortolan. (G.) 32-38.—Laurent. I. 317-319. (D. C. I.) I. 6-8. 67-

C. de N. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales.

8. Tout Français jouira des droits civils.....

11. L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.

7. El ejercicio de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano, la cual no se adquiere ni se conserva sino conforme á las leyes constitucionales y electorales.

8. Todo francés gozará de los derechos civiles.....

11. El extranjero no gozará en Francia sino de los mismos derechos civiles que se hubieren concedido ó se concedieren á los franceses por los tratados de la nación á que el extranjero pertenezca.

P. de G. 26. Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto ó que se dispusiere por los tratados y leyes especiales.

C. C. 75.

C. P. 33. Los extranjeros gozan en el Perú de todos los derechos concernientes á la seguridad de su persona y de sus bienes, y á la libre administración de éstos.

34. La adquisición de inmuebles y las condiciones del comercio de los extranjeros, dependerán de los tratados que se celebren con sus respectivas naciones, y de las leyes y reglamentos especiales.

C. Esp. 27. Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2° de la Constitución del Estado ó en tratados internacionales.

---

70. 259-265. 436. II. 1-13.—Toullier. I. 167. 205-212. 252-254. 256.—Zachariae. (M. V.) I. § 51. 52.—Zachariae. (A. R.) I. § 52. 79.—Demolombe. I. 138-140. 244. 245.—Massé. I. 489-509. 530. —Sthephen's (on Blackston's). I. pág. 409. 411. 430.—II. pág. 406-411.—Phillimore. I. CCXXI.—IV. CCCLXXXV.—Wharton. § 17.—Asser. 15-17.—Fiore. I. 7-18.—277-301.—Despagnet. 22-45.—Calvo. II. § 525. 700-702. 704. 834. 835.—Pradier-Foderé. III. 1635.—Montesquieu. XXI. XXVII.—Gibbon. III. XLIX. pág. 197.

28. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo á las disposiciones del presente Código.

www.hfatool.com.cn

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados ó leyes especiales.

C. A. 33. Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los indígenas cuando no sea necesaria la calidad de ciudadano. El derecho de albinagio se sujeta á la ley de la reciprocidad entre las naciones.

COMENTARIO.

58. Este artículo declara un principio importantísimo, que aceptado por casi todas las naciones de Sud-América, manifiesta que ellas, ajenas á las rivalidades y al egoísmo, juzgan que si bien es de todo punto necesario establecer diferencia entre los nacionales y los extranjeros en cuanto á los derechos políticos, los derechos civiles, que corresponden al hombre como tal, deben concederse y garantizarse á todas las personas.

59. De los códigos europeos el único en que se declara la absoluta igualdad entre los nacionales y los extranjeros es el italiano; "El extranjero", dice el art. 3, "puede gozar de todos los derechos civiles que se conceden al ciudadano".

El Código italiano principió á regir en 1866; el chileno, en 1857, y sin embargo Laurent, (1) Fiore, (2) Weiss (3)

---

(1) "Pisanelli, que estableció en el Código italiano la igualdad entre el extranjero y el indígena, afirmaba que la ley italiana se difundiría por todo el mundo. La verdad es semejante al sol, y está destinada á iluminar toda la tierra. Correspondía á Italia, la tierra del derecho, emprender en esa gloriosa iniciativa. Conquistando ella su emancipación fundada en la nacionalidad, ha enviado al mundo un nuevo rayo de la verdad eterna. Cuando éste haya dado la vuelta al globo se realizará un progreso inmenso: no habrá en la tierra extranjeros; en todos los pueblos los hombres serán tratados como hermanos, y todos podrán reclamar su ley nacional como garantía de los derechos y como expresión de su personalidad. Cuando la humanidad estaba en la cuna, excluía

afirman que el Código italiano declaró por primera vez el principio de la absoluta igualdad, en cuanto á los derechos civiles, entre el nacional y el extranjero.

Es de sentir que los estudios sobre el derecho comparado sean todavía mero proyecto, y que aun los escritores menos prevenidos contra las Repúblicas de Sud-América no paren su consideración en nuestras instituciones, y prescindan de ellas aun cuando en sus libros parezca que se refieren á las mismas. Las ven sin mirarlas, y hablan tan de paso de todo cuanto concierne á nuestros Códigos, que pudiera juzgarse que teniéndonos por bárbaros ó salvajes, no merecemos la atención de los grandes escritores europeos. (4)

---

de todo derecho al extranjero; á medida que se perfeccione, formará una gran familia, en cuyo seno reinarán la fraternidad y la igualdad. Si Italia es la primera que ha escrito en su Código esta ley santa, no olvidemos que la filosofía ha proclamado el nuevo dogma, y que escuchando su voz lo declaró la Asamblea Constituyente. Conviene que la verdad no sea el privilegio de una raza ó de una nación; todos los pueblos son llamados á gozar de ella, y todos cooperan al trabajo de perfección general. No excluyamos ni á la antigüedad, porque ésta es el origen de la filosofía, don del libre pensamiento que Grecia legó á Roma, y que Roma trasmitió al mundo." (D. C. I. II. 38.)

(2) "Esta era una grande innovación al derecho que preexiste en toda Italia y al que regía en todas las demás naciones." (I. 291.)

(3) "La legislación italiana ha declarado por primera vez, de una manera liberal y absoluta, la igualdad entre el nacional y el extranjero en cuanto al goce de los derechos civiles.

"El art. 3 del Código civil de 1865 asienta como principio que el extranjero puede gozar de los derechos civiles conferidos á los nacionales. Si bien los derechos puramente políticos se le rehusan razonablemente, y si su libertad individual está sujeta, como en todos los pueblos, á ciertas restricciones á que no lo están los italianos; el extranjero reclama eficazmente en el territorio italiano no sólo los derechos públicos propiamente dichos, que son los derechos del hombre, sino también todos los derechos privados, todos los derechos de familia, todo los derechos patrimoniales que la ley reconoce á los ciudadanos; puede establecer en Italia su domicilio, casarse, constituir familia; puede adquirir y poseer inmuebles; puede ser acreedor y contraer obligaciones de la misma manera que los regnícolas." (II. chap. V. t. II. pág. 527.)

(4) Tanto menos excusable es el error de Weiss, cuanto al hablar de los derechos civiles que en Chile se conceden á los extranjeros, dice: "Si el art. 14 del Código civil chileno sujeta á los

Imperecedera es la gloria de D. Andrés Bello por haber sido el primero en proponer el principio, tan fecundo en resultados, de la absoluta igualdad civil entre los nacionales y los extranjeros, y ningún pueblo puede disputar á Chile la palma de haber aceptado en su legislación ese mismo principio, que todavía es hoy materia de extravagantes discusiones entre los escritores europeos, que no pueden desnudarse del egoísmo y de la rivalidad.

www.libtool.com.cn

60. Antes de estudiar todas las consecuencias que se deduzcan del principio asentado en el art. 57 veamos las legislaciones que precedieron á la nuestra, y en especial la romana.

En los primeros tiempos de la ciudad eterna, lejos de concederse al extranjero ningún derecho, las leyes de las Doce Tablas le denominaban *hostis* (enemigo), y declaraban que contra él había guerra perpetua. (5)

61. Pero habiéndose aumentado en extremo el número de los extranjeros, fue necesario concederles los derechos civiles sin los cuales no podían vivir, y estableciéronse las instituciones de la hospitalidad (*hospitium*) y la del patronato (*patronatus*). En los derechos civiles de los extranjeros influyeron además los tratados que á menudo cele-

---

extranjeros á la aplicación de las leyes chilenas, y aun á las mismas obligaciones que á los nacionales, el artículo 57 les concede sin ninguna condición de reciprocidad todos los derechos que pertenecen á los indígenas : 'la ley,' dice este artículo, 'no reconoce diferencia alguna entre el chileno y el extranjero, en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código'; y en cuanto á ellos no distingue entre el extranjero domiciliado, el extranjero transeunte, ni el extranjero que nunca ha llegado á Chile; pues todos tienen derecho á los beneficios de la ley." (II. chap. V. t. II. p. 549.)

(5) " Adversus hostem aeterna auctoritas. (Ley I. de la Tabla III.)

" Equidem illud etiam animadverto, quod qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vocaretur, lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus." (Ciceron. De Officiis. I. XII.)

" El extranjero era incapaz de todo derecho civil, y siendo absolutamente desconocida la noción de los derechos naturales que corresponden al hombre como tal, de hecho se le excluía de todo derecho." (Laurent. D. C. I. I. 18.)

braban los romanos con los pueblos á quienes imponían la ley.

www.libtool.com.cn

62. El *hospitium* era una convención según la cual el peregrino que se hallaba en el territorio romano se ponía, por algún tiempo, bajo la protección de un ciudadano, que se obligaba á recibirle, honrarle, curarle en las enfermedades, velar por sus intereses, defenderle en juicio. Esta convención se formaba por el mero consentimiento de los interesados; constaba ordinariamente en una tablilla (*tessera*) que se extendía por duplicado, y que se entregaba á las partes. " El *hospitium* ", dice Jhering, (6) " es muy diverso de nuestra hospitalidad moderna..... El objeto del *hospitium* no es efectivamente la acogida hospitalaria, aunque la comprenda como accesorio, sino la garantía recíproca de la protección del derecho. El *hospes* libertaba al *hostis* de las consecuencias de su posición de extranjero, poniendo el derecho del huésped bajo la protección del suyo propio, y sosteniéndolo, como el suyo, ante la justicia. Contra el fraude y la deslealtad del *hospes* el derecho no concedía ninguna protección, porque el *hostis* carecía de derecho; pero las costumbres y la religión (7) le protegían eficazmente. La falta de protección á favor del extranjero, y la ilimitada confianza que éste había puesto en el *hospes*, imprimían al abuso de la hospitalidad el carácter de uno de los crímenes más infamantes y más ignominiosos conocidos entre los antiguos. (8)

63. El *patronato* establecía, no una relación momentánea, sino una muy durable de dependencia y de tutela, análoga á la del hijo de familia. Entiéndese que el cliente está obligado á prestar servicios personales y á contribuír, en su respectivo caso, á la dote de las hijas del patrono, al rescate de la cautividad de los miembros de su familia, al pago de las multas, así como á las expensas por las magistra-

---

(6) I. § 19. pág. 233.

(7) Illum et parentis crediderim sui.
Fregisse cervicem, et penetralia.
Sparsisse nocturno cruore
Hospitis : ille venena Colcha. " (Horacio. II. Ode XIII.)

(8) Jupiter, hospitibus nam te dare iura loquuntur.
(Virgilio. *Eneida*. I. 731.)

turas honorarias que al patrono se le habían conferido.

El patrono se obligaba para con el extranjero su cliente á instruírle en el derecho, á representarle en juicio, á protegerle, en fin, en todas las circunstancias en que necesitaba de su socorro, y tales obligaciones tenían una sanción religiòsa igual á la del *hospitium*. (9)

Si el cliente moría sin dejar sucesión, el patrono era su heredero. (10)

---

(9) Patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto. (Ley de las Doce Tablas.)

(10) " Cuando los clientes no ejercían profesión ó no habían adquirido propiedad, los patronos les daban habitación y dos fanegas de tierra sembradías, no en propiedad, sino precariamente, y podían quitárselas á tener motivo de queja. Por lo demás, aunque fuese muy diversa la posición del cliente y la del patrono, éste le debía proteger paternalmente, socorrerle en caso de necesidad, defenderle en juicio, instruírle en el derecho civil y religioso. Los clientes, por su parte, debían mostrarse al patrono afectuosos y obedientes, defenderle la honra, pagar las multas que se le imponían, contribuir con los miembros de la casa á soportar, en interés público, las cargas y los deberes honoríficos. Debían también contribuir para la dote de las hijas y pagar rescate, sea que el patrono mismo ó los suyos cayesen prisioneros...

" Si el cliente moría sin herederos, el patrono le sucedía, y ese derecho se conservó en cuanto á los libertinos, respecto de los cuales la potestad del patrono se fundaba, á no dudarlo, en las prerrogativas generales del patrono. " (Niebuhr. II. p. 28.)

" El sistema exclusivo del Estado y del derecho en sus manifestaciones respecto á lo exterior, se extendió igualmente en lo interior, en cuanto á los que pretendían establecerse en el territorio del Estado, sin sujetarse á la gentilidad. Su condición era idéntica á la del *hostis* : así como éste no podía, al principio, obtener la protección de las leyes sino de una manera indirecta por medio del *hospitium*, de la misma manera aquéllos no podían obtenerla sino poniéndose, como clientes, bajo el patronato de un ciudadano romano (*applicatio*). Pero si la relación del *hostis* al *hospes* era una relación de armonía, la del cliente al patrono lo era de subordinación. En el *hospitium* la contra-prestación consistía en la reciprocidad de protección; la clientela al contrario creaba una obligación de servir. La dependencia que establecía esa relación se halla claramente enunciada con las dos expresiones *patronus* y *cliens* (a). La primera de

(a) De *cluere*, oír, obedecer.

" El patronato, al principio individual, " dice Laurent, (11) " se extendió á ciudades y pueblos extranjeros. Cicerón era patrono de Cicilia, Catón, de la isla de Chipre, los Flavios, defensores de los Alobroges, los Claudios, de los Lacedemonios. "

64. Los tratados entre los Romanos y los pueblos á quienes vencían establecieron también los derechos civiles de que podían gozar los extranjeros. Para dirimir las controversias provenientes de esta especie de derecho internacional privado, se establecieron desde muy antiguo los *recuperadores*. (12)

---

estas palabras la presenta como imitación de la patria potestad, y la lengua exprime fielmente su natureleza especial por medio de esa designación. Como el hijo, el cliente carece de derechos contra el que hace de padre; jurídicamente uno y otro están sometidos á su potestad. Sólo las costumbres y la religión los defienden contra los abusos de la misma. Una ley, que se atribuye á Rómulo, declaraba fuera de la ley al patrono que había engañado á su cliente. En la escala de los deberes que Gelio nos ha conservado, los deberes para con el cliente ocupan un lugar distinguido. " (b). (Jhering. I. § 19.)

(11) D. C. I. I. 93.

(12) " Así como la paz no existía sino en virtud de un tratado, así también el extranjero adquiría en Roma el goce del derecho civil sólo en virtud de una convención. De ordinario un mismo acto establecía la paz y cierta participación en el derecho civil entre los pueblos vecinos. Tal fue la alianza entre Roma y la confederación latina y ella es uno de los más antiguos monumentos del derecho internacional, público y privado : merece, pues, un lugar en la historia :

" Habrá paz entre los romanos y los latinos mientras estén en su lugar el cielo y la tierra. Ninguno de los dos pueblos invadirá al otro, ninguno llamará al extranjero ni le concederá paso para atacar á su aliado. Si uno de los pueblos es invadido, el otro le auxiliará con todas sus fuerzas. Distribuiránse entre ellos con igualdad el botín que en común hubieren conquistado. Las controversias entre particulares serán juzgadas en diez días, y en la nación donde el contrato se ha celebrado. Dionisio de Halicarnaso, que transcribe ese tratado, lo califica de *isopolicia*. Era alianza política, más bien que la concesión del derecho de sufragio y de admisibilidad á los cargos públicos. El tratado

(b) *Patrem primum, deinde patronum* proximum nomen habere... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

65. Fácil es comprender que estas instituciones no eran suficientes, cuando en razón de la conquista se aumentó en extremo la extensión del imperio romano. La ley estableció entonces dos clases de personas :

1ª. Los ciudadanos (*cives*); y

2ª. Los peregrinos.

66. El derecho de ciudadanía, propio de los *cives*, encerraba tanto los derechos políticos como los derechos civiles.

Los primeros consistían principalmente en el derecho de votar en los comicios (*ius suffragium*) y en la capacidad de desempeñar los cargos públicos (*ius honorum*).

En cuanto á los derechos civiles, lo que distingue esencialmente al ciudadano romano son los derechos de *connubium* y de *commercium*. (a)

Connubium designa la capacidad de contraer matrimonio romano, tanto absoluta como relativa, esto es, la capacidad del individuo en cuanto á todas las personas ó solamente respecto de algunas. Y como de tal matrimo-

---

aseguraba á los latinos y los romanos el goce recíproco de los derechos civiles de propiedad y de matrimonio; lo cual más tarde se llamó el *commercium* y el *connubium*. " (Laurent. D. C. I. I. 94.)

" Roma habia celebrado con muchos pueblos tratados de amistad, de alianza ó de comercio, cuyas estipulaciones, naturalmente muy varias, garantizaban casi siempre á los súbditos de cada Estado las personas y las propiedades en el territorio del otro, y permitian en ese territorio las empresas comerciales. El *foedus* más célebre es aquel que Servio ajustó con las ciudades latinas, y que, según Cuq, concedía favorablemente á cada uno de los contratantes el derecho de contraer matrimonio, de contratar con los otros y de comparecer en juicio. En estos primeros tratados se estipulaba ordinariamente una jurisdicción internacional, la de los *Recuperadores*, para conocer en los litigios que, sobre asuntos privados, podrían suscitarse entre romanos y extranjeros. Tal uso se desprende claramente del siguiente pasaje de Festo : Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores redderentur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur. " (Weiss. II. chap. I. t. II. 24.)

(a) Hemos traducido á Savigny. II. § LXIV.

nio se deriva la patria potestad, de ésta el parentesco romano, y del parentesco la antigua sucesión abintestato, compréndese la importancia de esa expresión técnica : el *connubium*, concedido ó denegado, se refiere en gran parte á la capacidad del individuo.

El *commercium*, en la acepción propia de la palabra, designa la capacidad de comprar y de vender, y en su acepción técnica, la capacidad del contrato simbólico llamado *mancipación*. La mancipación es la forma más antigua y más usual de la enajenación de los bienes, y á la mancipación se refieren el dominio perfecto, la IN IURE CESSIO, la usucapión y la reivindicación rigurosa. Las consecuencias remotas que se derivan de la mancipación consisten en el derecho á las servidumbres, y éstas se comprenden, como la propiedad, en el *ius quiritium;* la capacidad para ciertas obligaciones; (13) en fin la TESTAMENTIFACTIO, (14) que comprende la capacidad de otorgar testamento ó codicilo, de ser instituído heredero, legatario ó fideicomisario, testigo en un acto de última voluntad.

Así, estas dos expresiones técnicas comprenden lo más importante de la capacidad de derecho en general. Pero téngase presente una restricción esencialísima. La capacidad reconocida ó denegada en estos términos á una persona, se refiere únicamente á las instituciones del *ius civile*, y es extraña al *ius gentium*. Así pues, la persona á quien se rehusa el *connubium* puede muy bien tener capacidad para el matrimonio según el *ius gentium;* de la misma manera que la exclusión del *commercium* no acarrea la incapacidad del dominio según el *ius gentium*.

67. Los peregrinos carecen del *connubium* y del *commercium*. En este aspecto la clase de los *peregrini* es puramente negativa : compréndense en ella los que care-

---

(13) " Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium Romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent "... (Gayo. III. 93.)

(14) Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum : sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur. " (Gayo. II 285.)

cen de capacidad de derecho, principalmente los esclavos, y los individuos de las naciones que no tienen con el pueblo romano relaciones de amistad. Es susceptible, además, de un sentido positivo que, aplicado, es en extremo útil. Así, se denomina *peregrini* á todos los que no teniendo la capacidad del *ius civile*, tienen la del *ius gentium*, y son reconocidos en tal carácter por los tribunales romanos.

Se comprendía, además, en la denominación de *peregrini:*

1°. Antes de Caracalla, los habitantes de casi todas las provincias, esto es, la mayor parte de los súbditos del imperio romano : (15)

2°. Los nacionales de todos los Estados extranjeros que tenían con los romanos relaciones de amistad :

3°. Los romanos que á consecuencia de una pena (por ejemplo la deportación) habían perdido el derecho de ciudadanía :

4°. Cierta clase de libertinos cuya inferioridad provenía de la manera como se habían manumitido (*dedititiorum numero*).

Común á todos los habitantes de las provincias y á todos los extranjeros, la condición del peregrino se comprendía

---

(15) " La palabra *peregrino* es latina, y significa extranjero. La empleo para evitar confusión de ideas. El extranjero peregrino no es el extranjero enemigo. Éste carece de derecho, mientras que el otro goza del derecho que le reconoce la ley de la conquista. En el lenguaje moderno, denomínase extranjeros á los miembros de los Estados independientes, cuando se les contrapone á los nacionales ó indígenas de otros Estados. No se puede dar este nombre á los peregrinos, porque éstos, como súbditos, formaban parte del Estado romano : eran extranjeros en cuanto no participaban de la ciudadanía romana ni de los derechos de ella provenientes; pero gozaban de su derecho propio, y el continuo trato entre los peregrinos y los extranjeros, acabó por asimilar el derecho de unos y otros con el nombre de *derecho de gentes*. En ese orden de ideas, los verdaderos extranjeros eran los que el orgullo romano calificaba de bárbaros, como los germanos, los orientales. Los romanos ignoraban la existencia de la mayor parte de esos pueblos, pues no conocían el norte de Europa, el Asia oriental ni la mayor parte de África." (Laurent. D. C. L. I. 85.)

en el derecho político; aplicada á los condenados y á una clase de libertinos, era una anomalía especial é individual. Así, pues, sólo en cuanto á estos últimos la condición de peregrino tenía un carácter degradante.

www.libtool.com.cn

La capacidad de los *peregrini* en el dominio del *ius gentium* comprendía toda clase de hechos jurídicos. Su matrimonio era verdadero matrimonio pero no *iustum*. (16) Su propiedad, como propiedad natural (*in bonis*), era reconocida y protegida. Su capacidad se manifestaba sobre todo en materia de obligaciones; pues sus obligaciones eran, como se podía suponer, no sólo naturales sino civiles, esto es garantizadas por acciones. En cuanto á las obligaciones, es muy probable que esas reglas se establecieron cuando los romanos, que habían contraído amistad con los pueblos vecinos, tuvieron con ellos relaciones diarias de comercio. Para comunicar á los *peregrini* esa extensión, se inventó un derecho de ciudad ficticio y sus acciones se asemejaron, como *actiones fictitias*, á las de los ciudadanos romanos. (17)

---

(16) " Item, si civis Romana per errorem nupta sit peregrino, tanquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque ejus et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aeque simul incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est si peregrino tanquam Latino ex lege Ælia Sentia nupta sit; nam et de hoc specialiter senatusconsulto cavetur. Idem juris est aliquatenus, si ei qui dedititiorum numero est, tanquam civi Romano aut Latino e lege Ælia Sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dedititiorum numero est, in sua conditione permanet; et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur. " (Gayo. I. 68.)

(17) " Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : veluti si furti agat peregrinus, aut cum eo *agatur; nam si cum eo agatur*, formula ita concipitur : JUDEX ESTO. SI PARET A DIONE HERMAEI FILIO FURTUM FACTUM ESSE L. TITIO, aut SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua; item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur. " (Gayo IV. 37.)

68. Después se formuló otra distinción : todos los hombres son : ó *cives*, ó *latini*, (18) ó *peregrini;* la cual admite una clase intermedia entre las dos antiguas. Hé aquí, en cuanto á la incapacidad, las consecuencias prácticas de esta innovación : no se modificó el estado de los *cives* ni el de los *peregrini;* pero los *latini* recibieron un semi derecho de ciudadanía, el *commercium* sin el *connubium*. Pertenecían, pues, á la primera clase en cuanto á la capacidad del *commercium;* á la segunda, por la incapacidad del *connubium*. (19)

¿ Cómo y en qué época se admitió la clase intermedia que puso en olvido la clasificación primitiva, reemplazada por la nueva? Sobre esto no hay ninguna prueba directa, y los autores modernos no están conformes. Durante el largo lapso transcurrido desde la fundación de Roma hasta

---

(18) " LATINI seu Socii Latini nominis erant antiquissimis temporibus Latii incolae, faederati Populi Romani.

" Hoc ius Latii postea multis civitatibus et coloniis extra Latium, imo etiam extra Italiam concessum est.....

" Ius Latii in eo consistebat ut quorumdam iurium cum Civibus Romanis communionem haberent; nimirum quorumdam Sacrorum, Latinarum feriarum, Mancipationis, Nexûs, &. Certis modis ad Civitatem Romanam pervenire poterant: puta si stirpem domi reliquissent; magistratu in suâ patriâ functi essent, &.

" Praecipuum autem Sociorum Latini nominis ius erat quod suis Legibus viverent; suisque parerent Magistratibus, non vero Magistratibus Romanis : caeterum Romanis tributa et vectigalia pendebant, et tempore belli copias militum auxiliares mittere tenebantur. " (Pothier. D. I. p. 15. n. XXI.)

(19) " Adeo autem hoc ita est, ut si civi Romano Latina nupta sit, QUI NASCITUR, MATRIS CONDITIONI ACCEDAT; NAM IN LEGE MINICIA QUIDEM PEREGRINORUM NOMINE COMPREHENDUNTUR NON solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui Latini nominantur; sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos, propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero. " (Gayo. I. 79.)

Quod ius quibusdam peregrinis civitatibus datum est vel a populo Romano vel a senatu vel a Caesare. HUIUS AUTEM IURIS DUAE SPECIES SUNT; nam aut maius est Latium aut minus : maius Latium, cum et hi qui decuriones leguntur et ei qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur; minus Latium est cum hi tantum qui magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt. Idque compluribus epistulis principum significatur. " (Gayo. I. 96.)

que consolidó su dominio en toda Italia, las relaciones, en cuanto al derecho, entre Roma y los Estados italianos fueron tan numerosas como variables. Así, por ejemplo, la capacidad reconocida á los ciudadanos de la nación latina era mas ó menos extensa y dependía del bueno ó mal éxito de la guerra; y entre el derecho de ciudad y el estado de peregrino hubo infinidad de grados intermedios, no susceptibles de referirse á una regla determinada ó estable. Poco después de la guerra social, esa distinción se extinguió en la antigua Italia, esto es, exceptuada Lombardía, llamada á la *sazón Gallia cisalpina*, y el derecho de ciudad se extendió al principio á la nación latina y más tarde a los otros pueblos italianos. Desde entonces el nombre de latino designó el origen nacional, mas no cierta capacidad de derecho.

Hacia la misma época mientras el sur de Lombardía (*Gallia cispadana*) recibía el derecho de ciudad, el norte (*Gallia transpadana*) experimentaba una organización nueva, en que la capacidad de derecho se determinaba según un principio enteramente distinto. Roma confería á las ciudades traspadanas, sin enviar á ellas colonos, el derecho de colonias latinas, no cual se entendía en otro tiempo, sino mucho más restringido. Así, sus habitantes tenían con los romanos el *commercium* sin el *connubium*; y los que en su ciudad natal ejercían una magistratura, tenían el derecho de ciudadanía romana. Entonces la palabra *latinus* tiene una significación del todo jurídica, independiente del origen ó del domicilio; esta latinidad es la que los jurisconsultos clásicos nos presentan como una condición intermedia, como la segunda categoría asignada á los súbditos libres del Imperio, y cuyas diferencias abolió Justiniano. La aplicación primitiva de este derecho cesó en breve, porque las ciudades traspadanas obtuvieron el derecho de ciudadanía romana, pero el nombre de *latinus* y las relaciones que expresa tuvieron otra aplicación. Así, Vespasiano confirió la latinidad á toda España; y antes de esa época á la clase de los *latini* fueron agregados los libertinos cuya manumisión no podía, por varias causas, surtir la plenitud de sus efectos.

La distinción entre ciudadanos, latinos y peregrinos,

perdió casi toda su importancia desde que Caracalla expidió la constitución, llamada Antonina, según la cual llegaron á ser ciudadanos romanos todos los súbditos del Imperio. (20)

Discordes están los escritores acerca de los efectos que surtió la constitución Antonina; pero parece lo más cierto que ella no confirió el derecho de ciudadanía sino á los que entonces habitaban el Imperio romano, y que Caracalla se propuso principalmente exigir una contribución así á los peregrinos como á los ciudadanos. (21)

---

(20) In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. (D. I. V. 17.)

(21) Una ley del Emperador Caracalla concedió el derecho de ciudadanía á todos los súbditos libres del Imperio. Pero esta Constitución no abolió las calidades de latino y de extranjero; no se refirió sino á los que existian al tiempo de su publicación. Parece, pues, que aun posteriormente habia *latini*, esto es, los que lo eran á consecuencia de la ley Junia Normana, y *peregrini*, los comprendidos en las disposiciones de la ley Ælia Sentia, ó los que perdian el derecho de ciudadanía por condena criminal, ó en fin los habitantes de las provincias conquistadas posteriormente á esa ley, y los bárbaros mercenarios que servian en los ejércitos.

" Hay dudas sobre la extensión de la Constitución Antonina. ¿Aplicábase á todos los que habitaban el Imperio romano, y á los que vendrian á él á establecerse? Creo que no. Dion Casio nos determinó el motivo que indujo á conferir el derecho de ciudadanía á los habitantes del Imperio; propúsose Caracalla extender á las provincias los impuestos que los ciudadanos romanos estaban obligados á pagar. (a) Luego, el emperador se referia á los peregrinos, esto es, los súbditos de Roma, y ni pensaba en los bárbaros. En el mismo sentido interpretó Justiniano la constitución Antonina; el cual dice que Antonino Pio (á quien atribuia la ley) concedió el derecho de ciudadanía á los peregrinos, súbditos del Imperio. Los extranjeros propiamente dichos no aprovecharon, pues, de los beneficios de la constitución imperial. Los escritores latinos, aunque ponderan esos beneficios, confiesan que los bárbaros y los esclavos eran siempre extranjeros en la ciudad la única en todo el universo.

" La constitución de Caracalla tuvo una consecuencia importante en cuanto concierne al derecho que regía á los habitantes del Imperio. Habiéndose extendido ella á todos los

(a) Véase, en el primer tomo, la nota 110 del art. 14.

En fin Justiniano abolió absolutamente tal distinción, y según sus Códigos no había en el Imperio romano sino hombres libres y esclavos. (22)

69. Pero téngase presente que los romanos dividían los extranjeros en *peregrinos* y en *bárbaros*. Daban esta última denominación á los extranjeros con quienes no tenían relaciones de amistad. Los bárbaros carecen de todo derecho; no gozan ni de los que confiere el derecho de gentes; sus bienes son *res nullius*, y cualquiera puede apoderarse de ellos por ocupación; (23) su sepultura misma, menos protegida que la del esclavo, no es *res religiosa*, (24) y puede ser violada impunemente. Una constitución promulgada en 670 por los Emperadores Valente y Valentiniano, llegó á prohibir, so pena de muerte, el matrimonio entre bárbaros y romanos. (25) Según la enérgica expresión de Ortolan, los bárbaros, esto es, todos los que no tenían relaciones de amistad con los romanos, estaban privados de la civilización y de la geografía.

---

ciudadanos, les era aplicable el derecho romano; y por tanto se extinguió la diversidad de derecho en la inmensa dominación de Roma. Los escritores del Imperio decian, con su lenguaje declamatorio, que todo el mundo era romano, regido por una sola y misma ley. " (Laurent. D. C. I. I. 108. 109.)

(22) Posteriormente á Caracalla, la gran división en ciudadanos, y extranjeros, había perdido casi toda su importancia. Justiniano, aboliéndola enteramente, terminó por igualar los libertinos á los ingenuos. En el Derecho nuevo no hay sino hombres libres y esclavos. Todos los súbditos libres del Imperio tienen el derecho de ciudadanía. (Maynz. I. 212.)

(23) In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis an nos aliquid perveniat; hoc quoque igitur casu postliminium datum est. (D. XLIX. XV. 5. § 2.)

(24) Locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse Aristo t (D. XI. VII. 2.)

Sepulcra hostium religiosa nobis non sunt; ideoque lapides de sublatos in quemlibet usum convertere possumus, non sepulcri violati actio competit. (D. XLVII. XII. 4.)

(25) C. Th. III. XIV. 1.

70. Debemos fijarnos bien en la esencia del *Derecho de gentes*, tal como lo entendían los romanos; pues muchos jurisconsultos, y en especial los franceses, pretenden que es aplicable ahora la distinción entre el *Derecho civil* y el *Derecho de gentes*, y que los extranjeros gozan en Francia de los derechos que del último provienen, mas no de los derechos civiles sino en cuanto éstos se hubieren asegurado por tratados.

www.bibliotecnica.com

Como Roma tenía para sí, insistimos en ello, un derecho civil exclusivo, denegándolo absolutamente á los demás pueblos; y como acudían á la ciudad eterna infinidad de peregrinos atraídos por el lucro que reportaban del ejercicio de las artes mecánicas, despreciadas por los romanos, que no tenían admiración sino por el valor en los combates; el pretor, á quien las leyes encomendaban ampliar y corregir el derecho civil, (26) estableció la distinción entre las instituciones del derecho de gentes, peculiares á los peregrinos, y las del derecho civil, propias y exclusivas de los ciudadanos romanos. El derecho de gentes se concedía al peregrino como miembro de la humanidad; el derecho civil, lo repetimos, era inherente al ciudadano.

" Cuando Roma hubo establecido relaciones con los pueblos vecinos, " dice Savigny, (27) " los tribunales romanos se vieron compelidos á aplicar y por consecuencia conocer el derecho de esos pueblos; no solamente el derecho peculiar á cada uno de ellos, sino el común á varias naciones. Mientras más se extendió su dominación, estas relaciones se multiplicaron, extendióse su círculo, y vióse conducida naturalmente á la idea abstracta de un derecho común á los romanos y á todos los pueblos. Esa idea, empíricamente adquirida, no era rigorosamente verdadera, y los romanos mismos no se engañaban sobre el valor de su inducción. Primeramente, no conocían

---

(26) Ius pretorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propte utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum. (D. I. I. 7. § 1.)

(27) I. § 22.

todos los pueblos, y, además, no habían investigado si cada uno de los principios del *ius gentium* era realmente admitido en todos los pueblos que conocían. Ese carácter de generalidad relativa una vez admitido, debieron referirse á su origen, y se vió que él consistía *en la naturalis ratio*, esto es, en las ideas de derecho naturalmente comunes á todos los hombres, de donde se deducía como consecuencia necesaria la inmutabilidad de ese derecho. (28) Pero se contentaron con asentar ese origen como principio, sin deducir las consecuencias ni sujetar cada una de las reglas del *ius gentium* á un examen rigoroso.

"Ahora bien, si se compara el derecho nacional de los romanos con el derecho general, se obtienen los siguientes resultados. Algunas instituciones y las reglas que se refieren á ellas, son comunes al *ius gentium* y al *ius civile;* tales son los contratos más usuales, como la venta, arrendamiento, sociedad &. &; algunos delitos en cuanto acarrean reparación de daños; la tradición como medio de adquirir la propiedad, y que, según el derecho civil, se aplicaba á la *res non mancipi;* en fin la esclavitud hereditaria. Muchas más instituciones pertenecían exclusivamente al derecho civil: en primer lugar, el matrimonío, que, aun en su forma más libre, no era lícito sino entre los ciudadanos romanos, y sujeto á condiciones rigorosamente determinadas; la patria potestad, que servía de base á la agnación; la mayor parte de los medios de adquirir la propiedad, y los más importantes, como la mancipación, la usucapión; en cuanto á las obligaciones, la *verborum* y *literarum obligatio*, los delitos como sujetos á penas positivas, en fin, el derecho de sucesión. La mayor parte de estas instituciones del derecho positivo se fundan, empero, en la naturaleza del hombre, y existen también en el derecho extraño, aunque bajo otra forma. Así, cuando Roma hubo extendido sus relaciones con los otros pueblos,

---

(28) Sed naturalia quidem iure, quae apud omnes gentes perꝛeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper *irma atque immutabilia permanent*. Ea vero quae ipsa sibi ꝗuaeque civitas constituit, SAEPE MUTARI SOLENT, vel tacito conensu populi, vel alia postea lege lata. (I. I. II. 11.)

los tribunales romanos conocieron en la práctica las instituciones del derecho general correspondiente á las instituciones del derecho civil. Admitieron, pues, un matrimonio según el *ius gentium* tan válido como el matrimonio civil, aunque privado de algunos de sus efectos. Paralelamente á la agnación admitieron una *naturalis cognatio*, y á la propiedad ex *iure Quiritium*, la propiedad *in bonis*; á las fórmulas rigorosas de la estipulación (*spondes spondeo*), fórmulas más libres, accesibles á los extranjeros. El derecho de sucesión, cuya naturaleza es absolutamente positiva, resistió más á la influencia del derecho general, aunque á esa influencia debe referirse la extensión progresiva de la sucesión de los cognados. De lo que precede se deduce que no había verdadera pugna entre el derecho nacional y el derecho general (*ius civile et ius gentium*, (29) porque mucho del primero se halla en el segundo. Por otra parte, esa oposición parcial debió disminuír aun á consecuencia de los tiempos; porque dos sistemas de derecho en roce incesante, aplicados por unos mismos jueces, tienden naturalmente á la asimilación.

"Así se explica de una manera más simple la identidad de dos expresiones, que empléo como sinónimas: *ius gentium*, derecho común á todos los pueblos conocidos; *ius naturale*, derecho fundado en la naturaleza del género humano. (30) Sin embargo de estas dos formas de una misma

---

(29) Ius autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est civitatis; vocaturque ius civile, quasi ius propium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque *ius gentium* quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim comuni omnium hominum iure utitur. (I. I. II. 1.)

(30) Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoqu commune est. Hinc discendit maris atque feminae coniuncti quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreati hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, fer etiam, istius iuris peritia censeri. (D. I. I. I. § 3.)

idea, la primera debe considerarse predominante, porque según la comprendían los romanos, el *ius gentium*, así como el *ius civile*, era un derecho positivo que en la historia tenía su origen y su desarrollo. A medida que el pueblo romano, asimilándose á los pueblos conquistados, perdía su individualidad, el *ius gentium*, más apropiado á la inmensa extensión del imperio y al nuevo estado de cosas, debió aumentar en importancia, como nos lo manifiesta la legislación justiniana. Esa grande revolución fue obra de la necesidad, y en su cumplimiento no hay arbitrariedad ni prudencia, nada que censurar ó alabar, sino que la acción lenta y silenciosa de esa necesidad fue apreciada con una exactitud hasta entonces sin ejemplo, y la letra del derecho puesta en armonía con su nuevo espíritu más hábilmente de lo que podía esperarse del siglo VI.

" El mayor interés práctico, entonces inherente á la oposición de los dos sistemas de derecho, consiste en que su aplicación se refería al estado personal de los individuos. El derecho civil, propiamente dicho, no se había formado sino para los ciudadanos romanos; después se hicieron comunes á los latinos algunas de sus instituciones; pero su goce fue siempre prohibido á los extranjeros; mientras que el *ius gentium* se extendió á todos los hombres que tenían la capacidad de derecho. La misma distinción se reprodujo en cuanto á los inmuebles; pues parte del derecho de las cosas se aplicaba exclusivamente, en Italia ó en las provincias, según que pertenecían al derecho civil (por ejemplo la mancipación, la usucapión), ó al *ius gentium* (por ejemplo la tradición.....)

"Debemos señalar, por último, una nueva relación entre las dos especies de derechos quo acabamos de ver. Como el *ius gentium* formaba en Roma un sistema de derecho positivo de aplicación práctica, debió experimentar necesariamente la influencia de las instituciones del *ius civile*. Si, por ejemplo, el *ius civile* prohibía el matrimonio en cierto grado de parentesco, el *ius gentium* no lo habría permitido en Roma, aun cuando el derecho de los pueblos extranjeros hubiese reconocido su validez. De la misma manera, los contratos prohibidos por el *ius civile*, como las deudas de juego ó intereses usurarios, no originaban una *naturalis obligatio*. Hé aquí cómo expresa Cicerón

la acción del *ius civile* sobre el *ius gentium* : 'Atque etiam hoc imprimis, ut nostros mores legesque tuamur, quodammodo naturali iuri prescriptum est'. Por lo demás, aun es innecesario advertir que esa acción del derecho civil se restringe á las reglas que tienen el carácter de absolutas."

www.libtool.com.cn

La diferencia entre el derecho civil y el derecho de gentes, acarreó también la de la jurisdicción para conocer en los respectivos litigios. Los concernientes al derecho civil eran sustanciados y resueltos por el pretor urbano; (31) los otros, por el pretor de los peregrinos. (32)

Insistimos en que actualmente es necesario determinar la esencia del *ius gentium* de los romanos; pues ello nos conduce á resolver si son ó no exactas las doctrinas de los jurisconsultos franceses; los cuales sostienen que aun cuando los extranjeros no gozan en Francia sino de ciertos derechos civiles, sí gozan de los que el *ius gentium* concede á todos los hombres.

71. Las leyes españolas no trataron nunca con dureza á los extranjeros; pues les concedieron los derechos civiles, y en la Península no se aclimató la odiosísima institución del *derecho de albinagio*. (33)

---

(31) Quumque Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur; qui Urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet. (D. I. II. 2. § 27.)

(32) Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est, et alius Praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat. (D. I. II. 2. § 28.)

(33) Las tierras, e los lugares, en que vsan los mercadores a leuar sus mercadurias, son porende mas ricas, e mas abondadas, e mejor pobladas: e por esta razon deue plazer a todos con ellos. Onde mandamos, que todos los que vinieren a las ferias de nuestros Reynos, tambien Christianos, como Judios, e moros, e otrosi los que vinieren en otra sazon qualquier a nuestro Señorio, maguer non vengan a ferias, que sean saluos, e seguros sus cuerpos, e sus aueres, e sus mercadurias, e todas sus cosas, tambien en mar, como en tierra; en viniendo á nuestro Señorio, e estando, y en yendose de neustra tierra. E defendemos, que ninguno non sea osado, de les fazer fuerça, nin tuerto, nin mal ninguno. E si por auentura alguno fiziese contra esto, robando alguno dellos lo que traxesse, o tomandogelo por fuerça; si el robo, o la

72. En las antiguas leyes francesas sobre la condición de los extranjeros dominaban dos principios:

www.libtool.com.cn

fuerça pudiere ser prouado, por prueuas, o por señales ciertas, maguer el mercader non prouasse, quales eran las cosas que le robaron, nin quantas: el Juez de aquel lugar, do acaesciesse el robo, deue rescebir la jura del, catando primeramente, que ome es, e que mercadurias suele vsar a traer. E esto catando, apreciando la quantia, sobre las cosas que le da la jura, deuele fazer entregar de los bienes de los robadores, todo quanto jurare que le robaron, con los daños, e los menoscabos quel vinieron por razon de aquella fuerça quel fizieron; faziendo de los robadores aquella justicia, que el derecho manda. E si los robadores non pudieren ser fallados, nin los bienes dellos non cumplieren a fazer la emienda, el Concejo, o el Señor so cuyo Señorio es el lugar do fue fecho el robo, gelo deuen pechar de lo suyo. (P. V. VII. 4.)

Permitimos que los extrangeros destos Reinos (como sean católicos y amigos de nuestra Corona), que quieran venir a ella á exercitar sus oficios y labores, lo puedan hacer: y mandamos, que exercitando actualmente algun oficio ó labor, y viviendo veinte leguas de la tierra adentro de los puertos, sean libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcabalas, y servicio ordinario y extraordinario; y asimismo de las cargas concejiles en el lugar donde vivieren; y que sean admitidos, como los demas vecinos dél, á los pastos y demas comodidades: y encargamos á las Justicias les acomoden de casas y tierras, si las hubieren menester. Y los demas extrangeros, aunque no sean oficiales ni laborantes, habiendo vivido en este Reyno diez años con casa poblada, y siendo casados con mugeres naturales dél por tiempo de seis años, sean admitidos á los oficios de República, como no sean Corregidores, Gobernadores, Alcaldes mayores, Regidores, Alcaydes, Depositarios, Receptores, Escribanos de Ayuntamiento, Corredores, ni otros de Gobierno, porque en quanto á estos, y á los beneficios eclesiásticos dexamos en su fuerza y vigor lo dispuesto por nuestras leyes: y encargamos á las Justicias los acomoden en todo lo que se pudiere de casas y tierras para la labor, por el beneficio que se considera de su asistencia con estas calidades. (N. R. VI. XI. I.)

Debe considerarse por vecino, en primer lugar qualquier extrangero que obtiene privilegio de naturaleza; el que nace en estos Reynos; el que en ellos se convierte á nuestra Santa Fe Católica; el que viviendo sobre sí, establece su domicilio; el que pide y obtiene vecindad en algún pueblo; el que se casa con muger natural de estos Reynos, y habita domicilio en ellos; y si es la muger extrangera, que casare con hombre natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido; el que se arrayga

1° Reconocíase la diferencia entre el derecho civil y el derecho de gentes; y

2° Estableciósecomo institución nacional necesaria el absurdo *derecho de albinagio*; el cual consistiá en que el fisco se apoderaba de la herencia que en el Estado dejaban los extranjeros. (34)

---

comprando y adquiriendo bienes raices y posesiones; el que siendo oficial viene á morar y exercer su oficio; y del mismo modo el que mora y exerce oficios mecánicos, ó tiene tienda en que venda por menor; el que tiene oficios de Concejo públicos, honoríficos, ó cargos de qualquier género que solo pueden usar los naturales; el que goza de los pastos y comodidades que son propios de los vecinos; el que mora diez años con casa poblada en estos Reynos; y lo mismo en todos los demas casos en que conforme á Derecho común, Reales órdenes y leyes adquiere naturaleza ó vecindad el extrangero, y que segun ellas está obligado á las mismas cargas que los naturales; por la legal y fundamental razon de comunicar de sus utilidades; siendo todos estos legitimamente naturales, y estando obligados á contribuir como ellos, distinguiéndose los transeuntes en la exoneracion de oficios concejiles, depositarías, receptorías, tutelas, curadurías, custodia de panes, viñas, montes, huéspedes, leva, milicias, y otras de igual calidad: finalmente, que de la contribucion de alcabalas y cientos nadie esté libre; y que solo los transeuntes lo esten de las demas cargas, pechos ú servicios personales, con que se distinguen unos de otros; debiendo declararse por comprehendidos todos aquellos en quienes concurran cualquiera de las circunstancias que quedan expresadas. (N. R. VI. XI. 3.)

El extranjero, sea transeunte ó domiciliado, puede disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos ó por última voluntad, tanto en favor de extranjeros como de naturales; y si muriere sin testamento, no se confiscan los bienes de la herencia, sino que se entregan á sus herederos legítimos, aunque sean extranjeros: de modo que no existe en España el derecho que llaman de *aubana* ó *albinagio*. (Escriche. Extranjero. VIII.)

(34) " Antes de examinar los derechos que son propios de los ciudadanos, y cuyo goce no pertenece á los extranjeros, determinemos la condición que en el reino tenian antiguamente los extranjeros.

" Parece que se distinguia entonces dos especies de extranjeros, unos que se llamaban *forasteros* (*aubains*) (a); eran aquellos que

---

(a). No hay en castellano una palabra que traduzca exactamente la voz *aubains*. Bello y otros escritores traducen *aubaine* por *albinagio*. *Aubain* no significa meramente extranjero, sino

73. En agosto de 1790 la Asamblea Constituyente abolió el derecho de albinagio y el de detracción; y en 1791 declaró

www.libtool.com.cn

habian nacido en los Estados vecinos, y cuyo origen se podia conocer; otros que se llamaban *desconocidos* (épaves), (b) los naturales de comarcas remotas.

" Unos y otros eran tenidos en cierta manera como siervos; ó á lo menos su condición no diferia de la de los siervos. Estaban obligados á pagar una renta anual, más ó menos cuantiosa, según la costumbre de los lugares; no podian casarse con extranjera, sin el consentimiento del Señor; si lo hacian sin su consentimiento incurrian en multa. Aun cuando lo hubiesen obtenido, debian pagar la contribución impuesta al matrimonio (*formariage*) que era la mitad ó el tercio de los bienes. No podian testar sino hasta cinco sueldos, ni tener otros herederos legítimos que sus hijos nacidos en el reino. Si no los tenian, los heredaba el Señor.

Si hoy la condición de los extrangeros es menos dura no es

el extranjero sujeto al derecho de albinagio. Juzgamos conveniente citar dos autoridades decisivas:

" On appelle *Aubaine*, le droit en vertu duquel le souverain recueille la succession d'un étranger qui meurt dans ses États sans y être naturalisé.

" Ce droit consiste aussi, en France, à succéder à l'étranger naturalisé, quand il n'a pas disposé de ses biens, ni par donation entre-vifs, ni par testament, et qu'il ne laisse aucun héritier régnicole ou naturalisé.

" Ce droit consiste encore à succéder au régnicole qui est sorti du royaume, et qui a renoncé á sa patrie, en s'établissant dans un pays étranger.

" Et l'on appelle AUBAIN, celui qui est sujet au droit d'AUBAINE " (Merlin. Aubaine.)

" AUBAINE. Succession aux biens d'un aubain, d'un étranger non naturalisé. Droit d'aubaine, droit en vertu duquel le souverain recueille la succession de l'étranger qui meurt dans ses États.

" AUBAIN. Étranger qui n'est pas naturalisé et qui est sujet au droit d'aubaine." (Littré. *Dict.*)

(b) La palabra *épave* se aplicó á los extranjeros desconocidos porque ella significa, en su principal acepción, las cosas perdidas, cuyo dueño se ignora.

" ÉPAVES. On appelle ainsi les choses égarées dont on ne connaît pas le propriétaire. " (Merlin.)

" Épave. Terme de jurisprudence. Qui est égaré et dont on ne connaît point le propriétaire. — Cheval épaves. — Biens épave. — Chose perdue et non réclamée dont la propriété appartenait au seigneur haut justicier, et dont la propriété appartient aujourd'hui à l'État. " (Littré. *Dict.*)

que les extranjeros eran capaces para suceder abintestato, y recibir á cualquier título y de cualquier modo. Estas disposiciones se insertaron en el título VI de la Constitución expedida en setiembre de 1791 y en el art. 355 de la Constitución de 5 fructidor año III.

www.libtool.com.cn

---

sin embargo igual á la de los ciudadanos; y están privados de algunos derechos de que éstos gozan. Determinemos esas diferencias.

" 1ª. Los extranjeros no pueden poseer un beneficio, tener oficio ni desempeñar en el reino ningún empleo público.....

" 2ª. El extranjero debe rendir la caución *iudicatum solvi*; esto es, de cumplir las sentencias que contra él se pronuncien, aunque tal caución no se exija á los ciudadanos.....

" 3ª. Entre el regnícola y el extranjero hay además la diferencia de que al uno se concede el beneficio de cesión de bienes, mas no al otro:

" 4ª. La ordenanza de 1667, que abolió la prisión por deudas en materia civil en cuanto á los ciudadanos, la dejó subsistente respecto de los extranjeros, y con razón; porque este apremio riguroso es el único medio que los acreedores pueden emplear contra los deudores extranjeros para compelerlos al pago, si se atiende á que éstos no tienen ordinariamente en el reino bienes muebles ni raices, y á que pueden ocultar fácilmente todos sus muebles:

" 5ª. Hay ciertos actos solemnes en que pueden ser testigos sólo los regnícolas.....

" 6ª. Aunque los extranjeros pueden celebrar todos los contratos, y disponer entre vivos, á título gratuito ú oneroso, de los bienes que tienen en Francia, no pueden sin embargo disponer por acto testamentario, de los bienes que tienen en Francia en beneficio de extranjeros ni de regnícolas. Tampoco pueden recibir nada por causa de muerte aunque sean capaces de donaciones entre vivos. Esta diferencia entre los actos entre vivos y los actos por causa de muerte..... se funda en la naturaleza misma de los actos.

" Los actos entre vivos son de *derecho de gentes;* los extranjeros gozan de cuanto pertenece á ese derecho; y pueden por lo mismo ejecutar toda especie de actos entre vivos. La facultad de testar, activa y pasiva, es al contrario de derecho civil. *Testamenti factio est iuris civilis.* Los extranjeros no gozan de lo que es de derecho civil, y no deben tener esa facultad ó derecho.....

7ª. Los extranjeros no pueden transmitir abintestato la sucesión á sus parientes extranjeros ó regnícolas ni recibir la suya. " (Pothier. Des Personnes. 48. 49.)

" Hay otra especie de sucesión, que pertenece al rey, y es la

Pero la Asamblea Constituyente no expidió leyes generales sobre la condición jurídica de los extranjeros.

74. Según lo hemos visto en las concordancias, el Código de Napoleón encierra las siguientes disposiciones acerca de los extranjeros.

Art. 11. El extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que se conceden á los franceses por tratados con la nación á que el extranjero pertenece.

Art. 13. El extranjero á quien se hubiere autorizado para establecer domicilio en Francia, gozará de todos los derechos civiles mientras resida en la nación. (35)

Art. 14. El extranjero, aunque no resida en Francia, puede ser citado ante los tribunales franceses, para el cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído en

---

de los extranjeros, á quienes se denomina *aubains*, esto es, que son de un Estado no sujeto al Rey, ó á quienes nuestros reyes no han concedido la naturalización, como la han concedido á algunos Estados vecinos. El derecho á la sucesión del extranjero que no está naturalizado en Francia por carta que se llama de naturaleza, se funda no solamente en el derecho romano sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas, porque es una consecuencia natural de esta distinción que cada nación, cada Estado, regle por sus leyes propias lo que pueda obtener en la sucesión ó en el comercio de los bienes que dependen de leyes arbitrarias, y que distinga la condición de los extranjeros de la de los nacionales nativos. Así, se excluye de los cargos públicos á los extranjeros, porque no son miembros de la sociedad que compone la nación, y esos cargos exigen fidelidad y afección al príncipe y á las leyes del Estado; lo cual no puede suponerse en un extranjero. Así, ellos no suceden á nadie ni nadie les sucede, ni aún sus más próximos parientes, á fin de que los bienes del reino no se distraigan, y no pasen á los súbditos de los otros príncipes. " (Domat. p. 312.)

(35) La ley de 1889 modificó el art. 13 en los siguientes términos:

L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils.

L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si la demande est rejetée.

En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation.

Francia á favor de un francés; y se le podrá compeler á presentarse ante los tribunales de Francia por las obligaciones que hubiere contraído en nación extranjera hacia franceses.

www.libtool.com.cn

El art. 11, como se ve, lejos de conceder á los extranjeros todos los derechos civiles, limita el goce de ellos á la *reciprocidad* diplomática, esto es, tal goce no depende sino de los tratados entre Francia y la nación á que el extranjero pertenece.

Si bien algunos de los eminentes jurisconsultos que formaron el Código de Napoleón reconocieron que debía haber perfecta igualdad entre el nacional y el extranjero en cuanto á los derechos civiles, la mayor parte juzgó que no era útil hacer concesión alguna á los extranjeros; porque la abolición del derecho de albinagio, declarada por la Asamblea Constituyente, no había surtido, según dijeron, otro efecto que el de hacer participar á los extranjeros de las herencias acumuladas en Francia. (36)

---

(36) Para que se comprenda bien el espíritu del art. 11, debemos transcribir el discurso de Boulay.

" Después de haber reconocido el derecho de los franceses y obviado las principales dificultades provenientes de esa calidad, pasemos á los extranjeros.

" Aquí se presentan problemas de alta importancia, no sólo en lo civil, sino también en lo constitucional y político.

" ¿Debe excluírse á los extranjeros de toda participación en nuestros derechos civiles? ¿Debe admitírseles indistintamente y sin restricciones? ¿Debe concedérselos con mesura y bajo ciertas condiciones.

" Antes de proceder á la solución de estos problemas, acaso convenga fijar una rápida mirada sobre lo que la experiencia nos enseña á este respecto.

" Los romanos, á quienes no puede dejar de citarse cuando se trata de legislación, tenían, en cuanto á los extranjeros, un sistema del todo exclusivo; pues no los asociaban á sus derechos civiles ni á sus derechos políticos. Así, el extranjero no podía contraer en Roma matrimonio solemne ni con una romana; no gozaba de la patria potestad; no tenía el derecho de suceder abintestato, el de testar ni el de recibir por testamento; no podía aprovechar del beneficio de la prescripción; debía acudir á un juez especial, que en sus decisiones, no estaba obligado á aplicar las leyes romanas; ni podía reclamar el privilegio de la libertad. Le era necesario, para gozar de todos estos derechos, que, por

La época en que se expidió el Código de Napoleón no era en verdad la más oportuna para proceder, no escu-

www.libtool.com.cn

---

una adopción política, se le hubiese concedido el derecho de ciudadanía, y contado en el número de los ciudadanos romanos.

" El sistema de las repúblicas griegas no era menos exclusivo, y aun en Atenas el extranjero naturalizado no era elegible para los principales empleos.

" Conócese el derecho de *albinagio* establecido generalmente en los Estados de Europa, derecho que fue ejercido rigurosamente durante tantos siglos: en los últimos tiempos se mitigó algún tanto: Francia en especial había establecido excepciones á favor del comercio. Posteriormente á Luis XIV, la abolición de ese derecho se había estipulado entre algunos Estados vecinos; pero reservándose un derecho de diez por ciento sobre las sucesiones, reserva conocida con el nombre de *detracción;* y aun se había estipulado la recíproca abolición de tal derecho.

" La Asamblea Constituyente fue más liberal; abolió todo derecho de albinagio, toda prohibición de suceder en cuanto á los extranjeros, abolición que fue general, sin restricciones, sin condición de reciprocidad.

" Se ve que tal sistema es diametralmente opuesto al de los romanos y que, en la materia, uno y otro son los dos extremos. Ahora bien, fácil es comprender que ninguno es conveniente.

" Y ante todo, ¿cómo podríamos adoptar el de una exclusión absoluta? Podría convenir ella á los Estados pequeños que quisieran y pudieran vivir en el aislamiento; podría conciliarse muy bien con la organización de las antiguas Repúblicas, donde contribuía mucho á exaltar el orgullo nacional; pero fuera impropio en los grandes Estados modernos. El comercio ha unido á todo el mundo, y principalmente á las naciones europeas; pero no sólo el comercio, sino las costumbres, los hábitos, las transacciones públicas y privadas, han formado entre las mismas una especie de comunidad general. ¿Cómo podría, pues, un Estado aislarse de todos los demás, y en especial un Estado como Francia, cuyo suelo, industria y costumbres tienen tantos atractivos para los extranjeros; un Estado que, por su posición, población, actividad, valor, se destina á ser el centro de los asuntos de Europa, y á darles siempre movimiento y dirección? ¿No sería proceder contra sus intereses, y en cierta manera contra la naturaleza, admitir una legislación que fuese, en cuanto á los extranjeros, exclusiva y refractaria? Por otra parte, ¿debe continuar el sistema, si bien opuesto, asimismo absoluto, de la Asemblea Constituyente? Ese sistema le fue inspirado por designios filosóficos : juzgaba ella que quitando todas las barreras que nos separan de los otros pueblos, esti-

chando otros dictámenes que los de la justicia, á determinar la condición de los extranjeros; antes al contrario las guerras suscitadas á causa de la revolución francesa habían avivado el espíritu de rivalidad y egoísmo, y manifestado que la abolición del derecho de albinagio, atendiéndose exclusivamente á su lado práctico, lejos de útil y provechosa á la nación, no había surtido otro efecto que el de cosechar amargas decepciones. Siendo casi siempre

---

mularia á éstos á quitar las que los separan de nosotros. Estaba cierta además de que su sistema, en todo caso, sería, no sólo el más hermoso, sino el más útil para la nación.

" Los resultados no han justificado empero tales esperanzas, porque desde entonces ninguna potencia ha abolido á nuestro favor el derecho *de albinagio*, ni nos ha concedido ningún beneficio. Hay más : lejos de que el sistema conduzca á determinar á ninguna potencia á imitarnos en la abolición de los derechos exclusivos, puede al contrario estimular á las que los habían abolido bajo condición de reciprocidad, á restablecerlos contra nosotros. En efecto, no exigiéndose de nuestra parte esa condición, y pudiendo los extranjeros obtener entre nosotros los beneficios del derecho civil sin concedernos ninguno, ¿no sería de temer que aprovechasen de esas dobles ventajas? Y entonces, lejos de realizarse ese hermoso sistema de fraternidad general, que tanto halagaba á la Asamblea Constituyente, sobrevendría un estado de cosas en que hubiera por una parte la más extrema liberalidad, y por otro el más extremo egoísmo; en que Francia, siendo patrimonio de los otros pueblos así como de los franceses, nuestras propiedades y nuestros derechos serían presa de los extranjeros.

" Hubiera pues un cálculo erróneo en conservar las leyes de la Asamblea Constituyente á favor de los extranjeros; y si debiésemos optar entre esas leyes y la legislación romana, talvez merecería ésta la preferencia, como que es más propia á encender en el corazón de los ciudadanos el amor de la patria. Pero lo más acertado en esta materia es, á no dudarlo, volver al principio de la reciprocidad, cuyos beneficios se habían conocido en los últimos tiempos de la monarquía. Conceder, en Francia á los extranjeros los mismos derechos civiles que ellos nos conceden, es lo más razonable, lo más conforme á las sanas ideas políticas, al derecho de gentes y á la naturaleza. ¿Qué más propio para favorecer el desarrollo de las ideas filantrópicas y fraternales que deberían unir á las naciones?

" Nos decidimos, pues, por el principio de la reciprocidad, y lo aceptamos como regla general. " (Locré. II. 220. 7-12.)

en extremo difícil mirar con serena imparcialidad la equidad y la justicia, cuando ellas están reñidas con los intereses pecuniarios, los redactores del Código de Napoleón volvieron á las añejas preocupaciones que antes de la revolución dominaban. De ahí el art. 11, anacronismo inexplicable para quien no conozca á ciencia cierta las circunstancias en que dictó ese artículo la nación que acababa de proclamar la igualdad entre los hombres. Lo sorprendente es que tal artículo subsista aún, y que en vez de derogarlo reconociéndose que es de todo punto incompatible con la civilización moderna y con el espíritu de fraternidad que reina hoy entre las naciones, se inventen sistemas para atenuar la dura *condición legal* de los extranjeros en la culta y hospitalaria Francia.

www.libtool.com.cn

75. Cuatro son los sistemas que dividen á los más notables jurisconsultos franceses sobre la explicación del mil veces mencionado art. 11.

1°. Por regla general se deniegan á los extranjeros todos los derechos civiles, exceptuándose sólo aquellos que se les confieren expresamente, ya por las leyes, ya por tratados entre Francia y la nación á que el extranjero pertenece :

2°. El extranjero goza en Francia de todos los derechos civiles provenientes del *ius gentium*; mas no de los que emanan del derecho civil, sino cuando concurren los requisitos puntualizados en los arts. 11 y 13 del Código de Napoleón. Corresponde á los tribunales aplicar esta distinción según las circunstancias :

3°. Concédense en Francia al extranjero los mismos derechos civiles que á los franceses; pero se excepcionan los que en virtud de ley expresa corresponden exclusivamente á los franceses, y que no pueden conferirse á los extranjeros sino en virtud de un tratado con Francia sobre la base de la reciprocidad :

4°. El extranjero goza en Francia de todos los derechos que no se le niegan expresamente por la ley; y, en cuanto á los derechos que, en virtud de una disposición expresa, se han reservado sólo á los franceses, el extranjero no puede ejercerlos sino en virtud de tratado internacional, ó si ha obtenido autorización para establecer su domicilio en Francia.

76. El primer sistema, que es el de Demolombe, (37) se deduce del tenor literal del art. 11 del Código de Napoleón; y, por lo mismo, examinándolo en su aspecto jurídico, sin atender ni en lo más mínimo á las bárbaras consecuencias que del propio artículo se deducen, opinamos que tal sistema es el más conforme á la clarísima disposición de la ley. Como lo observamos al hablar de la interpretación (I. 285), la más esencial de todas las reglas á ella concernientes consiste en que si la ley es clara, el juez no puede desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu; y el tenor literal del artículo 11 es tan claro que deslumbraría á un ciego. Los extranjeros no gozan en Francia sino de los derechos civiles que se conceden á los franceses por tratados con el Estado cuyo nacional es el extranjero.

77. El segundo sistema es aceptado por los más notables jurisconsultos franceses, que lo fundan en las siguientes razones :

1ª. Antes del Código civil se distinguió con toda claridad entre los derechos provenientes del *ius gentium* y los derechos concedidos sólo á los franceses : (38)

---

(37) " Juzgamos que los extranjeros no pueden gozar en Francia de los derechos civiles, sino cuando estos derechos se les conceden.....

" Nótese ante todo que la concesión, que á nuestro ver es necesaria, puede provenir de dos causas :

" 1ª. De los tratados entre el gobierno francés y la nación á que el extranjero pertenezca :

" 2ª. De las leyes francesas.

" 1º. De los tratados :

" El extranjero gozará, en Francia, de los mismos derechos civiles que se concedan á los franceses por tratados con la nación á que el extranjero pertenece (Art. 11).....

" 2º. Los derechos civiles pueden también concederse á los extranjeros por las leyes francesas; y en ese sentido deben entenderse las palabras *leyes políticas,* escritas en los artículos 2123 y 2128.

" Ahora bien, á este respecto la concesión puede ser expresa ó tácita"..... (I. 240-242.)

(38) " La distinción en que se funda ese sistema se aceptaba generalmente en el último período de la jurisprudencia francesa; y conforme á tal distinción se concedía á los extranjeros la fa-

2ª. Los redactores del Código de Napoleón también distinguieron los derechos naturales comunes á todos los hombres, de los derechos civiles que se conceden sólo á los nacionales; (39) y

www.libtool.com.cn

---

cultad de adquirir en Francia bienes muebles ó inmuebles, de contratar á título oneroso, de dar ó recibir á título gratuito por actos entre vivos y de comparecer en juicio; pero se les negaba, en general, la de trasmitir y suceder abintestato, y de dar ó recibir por testamento. Este sistema se funda, pues, en la historia, y parece que debe admitirse hoy, á menos que él se oponga á nuestra nueva legislación. " (Zachariae.· A. R. I. § 78.)

(39) " Algunos filósofos juzgaban " (decía Portalis) " que los derechos civiles no deben negarse á nadie, y que era menester formar así una sola nación de todas las naciones. Tal idea es generosa y magnánima, pero no es conforme al orden de las afecciones humanas; las cuales se debilitan difundiéndose : nada significa la patria para el que tiene por patria el mundo : la humanidad y la justicia son vínculos generales de la sociedad universal de los hombres; pero hay ventajas especiales que cada sociedad debe conceder á sus miembros, que no son regladas por la naturaleza, y que no pueden ser comunes á otros sino por convención. Trataremos á los extranjeros como ellos nos tratan á nosotros ; el principio de la reciprocidad será la medida de nuestra conducta y de nuestros miramientos. Pero hay derechos que no son prohibidos á los extranjeros; y esos derechos son todos los que pertenecen más al *derecho de gentes* que al *derecho civil,* y cuyo ejercicio no puede interrumpirse sin lastimar las relaciones que existen entre los pueblos. " (Locré. I. 330. 13.)

" Un Estado " (añadía el Tribuno Simeon) " no es otra cosa que la unidad de obediencia, de dominación, de leyes y de patria, merced á la cual los ciudadanos participan de los efectos civiles del derecho de la nación : los que constituyen esa unidad son los únicos que pueden reclamar los beneficios que de ella provienen. Lo que caracteriza esencialmente el derecho civil, es el ser propio y peculiar á un pueblo, y no concederse á las otras naciones; no se les concede, porque los hombres ligados á nación extranjera, ciudadanos ó súbditos en su patria, en otra no pueden ser al mismo tiempo ciudadanos. Sujetos á dominación extranjera, obedecen á la ley civil de su patria, esto es, se rigen por el derecho peculiar á la nación de que son miembros : no pueden por consecuencia obedecer á otro derecho civil peculiar de otra nación. Siendo las sucesiones de derecho civil, porque la ley es la que las defiere y la que permite disponer de ellas, la capacidad de suceder es uno de los principales efectos del derecho civil propiamente dicho.

" Al contrario, los efectos del derecho natural se extienden

3ª. Según las legislaciones modernas, el *ius gentium*, distinto del derecho civil, se amolda á las necesidades de todos los pueblos. (40)

---

doquiera así al extranjero como al ciudadano. Para gozar de ellos no es necesario ser miembro de una nación más bien que de otra; basta ser hombre.

" Del derecho natural es de donde se derivan casi todos los contratos. Los particulares se obligan entre sí, tanto en un mismo Estado como de un Estado á otro, por todas las convenciones lícitas que se ajustan recíprocamente. Si los extranjeros no pueden reclamar los derechos provenientes de la ley civil, como de las sucesiones abintestato y testamentos, pueden, como cualquier ciudadano, ejercer los derechos que se desprenden de los contratos. Tal es el derecho general. Pueden, á menos que se expida una ley prohibitiva expresa, adquirir y poseer bienes, permutarlos, venderlos, donarlos entre vivos; pero no pueden ni disponer ni suceder por causa de muerte.

" En una palabra, el *derecho civil propiamente dicho* es el de cada ciudad ó el de cada nación.

" El *derecho civil general* es el de todos los hombres civilizados. " (Locré. II. 215. 8.)

(40) " Demolombe censura el sistema actual que acabamos de exponer, porque no es conforme á nuestras costumbres modernas. A no dudarlo tal objeción sería fundada, si el derecho de gentes debiese ser para los franceses del siglo XIX, lo que era para los romanos sectarios del paganismo ó para nuestros antecesores feudales. Pero no es así como nosotros lo comprendemos; ni es así como lo comprendieron los redactores del Código. A nuestro parecer, el derecho de gentes no es un derecho estacionario, sino un derecho esencialmente progresivo. ¿No prueba la experiencia que las diferentes legislaciones civiles tienden incesantemente á asemejarse entre sí, y, desde la promulgación del Código de Napoleón, ese trabajo de asimilación no ha hecho manifiestos progresos? Previendo esto probablemente, á pesar de pedirlo el Tribunado, el Consejo de Estado no quiso definir los derechos civiles cuyo goce correspondería á los franceses con exclusión de los extranjeros. " (Zachariae. A. R. I. § 78.)

" Sin duda la distinción entre los *derechos civiles* y los derechos naturales es vaga y algún tanto arbitraria, y parece difícil separarlos por medio de un criterio cierto. Pero la crítica se dirige al legislador y á la doctrina antigua adoptada por éste, y no al intérprete. Talvez el legislador fue seducido por una distinción que, mudable por naturaleza, permitía que el derecho siguiese el progreso de las costumbres, llamando á los extranjeros á participar más y más latamente de los beneficios de nues-

78. Tales razones sólo manifiestan, á nuestro ver, que es muy difícil que los hombres, por ilustrados y eminentes que sean, dejen de respirar la atmósfera moral é intelectual de la nación donde nacieron y se educaron.

www.hdtool.com.cn

Recordemos que los romanos establecieron la diferencia entre el derecho de gentes y el derecho civil, porque así lo exigía la constitución misma del Estado. Había leyes civiles propias, exclusivas de los ciudadanos romanos, y los extranjeros, que en ningún caso participaban de ellas, no gozaban sino de los derechos reconocidos á todos los hombres por el *ius gentium*. Distinguíanse, pues, dos legislaciones del todo diversas, una para los ciudadanos, la otra para los extranjeros, y esta última se aplicaba por un juez especial. Una misma institución concerniente al derecho de la familia ó á las convenciones, se consideraba en dos aspectos del todo diversos : como institución del derecho civil y como institución del derecho de gentes, y según el aspecto en que se consideraba surtía también efectos diversos. Así, por ejemplo, las nupcias eran propias de los ciudadanos romanos, y todas las consecuencias que de ellas se deducían, inherentes al derecho de *connubium*, como la patria potestad, la agnación, la sucesión abintestato.

Los peregrinos podían contraer el matrimonio de derecho de gentes, que no surtía efectos civiles. Los jurisconsultos franceses, preocupados todavía de esas reminiscencias, si bien no distinguen el matrimonio mismo celebrado por franceses ó por extranjeros, sí distinguen los efectos civiles; pues afirman que el padre de familia extranjero no tiene el usufructo de los bienes del hijo, y que el matrimonio entre extranjeros, celebrado en Francia, no confiere á la mujer hipoteca tácita en los bienes del marido.

---

ras leyes. La tendencia á la uniformidad de las legislaciones de los diferentes Estados, su penetración recíproca, trabajan en efecto por disminuir el número de las instituciones puramente civiles de que se excluye el extranjero y por uniformar más y más su posición jurídica con la del nacional mismo. " (Baudry-Lacantinerie. I. 636.)

Nótese también que tan extravagante teoría considera el mismo Código de Napoleón como derecho civil y derecho de gentes, según que se aplique á los franceses ó á los extranjeros; que si el *ius gentium* se refiere á los derechos comunes á todos los hombres y el *ius civile* á los derechos peculiares á los individuos de cada nación, el juez carece de reglas fijas para determinar esos derechos, y que, en materia tan importante como trascendental, se establece el despotismo de los jueces; los cuales no tienen otra regla que su arbitraria voluntad.

www.libtool.com.cn

Los principios de la ciencia no admiten ahora la distinción entre los derechos provenientes del *ius gentium* y los que el *ius civile* concede; pues el derecho civil de cada pueblo reconoce, crea y garantiza los derechos civiles, determinándolos en sus Códigos; y por lo mismo los derechos naturales reconocidos por la ley positiva, se convierten necesariamente en derecho civil. De ahí que aun los escritores franceses (41) que han estudiado las doctrinas de

---

(41) " La doctrina distingue por lo general, y casi siempre la jurisprudencia, entre los *derechos de gentes* y los *derechos civiles;* los primeros reconocidos á todos los hombres sin distinción de nacionalidad, á causa de su carácter general, de donde proviene que los establezcan todas las legislaciones, porque corresponden al ejercicio de una facultad natural del hombre, como el derecho de casarse, de ser propietario, de contratar; los otros peculiares á la ley de un Estado, y que se conceden sólo á los nacionales. Para conceder el goce de estos últimos á los extranjeros sería necesario un tratado. Esa doctrina se funda en la tradición. En efecto, nuestros antiguos parlamentos habían establecido la distinción romana del *ius civile* y del *ius gentium.* Ahora bien, según se dice, en el curso de los trabajos preparatorios se manifestó muchas veces la intención de que el mismo principio subsistiera. Nótase, además, que el capítulo I. título I del Código civil tiene por epígrafe : *Del goce de los derechos civiles,* y que, en ese capítulo, el art. 8 no concede ese goce sino á los franceses ; al paso que el art. 11 lo subordina, en cuanto á los extranjeros, á la reciprocidad diplomática; y el art. 13 á la autorización para establecer el domicilio en Francia: parece, pues, que la oposición es manifiesta entre la condición de los franceses y la de los extranjeros á este respecto. Dícese en fin que tratándose en el capítulo II de la privación de los derechos civiles, no se refiere sino á los franceses, por la razón decisiva de que los extranjeros no pueden ser privados del goce de lo que no les corresponde.

los jurisconsultos italianos, rechazan ya la distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile*, reconociendo que si ella era

www.libtool.com.cn

" En cuanto á la teoría, la interpretación del art. 11, que acaba de exponerse, tiene el grave defecto de que se funda en una distinción del *ius civile* y del *ius gentium*, la cual carece de fundamento. Explicable entre los romanos, á causa del carácter exclusivo de su legislación, y de la falta de comunidad de derecho entre las naciones antiguas, esa distinción no tenía razón de ser cuando los legistas la introdujeron en Francia. Hoy se halla en contradicción con la acepción moderna y perfectamente exacta de los derechos civiles ó privados. Los derechos de ese género no son, en efecto, sino facultades del hombre, sancionadas y reglamentadas por la ley en su ejercicio para la buena organización social. De ahí nace la consecuencia de que esos derechos deben ser reconocidos á todo hombre, prescindiéndose de su nacionalidad, á diferencia de los derechos políticos, los cuales suponen la agregación á un cuerpo político especial, esto es, á cierto Estado. Puede decirse, en una palabra, que no hay *derechos civiles;* y no deben subsistir sino los *derechos de gentes.* Trátase de justificar esta distinción y de sostener que no se opone á la idea moderna del derecho privado, porque desaparece poco á poco y sigue los progresos de las nuevas ideas; el *ius civile* pierde todos los días terreno, en beneficio del derecho de gentes, que conduce á la extensión progresiva del derecho civil que se aumenta sin cesar. Pero esta evolución del derecho de gentes, que conduce á la extinción del derecho civil tal como se entiende, es la prueba irrefragable de que es inexacta la distinción propuesta; y en efecto si esa distinción se halla destinada á desaparecer con el desarrollo del derecho, proviene de que ella no es racional y la excluyen los principios científicos. " (Despagnet. 41.)

" Los escritores franceses han reproducido la antigua distinción entre los derechos civiles y los derechos de gentes, denotando con la primera denominación los derechos que al ciudadano se conceden; y algunos sostienen que según el Código francés, los extranjeros están excluídos del goce de los derechos creados exclusivamente para los ciudadanos. Pero, ¿cuáles son los derechos establecidos exclusivamente para los ciudadanos? Aquí comienza la confusión, que es inevitable, por cuanto falta el criterio jurídico para resolver la cuestión de un modo cierto y seguro. Dícese, por ejemplo, que el derecho á disponer de la propiedad debe considerarse como derecho de gentes, si se trata de disponer mediante un contrato, porque los contratos son de derecho de gentes, y como derecho civil, si se trata de disponer por testamento, pues tal modo de disponer de la propiedad se ha instituído por el Derecho civil. Con tal distinción se ha llegado á negar en Francia á los extranjeros el derecho de suceder y el de

admisible según la legislación romana, actualmente no pasa de un anacronismo.

79. Talvez no sea inoportuno observar que el Derecho de gentes tal como lo entienden la mayor parte de los jurisconsultos franceses, es del todo diverso del Derecho internacional privado, ó el conjunto de reglas que sirven para determinar qué ley, entre varias de distintas naciones, es la aplicable á la controversia judicial. (I. 228.) Cuando un litigio se decide según el Derecho internacional privado se aplica, no el Derecho de gentes, sino las respectivas leyes civiles de cada Estado.

Phillimore (a), por ejemplo, llama *Ius gentium* el Derecho internacional privado, para distinguirlo del *Ius inter gentes* ó Derecho internacional público; mas no porque pretenda que las controversias sobre convenciones ajustadas en un Estado extranjero se diriman por el *Ius gentium* de los romanos.

---

trasmitir la herencia, fundándose en que de ellos no pueden gozar sino bajo la condición de reciprocidad estipulada por tratados.....

" Hoy ya es tiempo de que esta inútil distinción desaparezca del campo de la ciencia. El hombre posee la facultad de ejecutar todo lo que es necesario para conseguir su fin social. Cada una de estas facultades constituye un derecho. En tanto que esta facultad es garantizada sólo por la ley moral, forma para el hombre un derecho natural; y cuando ella es reconocida, declarada y garantizada por la ley jurídica ó civil, constituye un derecho civil. Los derechos civiles del hombre no son, pues, otra cosa que las facultades reconocidas, declaradas y garantizadas por la ley positiva y civil. La distinción de los derechos civiles y naturales del hombre, en derechos establecidos por el Derecho de gentes, y en derechos establecidos por el Derecho civil no tiene fundamento jurídico, y por eso no puede servir para resolver sobre los derechos cuyo goce debe concederse á los extranjeros.

" Parécenos que la única diferencia que puede hacerse consiste en que hay derechos cuya adquisición se reserva por expresa disposición de la ley al ciudadano, y en derechos que no habiéndose reservado por ninguna ley expresa á los ciudadanos, pueden adquirirse por cualquiera que ejecute el hecho de donde nazca, según la ley, la adquisición del derecho. Es evidente que el goce de los derechos de la primera categoría debe reservarse á los ciudadanos, pues, en virtud de ley expresa, sólo ellos son hábiles y capaces para adquirirlos. " (Fiore. I. 293. 294.)

(a) IV. § I.

80. Huc es quien principalmente patrocina el tercer sistema. (42)

www.libtool.com.cn

---

(42) La tercera teoría concede á los extranjeros los mismos derechos civiles que á los franceses; no les rehusa sino ciertos derechos exclusivamente concedidos á los franceses por ley expresa. En ese sistema, la aptitud para los derechos civiles es la regla general y la inhabilidad forma excepción. Sólo en cuanto á estos dos sistemas (el primero y el tercero) puede sostenerse una discusión seria.

" Debe eliminarse el artículo 8 que, combinado con el artículo 7, sólo significa que el goce de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano, porque basta ser francés.

" Cuando se redactó el artículo 11, todos estaban de acuerdo en que era necesario, en general, conceder los derechos civiles á los extranjeros, exceptuándose ciertos derechos que serían gaje exclusivo de los franceses; pero que, aun en cuanto á esos derechos excepcionales, los extranjeros gozarían de ellos cuando los tratados concediesen á un francés los mismos derechos en la respectiva nación. Luego, el art. 11 se refería, no á todos los derechos civiles en general, sino sólo á los derechos que se reservaban exclusivamente á los franceses, y que los extranjeros no podrían adquirir sino por un tratado entre su gobierno y el gobierno francés; pero hubiera sido necesario completar el art. 11 por una enumeración de esos derechos, y esto es lo que no se hizo.

" Hé aquí lo que pasó. Cuando se presentó el proyecto al Tribunado, algunos de sus miembros observaron que sería absurdo declarar como principio que los extranjeros no tendrían en Francia ningún derecho civil, y que, no obstante la generalidad de los términos de la ley, no podía ser ese el pensamiento del proyecto. Por lo cual se pidió que la ley enumerase taxativamente cuáles eran los derechos que se reservaban á los franceses, y cuyo goce no pertenecería á los extranjeros sino en virtud de la reciprocidad diplomática. Grenier respondió : Los derechos de cuyo goce se prive á los extranjeros se determinarán en los títulos que á tales derechos conciernen. No se omitirán ciertamente cuando se trate de la facultad de testar, de la capacidad para suceder por testamento ó abintestato... Pero en un artículo en que se trata sólo del goce de los derechos civiles, esa enumeración no es necesaria.

" Nada más claro, pues, que el sentido del art. 11; el cual se aplica sólo á los derechos reservados á los franceses, y que no pueden corresponder á los extranjeros sino en virtud de la reciprocidad diplomática. Luego, es exacto que la aptitud es la regla general, y la inhabilidad la excepción.

" Esta demostración se completa por la naturaleza del sistema aceptado por el Código.

" Si el Código hubiese aceptado la idea de que la inhabilidad

81. Weiss inventó el cuarto sistema, que puede considerarse como un término medio entre el segundo y el tercero. (43)

www.libtool.com.cn

---

es la regla general y la aptitud la excepción, no hubiera sido necesario que rehusase tal ó cual derecho civil á los extranjeros; hubiera bastado que no se los concediese.

" Ahora bien, ha hecho todo lo contrario; pues siempre tiene cuidado de declarar que excluye á los extranjeros del goce de ciertos derechos. ¿ Qué es lo que esto prueba ? Que conceptuaba necesaria tal disposición, pues sin ella el extranjero hubiera gozado de aquel derecho.

" Veamos ya cuáles son los derechos que el Código niega á los extranjeros :

" 1°. En cuanto á los derechos que denominamos públicos, los arts. 726 y 912 privan á los extranjeros del derecho de adquirir por donación, sucesión ó legado; pero esa incapacidad fue abolida por la ley de 14 de julio de 1819 :

" 2°. Los extranjeros no pueden reclamar la regla de competencia : *actor sequitur forum rei :*

" 3°. Los extranjeros demandantes no tienen libre acceso á los tribunales civiles; están obligados á rendir la caución *iudicatum solvi :*

" 4°. Podían ser presos por deudas, aunque no los franceses :

" 5°. No se les concedía el beneficio de la cesión de bienes.

" Estos dos últimos casos ya no subsisten en virtud de la ley de 22 de julio de 1867 que abolió la prisión por deudas :

" 6°. El extranjero cómplice en una infracción que, atenta la calidad del agente, debe ser juzgada por la autoridad militar, no puede exigir que le juzguen los jueces ordinarios, aun cuando, en el mismo caso, un francés lo podría :

" 7°. El extranjero padre de familia no goza de los pastos comunales sino cuando se le ha permitido que establezca su domicilio.

" Según el sistema que no concede á los extranjeros sino los derechos determinados expresamente, se les rehusa otros dos derechos :

" 8°. El derecho de adopción :

" 9°. El derecho de ser tutor. " (I. 275. 276.)

(43) " Es posible, á nuestro ver, prescindir de las críticas que cada uno de los tres sistemas suscitan, y proponer, en cuanto al art. 11 del Código civil, una teoría nueva, que se concilia con los precedentes históricos, con el tenor de la ley y con los derechos de la humanidad.

" No juzgamos que el Código civil se hubiese propuesto despojar al extranjero de todos los derechos privados que no se le

82. Pasemos ya al art. 57 que comentamos: "La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en

---

hayan concedido expresamente, y, acordes con todos los adversarios del primer sistema, no podemos ver en las concesiones tácitas que sus partidarios atribuyen muy liberalmente al legislador, sino una confesión de su tirantez excesiva. Opinamos que el extranjero puede ejercer derechos en nuestro territorio, aun prescindiéndose de toda autorización legislativa ó diplomática. Pero ¿cómo determinamos esos derechos?

"La respuesta es fácil; el tercer sistema nos la suministra. Cualquier extranjero puede reclamar en Francia todos los derechos privados cuya exclusión no provenga de la ley, y en cuanto á los derechos que expresamente se conceden sólo á los franceses, el extranjero podrá ejercerlos, si para ello le autoriza un tratado internacional, ó á permitírsele que establezca su domicilio en Francia.

"Hasta aquí no nos separamos del sistema de MM. Demangeat y Valette; pero si la consecuencia que deducimos es la misma, las premisas que á ella nos conducen son muy diferentes: son las del segundo sistema, aceptado por MM. Aubry y Rau. Juzgamos con estos sabios jurisconsultos que no puede ponerse en duda que los redactores del Código quisieron reproducir, en sus caracteres generales, la doctrina del Derecho romano y de nuestra antigua jurisprudencia sobre la distinción entre las facultades de derecho civil y las facultades de derecho de gentes; pero ello no significa que le hayan dado ese carácter de incertidumbre y de arbitrariedad contra el cual reclaman justamente sus adversarios. Las equivocaciones no provienen sino de las palabras derechos civiles empleadas en los arts. 8, 11 y 13 de nuestro Código; y cuando hayamos precisado el sentido que les da el legislador, las habremos hecho desaparecer.

"¿Que es un *derecho civil* en la acepción romana de estas palabras, la cual parece haber sido aceptada por el legislador de 1804, sino una facultad reconocida sólo á los nacionales, á los *cives?* Y si se reflexiona en que hoy los jurisconsultos y los jueces no ejercen, como en la Roma antigua, el derecho de expedir leyes, parece evidente que los derechos civiles son todos aquellos cuyo goce no concede la ley sino á los nacionales, ó en otros términos, los que niega á los extranjeros. Los otros son, según la ley, derechos naturales, concesiones del derecho de gentes. El tenor del art. 11 corrobora nuestra opinión; pues la inferioridad del extranjero no desaparece sino en virtud de una convención internacional, y no dice que una ley general puede surtir los mismos efectos confiriéndole el goce de los derechos civiles. En efecto, el día que tal ley se expidiese, el derecho ó los derechos que concediera á los extranjeros dejarían de ser privativos á los nacio-

cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. " (II. 58) Si bien se establece la igualdad civil entre los nacionales y los extranjeros; la cual en teoría es aceptada por los más eminentes escritores, (44) la redacción suscita las siguientes dudas :

1ª. Si la igualdad consiste exclusivamente en los derechos puntualizados en el Código civil; y

2ª. Si hay otros derechos civiles además de los que reglamenta el propio Código.

---

nales, y no serían derechos civiles. Al contrario, las estipulaciones de un tratado, necesariamente limitadas á las relaciones de Francia con una nación determinada, dejan á los derechos que son reconocidos á los nacionales de esta última, el carácter de derecho civil en cuanto á los otros Estados, y con mayor razón es aplicable esto á la admisión á domicilio, cuyos efectos son individuales á una persona determinada. " (II. chap. III. t. I. p. 189.)

(44) " En cuanto á los derechos privados ó civiles, no debe haber ninguna diferencia entre los extranjeros y los nacionales.

" Uno de los deberes primordiales del Estado consiste en favorecer, por la administración de la justicia y del derecho, el libre desarrollo de los individuos; y es evidente que á causa de la multiplicidad, cada día en aumento, de las relaciones internacionales, los derechos privados no podrían en ningún caso desplegarse en toda su plenitud, si sólo los nacionales fuesen llamados á participar de ellos. Es menester, al contrario, aplicar el derecho según la naturaleza de los actos y el lugar donde se han ejecutado, sin entrar en cuenta la nacionalidad de las personas, si no es para aplicar la ley de su patria en virtud de los mismos principios. " (Asser. 15.)

"Para que haya un derecho internacional privado, es necesario que el hombre goce doquiera de unos mismos derechos, sea cual fuere su nacionalidad. Se lee en un tratado de derecho privado, que la igualdad entre el extranjero y el indígena, en cuanto al goce de los derechos civiles, es un axioma. En teoría no cabe duda. ¿Qué son los derechos civiles? Facultades necesarias al hombre para su existencia física, intelectual y moral. Dios le ha concedido esos derechos al darle la vida, pues sin gozar de ellos no podría vivir. ¿Puede ejercerlos en todos los Estados ó sólo en aquel donde vió la luz? El problema es uno de los que, planteados, quedan resueltos. El hombre no está arraigado al suelo donde nació, ni los países están separados unos de otros por una muralla como la de la China; y aun el Celeste Imperio, á pesar de la barrera que lo rodea, se ha visto obligado á abrir sus puertas á los extranjeros." (Laurent. D. C. I. I. 6.)

Los derechos civiles en su acepción lata son los que determinan las relaciones entre los individuos particulares. Contrapónense, pues, á los derechos políticos, que se refieren á las relaciones entre el individuo y el Estado, en virtud de las cuales el individuo participa de la soberanía, ya eligiendo los funcionarios públicos, ya gozando de la aptitud de ser elegido.

En ese sentido las palabras *derechos civiles* son sinónimas de *derechos privados*. (45)

El art. 57 limita la igualdad entre el nacional y el extranjero á los derechos civiles reglamentados por el Código. Extensísimos son tales derechos: estado civil de las personas, matrimonio, patria potestad, tutela; adquisición, posesión y enajenación de los bienes; herencia; derecho de las obligaciones, &. &.

Pero hay otros derechos civiles no determinados en el Código; los cuales si bien pueden ser ejercidos por los chilenos, del artículo 57 no se deduce que puedan serlo por los extranjeros. ¿Concede la ley á los extranjeros los derechos no puntualizados en el Codigo civil? ¿Por lo menos los sujeta á leyes especiales? Esta última es, á no dudarlo, la intención del legislador; mas las leyes especiales no privan de los derechos civiles á los extranjeros. Así, por ejemplo, uno de los derechos civiles, tomándose estas palabras en su acepción lata, consiste en ejercer el comercio; y el art. 7° del respectivo Código lo concede implícitamente á los extranjeros: "Son comerciantes dice, los que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual." Y como según el Código civil así los nacionales como los extranjeros son hábiles para contratar, síguese que los segundos pueden ejercer libremente el comercio.

También se cuenta entre los derechos civiles el de comparecer ante el poder judicial para reclamar los derechos. Las leyes de sustanciación, lejos de excluír á los extranje-

---

(45) Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de iure privato, quod tripartite est collectum: est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. (I. I. I. 4.)

ros, dejan expedito á todos el acceso á los tribunales. Y ni podía ser de otra manera. El derecho de litigar es la garantía de todos los derechos civiles, por cuanto éstos serían del todo ilusorios sin la sanción del poder judicial.

www.libtool.com.cn

Podemos, pues, establecer la regla de que en Chile se halla establecida la absoluta igualdad civil entre los nacionales y los extranjeros, sin perjuicio de las excepciones que determinan las leyes especiales, y aun el mismo Código civil. Así, por ejemplo, el art. 611 declara que en el mar territorial no pueden pescar sino los chilenos y los extranjeros domiciliados, y el art. 998 que, á fallecer abintestato un extranjero que deja bienes en el territorio de la República, los herederos nacionales pueden solicitar que de los bienes del extranjero, existentes en Chile, se les adjudique todo cuanto les corresponda en la sucesión del extranjero.

Las aparentes restricciones que encierra el art. 57 acaso provengan de las dificultades de comprender en una regla concisa el principio absoluto de la igualdad civil entre el nacional y el extranjero.

En cuanto á los derechos políticos, éstos se conceden exclusivamente á los nacionales que gozan del derecho de ciudadanía; lo cual es conforme á los más obvios principios de ciencia constitucional, á la práctica de las naciones y á la doctrina de los más eminentes escritores. (46)

---

(46) "Los extranjeros deben gozar de los derechos civiles. Esta regla es hoy generalmente reconocida. Pero es evidente por otra parte que no deben gozar de los derechos cívicos ni de los derechos políticos. En el lenguaje ordinario se confunden casi siempre estas dos últimas especies de derechos. Nos parece que es un error, y que las palabras derechos cívicos tienen acepción más lata. La política es la dirección general de los asuntos del Estado; los poderes políticos son los de gobierno." (Rolin. I. 9.)

" La igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano sólo consiste en que en la órbita del *derecho privado,* la personalidad civil del uno debe estar garantizada como lo está la personalidad civil del otro. Habíamos dicho en la órbita del *derecho privado,* porque las facultades que se derivan del derecho público, las cuales se establecen mediante la ciudadanía, pertenecen exclusivamente á los ciudadanos del Estado, y no pueden concederse á los extranjeros, sino en caso que hubieren adquirido la ciudadanía conforme á la ley del Estado." (Fiore. I. 283.)

83. Para concluír suministremos breves datos sobre la condición de los extranjeros en Inglaterra y en los Estados Unidos. "Hasta una época muy reciente," dice Stephen, (47)" los extranjeros eran incapaces de suceder por causa de muerte; pues su sangre se declaró no *heredable;* y ello más bien por un principio de política nacional ó civil que por razones estrictamente feudales. Luego, si un hombre no dejaba sino parientes extranjeros, su propiedad territorial pertenecía al señor.

"Como los extranjeros no podían heredar, se hallaban en la misma condición que los bastardos; también eran incapaces de adquirir propiedad territorial por compra, é incurrían en otras incapacidades. Así como no podían adquirir nada por compra ni por herencia, tampoco tenían herederos ni para éstos herencia.

"En cuanto á los derechos", añade el mismo autor, (48) "la condición de los extranjeros es ahora casi idéntica á la de los súbditos nativos; pero hay ciertas diferencias que deben examinarse. En primer lugar, un extranjero no podía heredar tierras en este reino, ni tenía sangre *heredable* que pudiese trasmitir bienes inmuebles por herencia. Además, aunque un extranjero podía comprar tierras, por regla general no eran éstas para su uso, porque entonces las habría reclamado el rey, pues, según se decía, si un extranjero pudiese adquirir permanentemente propiedad territorial, debería también permanentemente fidelidad (*allegiance*) al rey de Inglaterra, lo cual sería incompatible con la que debe á su señor natural....."

Pero según las leyes de 1870, los extranjeros son capaces para adquirir propiedad, mueble ó raíz, de cualquier género, para disponer de ella á su arbitrio por acto entre vivos ó testamento, y para suceder por causa de muerte á los nacionales ó los extranjeros.

84. "Respecto al goce de los derechos civiles", leemos en Wharton, (49) "los extranjeros amigos, que viajan por la nación, deberían ser de la misma condición que los ciu-

---

(47) I. p. 411.
(48) I. p. 406.
(49) § 17.

dadanos. En Inglaterra y en los Estados Unidos los extranjeros tienen libre acceso á los tribunales de justicia para todos los asuntos civiles. Tal igualdad, sin embargo, aunque concedida en Italia, no se acepta en Francia, donde los extranjeros no pueden ordinariamente comparecer ante los tribunales, y donde su capacidad para adquirir propiedades se determina por la reciprocidad.....

"Entre nosotros, en cuanto concierne á la propiedad territorial sujeta á las leyes del gobierno federal, los extranjeros no son excluídos de adquirirla por compra ó sucesión; pero en cuanto á la propiedad sujeta á cada Estado, cada uno de ellos es soberano. La legislación que se ha expedido es muy varia, y se modifica de año en año, aunque ahora los Estados pueden dividirse en dos grupos generales: los que han abolido todas las restricciones al propietario extranjero y los que hacen depender la propiedad de la residencia, y conceden, al mismo tiempo, á los extranjeros un plazo razonable para disponer de sus propiedades. No puede imputarse ello á la tradición feudal ó á preocupaciones provinciales....."

Art. 58. Las personas se dividen, además, en domiciliadas i transeuntes.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 57.
C. E. 54.
C. C. 75.

COMENTARIO.

85. Este artículo nos parece absolutamente nugatorio, porque encierra una división que á nada conduce. Las leyes de todo pueblo civilizado reglan lo concerniente al domicilio; pero él debe determinarse, no como calidad de las personas, sino como el lugar en que ellas tienen el principal asiento de sus negocios. Decir que las personas domiciliadas forman una clase separada, como la de nacional ó de extranjero, y que la falta de domicilio las constituye en otra clase, es á no dudarlo sutileza impropia del eminente publicista y jurisconsulto D. Andrés Bello.

Esta división de las personas no se halla sino en el Código chileno y en el de otras naciones que, como el Ecuador y Colombia, lo aceptaron á ciegas sin atreverse ni á corregir sus defectos.

Tal división es un mero pretexto para tratar en el parágrafo siguiente del domicilio; á la manera de las divisiones de los Códigos de Justiniano; todos los hombres son *sui iuris* ó *alieni iuris*; los segundos viven bajo potestad de padre ó de marido, ó bajo tutela. Tratemos, pues, de la patria potestad, del matrimonio y de las guardas.

86. No era necesario apelar á ese arbitrio para comprender el domicilio en el título de las personas. (1)

---

(1) " Observaré ante todo ", decía el Tribuno Mouricault, " que no puede haber duda sobre la necesidad de tratar, en el Código civil, de los medios de conocer el domicilio de cada persona. Todo individuo tiene en sociedad obligaciones que cumplir y derechos que ejercer; no puede efectuar lo uno ni lo otro sino por medio de actos y de jueces. ¿En qué lugar deben deducirse las acciones y acudirse á los magistrados? Es natural que sea el lugar de la principal habitación del ciudadano interesado. Es preciso, pues, no solamente que la ley ordene, sino que indique la manera legítima de cerciorarse del lugar de esa principal habitación ó del verdadero domicilio; que declare en fin en qué consiste.

" Convendré en que, á este respecto, hay gran diferencia entre nuestro antiguo derecho y el que le sucedió. Cuando doscientos fueros (*coutumes*) regían el territorio francés; cuando sus disposiciones diferían entre sí sobre multitud de objetos importantes, tales como la época de la edad mayor, la sociedad entre cónyuges, la facultad más ó menos extensa de disponer, los derechos de primogenitura, de masculinidad, de representación en la sucesión &; cuando esas diferencias suscitaban á cada instante controversias entre los franceses; cuando, para dirimirlas, era necesario, según los casos, determinar el verdadero domicilio de los menores, cónyuges, testadores, ó individuos que habían fallecido abintestato; esa investigación era tan frecuente como trasdental.

" Va á cegarse la fuente de todas las dificultades de este género con la uniformidad que la nueva legislación establece en toda la República; pero habrá siempre ocasiones en que sea necesario investigar el domicilio y los requisitos concernientes á su estado civil; que ahí se le cite; y en fin que ahí sea juzgado en materia civil si la acción es personal.

" Todos estos actos del derecho civil exigen, pues, en el Código de ese Derecho, disposiciones concernientes al domicilio.

El domicilio desempeña en derecho civil, y con relación á las personas, un papel de grande importancia. En el domicilio es donde debe citarse al reo, donde se publican los avisos concernientes al matrimonio, donde se abre la sucesión &., &. De suerte que todos los códigos dan reglas sobre el domicilio al tratar de las personas; pero, lo repetimos, ninguno divide las personas en *domiciliadas* y *transeuntes*.

www.libtool.com.cn

§ II.

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

87. Como introducción al comentario sobre los artículos concernientes al domicilio, vamos á traducir, extractando, las doctrinas de Savigny sobre el *origo* y el *domicilium* según el derecho romano; las cuales tienen todavía grande importancia en el derecho civil. (*)

De las dos expresiones, *domicilium* y *origo*, la primera presenta pocas dificultades; porque las reglas del domicilio no se han modificado esencialmente en el derecho

---

" ¿En el libro *Del estado de las personas* era donde debían comprenderse sus disposiciones? Juzgo que sobre esto no puede haber ni la más leve duda. Aunque no fuese necesario cumplir en el domicilio de cada ciudadano la mayor parte de las solemnidades relativas á su estado civil, tales como las actas de publicación y de celebración del matrimonio, las de divorcio, las de tutela y curaduría, no era menester más para que fuese conveniente, al abrir el libro *Del estado de las personas,* hallar las disposiciones relativas al domicilio. Pero cuando se considera que ahí es donde cada persona debe recibir todas las citaciones, donde debe ser juzgada cuando se defiende en las acciones muebles, donde se abre la sucesión; que el domicilio, en fin, se constituye por la habitación de la persona y se altera al arbitrio de la persona, se convence uno más y más de que el domicilio se refiere esencialmente al individuo, contribuye á formar el estado civil de la persona, y sólo él lo completa. " (Locré. III. 439. 1-3.)

(*) Phillimore. IV. XXXI-XXXVI. LXIII-LXX.—Wharton. § 24-29.

actual, y en su aplicación diaria es fácil no desviarse de los principios. Pero no así en cuanto al *origo* (origen), y no porque las decisiones del Derecho romano sean oscuras ó equívocas, sino porque el derecho actual en esto difiere absolutamente de lo que era entre los romanos; por lo mismo la práctica no basta para hacer comprender los principios y prevenir ideas erróneas. Como la expresión *origo* puede traducirse por lugar del nacimiento, tal interpretación se admite con frecuencia por los jurisconsultos modernos, aún por los que dan el verdadero sentido de *origo* según las fuentes del Derecho romano. El mero lugar del nacimiento es en sí una circunstancia del todo accidental, sin ninguna influencia jurídica.

Antes de fijar el verdadero sentido de estas expresiones técnicas, observemos que su significación práctica no puede restringirse á la solución del problema de conflicto como consecuencia aislada, sino que esa solución misma es mero accesorio de tan vasto conjunto.

En efecto, cada individuo, en cuanto concierne á las relaciones del derecho público, se halla en doble dependencia : primeramente hacia el Estado cuyo ciudadano es, y además hacia una sección territorial, (según la constitución romana, una municipalidad), que forma una de las partes orgánicas del Estado. La dependencia que refiere el individuo á esta sección territorial tiene consecuencias varias é importantes. En derecho romano le sujeta á los impuestos locales (*munera*), á la obediencia á los magistrados municipales y al derecho positivo de la ciudad; el cual se considera como derecho personal de ese individuo.

La obediencia á los magistrados municipales se manifiesta por la jurisdicción, de que depende regularmente cada individuo : el *forum originis* y el *forum domicilii*.

Previas estas observaciones, vamos á manifestar el verdadero sentido que en Derecho romano tienen *origo* y *domicilium* y su mutua relación.

En cuanto á cada individuo, el *origo* y el *domicilium* terminan :

1°. La obligación de satisfacer los impuestos de la ciudad (*munera*) :

2°. La obediencia á los jueces municipales, y principalmente la jurisdicción personal que á ella se refiere :

3°. El derecho especial de cada ciudad, derecho que le es aplicable como atributo de la persona.

Estos efectos se desprenden, ó bien de las dos relaciones que acabamos de mencionar (*origo* y *domicilium*), y entonces pueden referirse á dos lugares distintos; ó bien de una sola de estas relaciones. Hé aquí los puntos que vamos á precisar.

Cuando la constitución romana hubo adquirido todo su desarrollo hacia el fin de la República y en los primeros siglos de la dominación imperial, la Italia íntegra, sin comprenderse la ciudad de Roma, se componía de muchos comunes urbanos, la mayor parte municipios y colonias, y diversos comunes secundarios. Cada una de estas secciones tenía constitución más ó menos independiente, magistrados, jurisdicción y aun legislación especial. Así, el suelo de Italia, exceptuándose la ciudad de Roma y su territorio, estaba comprendido en las dependencias de estas ciudades, y todo habitante de Italia pertenecía, bien á la ciudad de Roma, bien á estos comunes urbanos.

Las provincias, al contrario, tuvieron en su origen constituciones muy diversas; las cuales fueron asemejándose más y más á las de Italia.

En tiempo de los grandes jurisconsultos, esto es, en el segundo y tercer siglo de la era cristiana, se podía aplicar á casi todo el imperio lo que hemos dicho de Italia; pues casi todo el territorio del imperio estaba dividido en territorios de ciudades, y sus habitantes pertenecían á la ciudad de Roma ó á uno de los comunes urbanos.

Conócense éstos con la designación general de *civitates* ó *respublicae*. El territorio de cada ciudad se llama *territorium* y algunas veces también *regio*. El territorio del imperio se dividía, pues, casi íntegramente en infinidad de territorios de ciudades.

Veamos ya cómo pertenecía cada individuo á un común urbano, y cómo se hallaba, respecto al mismo, en una relación determinada de dependencia.

Eso se efectuaba de dos maneras : por el derecho de ciudadanía en el común (*origo*); y por la residencia en territorio de la ciudad (*domicilium*).

I. Derecho de ciudadanía.

Este derecho se adquiere por nacimiento, adopción, manumisión y admisión.

zdbook.com.cn

a). Nacimiento (*origo*, *nativitas*).

En el nacimiento se funda de ordinario el derecho de ciudadanía; por lo cual se emplea esa palabra para designar el derecho que confiere.

b). Adopción.

Aunque la adopción no extingue el derecho de ciudadanía que resulta del nacimiento, el hijo adoptivo adquiere un segundo derecho de ciudadanía que trasmite á sus hijos.

c). Manumisión.

El esclavo manumitido adquiere el derecho de ciudadanía en la ciudad natal de su patrono, derecho que trasmite á sus hijos.

d). Admisión (*allectio*).

Por admisión se entendía el derecho de ciudadanía conferido por la voluntad libre de los magistrados municipales.

El derecho de ciudadanía con sus consecuencias no se extinguía por la mera voluntad de los que gozaban de él en uno de los casos que acabamos de enumerar.

De estas reglas se deduce que una persona podía tener á un mismo tiempo derecho de ciudadanía en varias ciudades del imperio, y que, por ende, podía ejercer los derechos y quedaba sujeta á las cargas inherentes al título de ciudadano en esas diversas ciudades.

II. El segundo motivo que refiere un individuo á un común urbano es el domicilio (*domicilium*).

Puntualizadas las dos causas que refieren un individuo á un común urbano determinado, pasemos á estudiar la parte práctica de esta materia, es decir, las consecuencias jurídicas que resultan de tal dependencia.

Las obligaciones provenientes del derecho de ciudadanía ó del domicilio consisten en las cargas municipales, la jurisdicción y el derecho local.

I. Cargas municipales (*munera*).

La expresión *munera* designa en general toda especie de cargas; pero aquí no se aplica sino á las cargas de derecho público, y especialmente á las que provienen del derecho de ciudadanía ó del domicilio. Por lo cual se llaman también *civilia munera*.

II. Jurisdicción (*forum originis, domicilii*).

El principio fundamental en esta materia consiste en que la demanda se propone ante el fuero del reo, mas no ante el del actor. Si se pregunta cuál es el fuero del reo, el derecho romano responde : el de la ciudad á que el reo pertenece y donde ejercen jurisdicción los magistrados á quienes él debe obediencia. Como los individuos pertenecen á una ciudad en virtud del derecho de ciudadanía ó del de domicilio, el principio se traduce en esta regla práctica : cualquier ciudadano puede ser citado en el lugar donde ejerza el derecho de ciudadanía ó donde tenga domicilio.

III. El derecho positivo de una ciudad como atributo de las personas que de ella dependen (*lex originis, domicilii*).

Este efecto es lo que ha motivado las anteriores explicaciones; por cuanto ellas eran el único medio de exponer en su verdadero conjunto la sujeción de la persona al derecho local de una ciudad determinada.

Toda persona puede pertenecer al territorio de una ciudad por derecho de ciudadanía ó por su domicilio, y la sujeción de la misma persona al derecho territorial de una ciudad se funda en dichas causas. Por tanto hay la más íntima relación entre los efectos enumerados anteriormente, sobre todo entre los dos últimos (la jurisdicción y el derecho territorial); porque pueden considerarse como dos faces distintas del derecho local en su conjunto.

Cuando una persona pertenece á varias ciudades á causa del derecho de ciudadanía ó del domicilio, está á un mismo tiempo sujeta á las cargas municipales y á la jurisdicción de cada una de estas ciudades; pero no lo está sino al derecho local de una de ellas; porque lo contrario implicaría contradicción. En efecto, el reo puede ser citado, al arbitrio del actor, ante dos ó más jueces; pero no ser juzgado según reglas de derecho diferentes y talvez diametralmente opuestas. Cada persona no depende, pues, sino de un derecho local, es necesario optar entre las c versas ciudades, aunque clasificadas en una misma cat goría respecto á las cargas municipales y á la jurisdicció

Cuando una persona tiene el derecho de ciudadanía ó de domicilio en dos ó más ciudades, el derecho local q

debe regirla se determina, no por el domicilio, sino por la ciudadanía; porque si comparamos la ciudadanía al domicilio (éste es meramente voluntario), vemos que aquélla es un vínculo más estrecho y más antiguo, como que se refiere á la época del nacimiento, y el domicilio en otro lugar es el resultado de un acto posterior de voluntad contraria. No hay pues razón alguna para cambiar el derecho territorial una vez establecido por la persona.

Art. 59. El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

Divídese en político i civil. (*)

REFERENCIAS.

Real, 61. 62. 66.
Presuntivamente. 64.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 58.
C. E. 55.
P. de G. 38. El lugar en que una persona tiene su vecindad, es también el de su domicilio.
C. P. 44. Es vecino de un pueblo la persona que tiene en el su domicilio.

(*) Savigny. VIII. § 350-371.—Locré. I. 298. 74.—III. 403. art. 1°. 3. 4.—405. 3-5.—413. 8.—414. 14.—426. 9.—435. 3.—442. 5. 6.—443. 9.—452. 3.—Pothier. (I. G.) 9.—Dalloz. Domicile. 1-5.—Toullier. I. 372-376.—Laurent. 11. 64. 65. 71. (D. C. I.) III. 254-262.—Zachariae. (M. V.) I. § 87.—Zachariae. (A. R.) I. § 141. 144.—Demolombe. I. 338. 339.—Marcadé. I. 309. 310.—Duranton. I. 349-352. 356.—Demante. I. 132.—Huc. I. 366-368.—Beaudry- Lacantinerie. I. 959-963.—Massé. II. 1002. 1003.—Freitas. Art. 4. 30. 175. 180. 195.—Fœlix. I. [illegible].—Story. § 40-45. 49.—Wharton, § 21.—Kent. II. XXXVII. 429-437.—Phillimore. IV. XLIV. XLV.—Vattel. I. XIX. § 8.—Brocher. I. 76.—Rolin. I. 429-437.—Despagnet. 157.—Alvo. II. § 655. 668-681.—Weiss. II. chap. II. t. IV. pág. 370. 379.—III. chap. II. t. II. pág. 275-281.—Pradier-Foderé. III. 1010.—Fiore. I. 408. 410. 411. 416.

www.libtool.com.cn COMENTARIO.

88. " El domicilio, " dice Ortolan, (1) " no es sino el asiento legal, el asiento jurídico de toda persona. El derecho presume que ella está ahí, bien resida corporalmente, bien no resida. (2)

" No admito la définición según la cual el domicilio es *el lugar* donde una personna tiene su principal establecimiento..... Esa definición, por demasiado absoluta, no define nada. Todo derecho consiste en una relación, ya de persona á persona, ya por decirlo así, de persona á cosa. La posesión, la propiedad, son ciertas relaciones entre una persona y una cosa. La residencia, el domicilio, son también relaciones entre una persona y un lugar : en el un caso la relación es de hecho; en el otro, de derecho. Luego, no se definen tales hechos ó tales derechos diciéndose que son relaciones. ¿En qué consiste la relación que constituye el domicilio? Eso es lo que debe determinar la definición.

" Así como la ley crea personas y cosas que no existen materialmente, de la misma manera crea hechos que reputa efectivos aunque no lo sean. El domicilio es uno

---

(1) G. 80.

(2) Muchas son las definiciones que se han dado del domicilio. Copiemos algunas de las más notables.

" El *domicilio* es la habitación establecida en cierto lugar con ánimo de permanecer en él siempre. " (Vattel. I. XIX. § 218.)

" Entiéndese por domicilio el lugar donde se halla establecido el asiento de nuestra existencia social. " (Maynz. I. § 19. 4.)

" El *domicilio* es la relación jurídica entre una persona y el lugar donde esa persona es reputada presente en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones; aunque no esté ahí en un instante dado, ó aunque no resida habitualmente en ese lugar. " (Zachariae. A. R. I. § 141.)

" El domicilio es una abstracción jurídica cuyo asiento se determina por la ley en el lugar donde la persona civil es reputada presente. " (Huc. I. 366.)

de esos hechos. Fundándose la ley en ciertos datos, supone, para el ejercicio ó la aplicación de ciertos derechos, que una persona está en un lugar. Esté ó no esté, poco importa. En cuanto al ejercicio ó la aplicación del derecho cuestionado, presúmese que está ahí, y puede procederse en consecuencia.

" Ésta suposición legal puede multiplicarse, y referir una misma persona á diferentes lugares, según se trate de tal ó cual derecho. Repútase, pues, que una misma persona está en cierto lugar para el ejercicio de un derecho, y en lugar distinto para el ejercicio de otro derecho.

" En resumen, dedúcese que el domicilio es en cuanto al derecho, lo que la residencia es al hecho. El domicilio en su noción más sencilla y verdadera, es el asiento legal, el asiento jurídico de una persona para el ejercicio ó la aplicación de ciertos derechos. Asiento político ó asiento civil; los derechos en general ó un derecho especial, poco importa. La formación de la palabra *domicilium* basta por sí sola para darnos esa noción tan exacta como sencilla. "

Y efectivamente no puede darse una idea más clara de la esencia del domicilio.

89. Según el art. 59, dos son los elementos constitutivos del domicilio : 1°. La *residencia;* y 2°. El *ánimo de permanecer en ella.* (3)

---

(3) Esta noción del domicilio es conforme á los más inconcusos principios de la ciencia. Cuando se discutía el proyecto de domicilio del Código de Napoleón, el art. 2 decía : " Le changement de domicile sera constaté par une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.

Art. 3. A défaut de déclaration expresse, le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation continuée pendant trois mois dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

" M. Réal observa que el art. 3 exige que á una habitación continua durante tres meses se añada la intención para efectuar el cambio de domicilio; y le parece que esta disposición presenta muchos inconvenientes. Por ejemplo; cuando un ciudadano hubiere transferido su domicilio de Marsella al

Los dos elementos deben concurrir conjuntamente; en ningún caso puede adquirirse el domicilio sin la residen-

www.libtool.com.cn

Havre, si muere antes de los tres meses, es preciso volver á Marsella para que se nombre tutor á sus hijos, y para proceder á las gestiones sobre la sucesión.

" El Consul Cambacérès abunda en la misma opinión. Juzga que basta decir que el domicilio se constituye por la habitación real y la intención, y que cambia de la misma manera.

" M. Boulay dice que este parecer es el de la comisión.

" M. Berlier observa que el hecho actual de la residencia y el ánimo de perpetuarla, es en efecto todo lo que puede razonablemente constituir el domicilio, y que la prueba de la intención no debe depender exclusivamente de un plazo; porque hay personas que residen durante un año en el lugar donde evidentemente no quieren establecer su domicilio, sobre todo si dejan en otra parte sus negocios y su familia; al paso que otras prueban su intención de domiciliarse por el mero hecho de su residencia, acompañada de los caracteres que indiquen la permanencia en ella, y no por el plazo.

" El Consejo adopta el principio de que el *hecho* y la *intención* bastan para constituir y cambiar el domicilio. " (Locré. III. 426. 9.)

" La residencia que no está acompañada de intención actual, fijeza y perpetuidad no constituye domicilio, aunque por circunstancias accidentales no fuese momentánea, y aunque se prolongase durante mucho tiempo. Tal es, por ejemplo, la permanencia de los estudiantes en la ciudad donde siguen los respectivos cursos. " (Savigny. VIII. § 363.)

" Obsérvese que no siempre es necesario que una persona tenga actualmente la residencia en un lugar, para que ese lugar sea el de su domicilio; porque una persona no puede á la verdad, establecer su domicilio en un lugar sino *animo et facto*, estableciendo en él su residencia; pero una vez establecido el domicilio en un lugar, puede conservarse *animo solo*. Eso es lo que sucede cuando una persona deja el lugar de su domicilio para un largo viaje, ó para ir á residir en un lugar á donde le llaman negocios pasajeros ó un empleo amovible; pues aunque esa persona haya llevado consigo todos sus muebles y no conserve ninguna habitación en el lugar del domicilio de donde ha partido, sin embargo se presume que conserva *animo* su domicilio en ese lugar, y queda sujeta á los estatutos personales de ese lugar, mientras no haya establecido en otra parte un verdadero y estable domicilio. " (Pothier. I. G. 6. 9).

" Domicilium cuiusque privatum recte definitur : ut sit lo-

www.lntool.com.cn

cia, porque ésta es el signo que manifiesta si un individuo va á establecerse permanentemente en un lugar. Una vez determinada la residencia, entonces entran en cuenta las circunstancias de donde se deduzca el ánimo de constituír el domicilio.

La residencia es el asiento real, el asiento de hecho de la persona, y está en el lugar donde ella mora ordinariamente. Un mismo individuo puede tener dos ó más residencias. Por ejemplo, reside en la ciudad durante el invierno y en el campo cuando el estío. (4)

Determinado el domicilio por la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; el domicilio se conserva aun cuando el individuo hubiere residido largo tiempo en otra parte, siempre que dé á conocer por signos manifiestos que subsiste el vínculo de derecho entre la persona y un lugar determinado.

Al comentar los arts. 60 y 61 hablaremos de la distinción entre el domicilio político y el civil.

90. Si bien el domicilio no tiene ya en el Derecho interna-

---

cus in quo habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet. In summa, si distincte dicendum est duae res domicilium constitunt.... habitatio cuiusque, et animus ibi consistendi. " (Donello. Lib. XVII. C. XII. 3.)

" Dos cosas deben concurrir para que se constituya el domicilio: 1°. La residencia; y 2°. La intención de hacer en ella la habitación de la persona. Debe haber el hecho y la intención; porque, como Pothier lo observa exactamente, una persona no puede establecer domicilio en un lugar si no hay *animo et facto*." (Story. § 44.)

(4) " La residencia es un hecho material que se refiere á la presencia física en un lugar; al paso que el domicilio es de derecho, y subsiste sin que sea necesario que haya por parte del domiciliado habitación real en ese lugar.

La residencia se adquiere por la habitación, y se pierde con ella; el domicilio, al contrario, es independiente de la habitación. Una persona puede tener su morada habitual, el centro de familia ó de intereses en un punto; y al mismo tiempo habitar en otro, que constituye su residencia accidental ó temporal. La efectividad del domicilio no siempre se deduce del mero hecho material ó de circunstancias puramente exteriores. La relación entre la residencia y el domicilio consiste no sólo en las circunstancias sino además en el ánimo. " (Calvo. II. § 669.)

cional privado la misma importancia que antiguamente, cuando las provincias se regían por sus fueros propios; todavía son de grande importancia las reglas concernientes al domicilio, ya porque hay naciones, como los Estados Unidos de América y la Gran Bretaña, donde se determina el estado y la capacidad de la persona, no por la ley nacional, sino por la ley del domicilio, ya porque se acepta casi siempre que á no conocerse la nacionalidad del individuo, su estado y su capacidad se determinan por la ley del domicilio. (5)

www.lintool.com.co

---

(5) " La determinación del domicilio en derecho internacional privado tiene grande importancia. Nótese ante todo que según ciertas legislaciones, y tal doctrina es la dominante en los países de raza germánica ó inglesa, la ley del domicilio es la que rige el estatuto personal, á lo menos en cuanto se admite el estatuto personal en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos de la América del norte. En segundo lugar, en los Estados que comprenden dos ó más regiones que tienen su derecho propio, no puede tratarse de ley propiamente nacional, cuando se procura determinar la ley que rige el estatuto personal de los habitantes de las diversas partes de un mismo Estado. Se comprende que, en esa hipótesis, los Estados extranjeros acuden primeramente á la ley nacional, y si la ley nacional se refiere á la ley del domicilio, á esta última debe acudirse. Si bien Inglaterra, Escocia é Irlanda forman parte de una misma nación, cada una de ellas tienen su derecho propio. Luego, cuando se trata de determinar el derecho de un súbdito de la Gran Bretaña, debe examinarse si está sujeto al derecho inglés, escocés ó irlandés..... Cuando se trata de individuos á quienes es imposible designar alguna nacionalidad, parece igualmente razonable recurrir á la antigua ley del domicilio, tanto tiempo preponderante en materia de estatuto personal. En fin, lo concerniente al domicilio es todavía de considerable importancia cuando se trata de determinar las reglas que atañen á la interpretación y los efectos de las convenciones, así como en otras controversias de derecho internacional privado. " (Rolin. I. 429.)

" El sistema político que en los Estados Unidos surgió de la última guerra civil, consiste en una perpetua unión de Estados permanentes. Un eminente jurisconsulto belga ha imputado esta aparente incongruencia de unidad y peculiaridad á las tradiciones feudales; pero tal sistema se deduce de la necesidad de nuestra posición política y de garantizar nuestras libertades. Con exactitud se ha dicho que la Constitución de los Estados Unidos no es obra de especulaciones políticas, sino la condición de políticas necesidades. El mismo criterio puede aplicarse, en

Art. 60. El domicilio político es relativo al territorio del Estado en jeneral. El que lo tiene ó adquiere es ó se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de estranjero.

La constitucion i efectos del domicilio político pertenecen al Derecho internacional. (*)

REFERENCIAS.

Extranjero. 56, 57.

---

cuanto á los problemas de cuya solución tratamos, á las nuevas leyes provenientes de la guerra. La unión se consolidó como perpetua; pero reconocióse que lo son los Estados. Hiciéronse reformas aboliendo la esclavitud y declarando insubsistentes las leyes contra la raza africana; pero esta misma legislación, como la principal *expressio unius est exclusio alterius*, añade una sanción adicional á los principios constitucionales de que todos los derechos generales no expresamente concedidos al gobierno federal se reservan á los Estados. De ahí que tenemos, en casi todas las cuestiones que atañen al derecho internacional privado, tantas jurisprudencias como Estados. Si fuera lugar propio para tal trabajo, sería fácil demostrar que la combinación de la unidad en la jurisprudencia general con la jurisprudencia especial á cada Estado, conduce á la libertad y á la estabilidad, y que la sujeción de todos los pueblos á una jurisprudencia común y universal, y el confiar á un solo gobierno la exclusiva vigilancia de las materias de Estado como de las federales, acarrearía la destrucción de los gobiernos de cada Estado. Ninguna legislatura federal, pudiera argüirse, tuviera tiempo, idoneidad y datos suficientes para tamaño trabajo. Ninguna administración, dependiente de las elecciones populares, pudiera sobrellevar tal carga sin el riesgo de convulsiones populares y la certeza de permanente corrupción política. Ninguna jurisprudencia podría formarse igualmente adaptable á todas las secciones de tan vasto territorio, poblado por gentes de diversas tradiciones y diversas leyes arraigadas en las costumbres. Todo esto puede decirse en respuesta á las imputaciones de feudalismo hechas por nuestros críticos italianos y belgas, y puede añadirse que en tal sistema, que combina la unidad en materias nacionales con la diversidad en la jurisprudencia de los Estados, es mucho más liberal y más estable que uno en que el poder absoluto se ejerce por un solo gobierno central." (Wharton. § 8.)

(*) Locré, II. 33. art. 6.—81. art. 7.—113. 1.—Merlin. Domicile § I.—Dalloz. Droit civil. 380-415.—Demolombe. I. 340. Baudry-Lacantinerie. I. 963.—Bluntschli. 367.—Massé. II. 1002.—Foelix. II. 27-29.—Heffter. § 59.—Phillimore. I. CCCXXI.—Story. § 18.

CONCORDANCIAS.

www.libtool.com.cn

P. de P. 59.
C. E. 56.
C. P. 53. Las disposiciones de este título comprenden también á los extranjeros.

COMENTARIO.

91. La definición del domicilio político no es conforme á la práctica de las naciones ni á la doctrina de los jurisconsultos y publicistas. Entiéndese por *domicilio político* el lugar donde un individuo ejerce los *derechos políticos*, esto es, donde puede ser elector ó ser elegido para un cargo público. (1)

92. Al hablarnos D. Andrés Bello del domicilio político, en el art. 59 de su *proyecto*, cita la Lección IV, tomo I, de la obra de Kent; (2) el cual se ocupa en el domicilio re-

---

— Wharton. § 79.— Calvo. II. § 669 680. 686.— Pradier-Foderé. III. 1711.

(1) " En el discurso preliminar con que Portalis presentó el proyecto de Código civil decía : " El *domicilio civil* en nada atañe al *domicilio político*. Puede haber uno sin otro; porque las mujeres y los menores tienen domicilio civil, sin tener domicilio político. Esta última especie de domicilio depende del *derecho* de *ciudadanía;* pues designa el *lugar* donde, cumpliéndose los requisitos determinados por las leyes constitucionales, *puede un individuo ejercer los derechos políticos inherentes á la calidad de ciudadano.* " (Locré. I. 298. 74.).

" El domicilio político es aquel donde el individuo ejerce sus derechos de ciudadano, esto es, donde está inscrito en el *registro cívico*; el cual contiene lista de todas la personas hábiles para votar en las asambleas políticas, que efectúan las respectivas elecciones. " (Merlin. Domicile. § I.)

" El *domicilio político* es la relación del ciudadano con el *lugar donde debe ejercer sus derechos políticos.* " (Dalloz. Droit politique. 296.)

" El domicilio es primeramente *político* ó civil, según que se atienda al *ejercicio de los derechos políticos* ó los civiles. " (Baudry-Lacantinerie. I. 963.)

(2) " *Domicilio en nación enemiga.* Si una persona reside en territorio enemigo para administrar establecimiento de comercio, su carácter será considerado hostil, y como el de súbdito de nación enemiga, en cuanto á las transacciones comerciales conexiona-

lativo al territorio del Estado en general al determinar los efectos que, en cuanto á la guerra marítima, surte un establecimiento de comercio, que constituye á un individuo súbdito de nación enemiga, aunque en otros aspectos conserve él la calidad de neutral.

www.libtool.com.cn

93. Que la constitución y efectos del domicilio político, cual lo define Bello, pertenezcan meramente al Derecho internacional, nos parece en extremo absoluto; pues deben distinguirse dos casos previstos por el mismo Derecho internacional:

1°. Cuando se trata del domicilio que, á sobrevenir una guerra marítima, constituye carácter hostil; y

2°. Acerca de los efectos que, en cuanto á la nación misma, surte el domicilio que en ella constituye el extranjero.

En el primer caso, el domicilio se determina en realidad de verdad sólo por el Derecho internacional; pues se trata de los efectos que la guerra marítima surte; los cuales no dependen de las leyes de cada Estado, sino exclusivamente de las reglas que fija el Derecho internacional. Sea cual fuere la práctica que un Estado pretenda establecer acerca de la guerra marítima, tal práctica no surte efecto en cuanto á los otros, y aunque por tratados entre dos ó más naciones se establezcan ciertas reglas concernientes á la misma guerra, no obligan ellas sino á los Estados contratantes.

Mas, en cuanto á los efectos que el domicilio surte sólo en la nación donde el extranjero reside, debe atenderse primeramente á las leyes de la propia nación; y sólo á falta de esas leyes se aplican los principios del Derecho internacional; los cuales á decir verdad, no han fijado definitivamente la condición de los extranjeros domiciliados. (3)

---

das con aquel establecimiento. Es claro que si una persona va á nación extranjera, y emprende en el comercio, según el Derecho internacional es comerciante de esa nación, y súbdito de ella en cuanto á lo civil, bien esa nación sea beligerante, bien neutral; y no puede permitírsele que conserve los privilegios del carácter neutral durante su residencia y ocupación en Estado enemigo." (I. IV. I.)

(3) "Según el Derecho internacional, son considerandos como miembros ó súbditos del Estado:

1°. Los regnícolas, esto es, todos los que se hallan establecidos

en el territorio de un Estado con residencia permanente, é importa poco que ahí hayan nacido ó que se hayan domiciliado ".. (Heffter. 59.)

www.libtool.com.cn

" Una persona puede tener domicilio en un Estado y establecerse en él sin adquirir la nacionalidad, ó, sin adquirirla, puede poseer ó administrar bienes en el propio Estado. " (Bluntschli. 367.)

" En la edición francesa de 1867 " (añade) " Heffter exagera al decir que todos cuantos se hallen establecidos en el territorio de un Estado para morar en él perpetuamente deben considerarse como miembros ó súbditos del Estado. En muchas naciones civilizadas hay infinidad de extranjeros establecidos como fabricantes, negociantes, &. &, y que no son ciudadanos del Estado donde tienen su domicilio, sino que conservan la nacionalidad que tenían antes de establecerse en nación extranjera. El hecho de establecerse en ella y de ejercer ahí una profesión se funda en razones meramente privadas, y de ellas no nace en manera alguna la intención de cambiar de nacionalidad. El art. 17 del Código civil francés expresa que no se pierde la calidad de francés estableciéndose en nación extranjera, sino cuando ello se efectúa sin ánimo de regresar ".

" Hay una clase de personas que, estrictamente hablando, no se comprenden en la denominación de ciudadanos nativos ó naturalizados, á saber, las que han dejado de residir en su país natal, y que se han establecido en otro permanentemente (*domicilium sine animo revertendi*). Estos son los *extranjeros domiciliados;* los cuales no gozan de los derechos de ciudadanía en el nuevo Estado, y son *de facto*, aunque no *de iure*, ciudadanos de la nación donde tienen su domicilio. " (Phillimore, I. CCCXXI.)

" El derecho de adquirir domicilio en una nación puede considerarse como uno de los más valiosos adelantos del Derecho internacional moderno. La consecuencia de la adquisición de tal domicilio consiste en que la patria primitiva pierde el derecho de exigir al individuo así contribuciones personales como obediencia civil ó militar. Pero este cambio de relaciones no puede efectuarse por la mera voluntad del inmigrante; el cual debe ser aceptado como residente por la nación donde permanece. Luego, es necesario que no sólo se domicilie en dicho Estado sino que en el mismo se le conceda asilo. Cuando concurren estos requisitos, según los principios liberales del Derecho internacional, la patria primitiva no puede reclamar sobre aquel individuo ningún derecho. " (Wharton. § 75.)

" Ciertos publicistas pretenden que el domicilio confiere carácter nacional; otros, al contrario, niegan la conveniencia y el fundamento de tal principio, de cuya aplicación absoluta se deduciría que el mero hecho del domicilio ó de la residencia surte los efectos de la naturalización. Eso es lo que puede afirmarse de la práctica admitida en los Estados Unidos. Y á la verdad, aunque la ley no considere como ciudadanos americanos, en toda la *extensión*

www.libtool.com.cn

Art. 61. El domicilio civil es relativo á una parte determinada del territorio del Estado. (*)

REFERENCIAS.

Domicilio civil. 59. 62.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 60.
C. E. 57.
C. C. 77. El domicilio civil es relativo á una parte determinada de un lugar de la Unión ó de un territorio.

COMENTARIO.

94. Habiéndose dicho, en el art. 60, que el *domicilio político* se refiere al territorio del Estado en general, contrapónese á este domicilio el domicilio civil, esto es, relativo á una parte determinada del territorio. Denomínase *domicilio civil*, á diferencia del domicilo político, (definido en el Código), aquel en que el individuo ejerce sus derechos civiles. Por eso dice el art. 102 del Código de Napoleón que el domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en el lugar donde tiene el principal establecimiento. Como ya lo hemos visto, (II. 88) los efectos del domicilio consisten en que la ley supone que el individuo está en un lugar determinado, donde puede ejercer ciertos derechos y donde pueden exigírsele ciertas obligaciones. Pero nótese que cuando la ley habla de domicilio civil para el *ejercicio de los derechos civiles*, no quiere decir que sólo en el domicilio puede ejercerlos la

---

de la palabra, á los que han declarado voluntad de serlo, tal regla no debe en ninguna manera considerarse como obstáculo al derecho que tienen las personas domiciliadas en los Estados Unidos, un cuando no hubieren adquirido en éstos nacionalidad, de reclamar el estatuto de su domicilio en el terreno del Derecho internacional, y de alegar en apoyo de su reclamación la protección del gobierno, en todo cuanto concierne á los derechos civiles como distintos de los derechos políticos." (Calvo. II. § 687.)

(*) Savigny. V. III. § 350. 356-358.

www.libtool.com.cn

persona, sino que el domicilio surte, en cuanto á esos derechos, los efectos puntualizados por la ley.

De la esencia misma del domicilio se deduce que él es relativo á una sección territorial determinada, y no era necesario que lo expresara D. Andrés Bello, sino porque, lo repetimos, había establecido la regla, ajena al Código civil, de que el domicilio político es relativo el territorio del Estado en general.

Art. 62. El lugar donde un individuo está de asiento, ó donde ejerce habitualmente su profesion u oficio, determina su domicilio civil ó vecindad (*).

REFERENCIAS.

Domicilio civil. 59. 61.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 61.
C. E. 58.

C. de N. 102. Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

102. El domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en el lugar donde tiene su principal establecimiento.

C. Arg. 89. El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su resi-

---

(*) Savigny. VIII. § 353. 355.—Locré. I. 231. 15. —III. 403 art. 2.—405. 3.—407. 4.—414. 13.—418. 3. 4.—434. 1. 2—442. 7.—444. 10.—452. 3.—Merlin. Domicile. § II. —Dalloz. Domicile. 6-11. 15. 122-128.—Toullier. I. 370. 378.—Laurent. II. 100-102.—Demolombe. I. 341-349.—Zachariae. (M.V.) I. § 87. 88. 90. 91 Zachariae. (A. R.) I. § 142. 144. 145.—Duranton. I. 351.—M cadé. I. 311-313.—Pothier. Int. aux. Coutumes. 9.—Massé. 1002-1006.—Ortolan. (G.) 80-83.—Pothier. Pand. L. XV.XVI Voet, ad Pand. V. 1. 92.—Foelix. I § 27-32.—Story. § 40-47. Boullenois. II. p. 40.—Bluntschli. art. 376.—Calvo. II. § 655. 6(668-691.

dencia y de sus negocios. El domicilio de origen es el lugar del domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos.

www.libtool.com.cn

93. En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento.

94. Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

P. de G. 35. Son vecinos de un pueblo los españoles cabezas de familia que, residiendo en él con casa abierta, reunan además algunas de las circunstancias siguientes:

1ª. Estar inscritos en el padrón del vecindario:

2ª. Llevar dos años de residencia en él, ejerciendo su profesion ó industria.

39. El lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, aunque no reuna las circunstancias necesarias para ser vecino de él.

45. El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su dirección ó administración, salvo lo que dispusieren sus estatutos ó leyes especiales.

C. C. 78.

C. P. 44. Es vecino de un pueblo la persona que tiene en él su domicilio.

46. Pruébase esta intención por alguno de los medio siguientes:

1° Por declaración expresa del domiciliado ante la autoridad civil:

2°. Por el transcurso de dos años de residencia voluntaria:

3°. Por cualquier otro hecho que acredite haber fijado su principal establecimiento.

C. M. 27. El domicilio de una persona es el lugar donde reside habitualmente: á falta de éste, el en que tiene el principal asiento de sus negocios.....

C. Esp. 40. Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determina la Ley de Enjuiciamiento civil.

El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gozan del derecho de extraterritorialidad será el último que hubieren tenido en territorio español.

C. de la L. 42. El domicilio de todo ciudadano, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en la parroquia donde tiene su principal establecimiento.

El principal establecimiento es aquel donde está su residencia habitual. Si reside alternativamente en dos ó más lugares durante un tiempo poco más ó menos igual, y no ha declarado su intención de la manera que en adelante se expresa, cualquiera de los lugares en que reside puede considerarse como su principal establecimiento, á elección de las personas á quienes esto pueda interesar.

C. R. X. XXXIX. 7. Et in eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde (rursus) non sit discessurus, si nihil avocet : unde cum profectus est, peregrinari videtur : quod si redit peregrinari iam destitit.

D. L. I. 27. § 1. Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio, semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur, ibi, magis habere domicilium quam ubi colendi causa diversatur.

7. Indudable es que cada uno tiene su domicilio en el lugar donde mora con su familia y donde se hallan sus negocios y bienes de fortuna, de donde no se ausenta sino en caso de necesidad, de donde, cuando se ausenta, se dice que viaja; y á donde, cuando vuelve, se dice que regresa.

§ 1. Si alguno no administra sus negocios en la colonia, sino en la ciudad municipal, y en ésta vende y contrata, sigue sus pleitos, se baña, tiene sus diversiones, celebra los dias festivos, y goza de todas las comodidades, y ninguna en la colonia, mas bien se entiende que tiene su domicilio en ella, que donde va para cultivar los predios.

COMENTARIO.

95. El legislador enumera, en el art. 59, los element constitutivos de domicilio, y señala, en el art. 62, el lug donde concurren esos elementos constitutivos.

No es muy clara la descripción hecha en el art. 62 : " *El lugar donde un individuo está de asiento,* ó don

ejerce habitualmente su profesión ú oficio, determina su domicilio civil ó vecindad ".

www.libtool.com.cn

Obsérvese primeramente que el lugar no es lo que determina el domicilio; debió decirse, como el art. 102 del Código de Napoleón, que *en el lugar* donde la persona se ha establecido con su familia, ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, *está su domicilio civil.* No investigamos nunca qué lugar determina el domicilio, sino dónde tiene domicilio la persona, ó dónde está domiciliada.

¿Qué significa *estar de asiento* en un lugar? Si acudimos al Diccionario de la Academia Española, éste nos dice que *estar de asiento* significa *estar establecido* en un pueblo ó paraje; y como tal explicación tampoco nos suministra ideas claras, procedemos á otra investigación. ¿Qué significa *establecerse?* Según el mismo Diccionario, *avecindarse* ó *fijar su residencia* en alguna parte. De manera que en último análisis *estar de asiento* significa *avecindarse* ó *fijar la residencia.* Y como *domicilio* y *vecindad,* aun en el art. 62, son palabras del todo sinónimas, venimos á parar en que si las empleamos en su genuino sentido, la regla significa : *El lugar donde un individuo se ha domiciliado determina su domicilio.*

Si bien el tenor literal del art. 62 no nos suministra datos suficientes para saber en qué lugar tiene un individuo domicilio, sí podemos hallarlo acudiendo á la historia fidedigna de la ley; pues D. Andrés Bello nos cita, como fuente del art. 61 de su *Proyecto* (idéntico al art. 62 que comentamos), la ley 7 del Código, título de *Incolis* (ley que ya vimos en las *concordancias*), y parece que tuvo á la vista la definición que da Pothier (1).

En ambos casos la idea expresada en el art. 62 es la que exprime el art. 102 del Código de Napoleón : *El domicilio de una persona está en el lugar donde tiene el principal asiento de sus negocios, donde reside habitualmente con su familia, de donde, cuando se ausenta,*

---

(1) " Domicilium facit potissimum sedes fortunarum suarum quas quis in aliquo loco habet. " (D. L. XVII.)

se dice que viaja, á donde, cuando llega, se dice que regresa. (2)

El art. 62 es mera consecuencia del art. 59. En el lugar donde un individuo tiene el principal asiento de los negocios, donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, concurren los dos elementos constitutivos esenciales del domicilio : la residencia y el ánimo, real ó presunto, de permanecer en ella.

Acaso se hubieran consultado mejor los principios y la

---

(2) " Se entiende por *principal establecimiento* ", decia Malherbe, " el lugar donde concurren todas las circunstancias que anuncian la intención de una residencia fija; y á este respecto los principios no pueden cambiar. *In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem ac fortunarum suarum summam constituit.* " (Locré. III. 452.3.)

Demolombe cita la propia ley 7, y añade : " El mismo pensamiento se manifiesta en el art. 102, cuando declara que el domicilio de todo francés está en el lugar donde tiene su principal establecimiento, esto es, en el lugar donde ha hecho el centro de sus afecciones, de sus negocios y de sus costumbres, el asiento en fin de su existencia social, *rerum ac fortunarum suarum summam,* en el lugar donde se ha establecido de una manera permanente y durable, con la intención de residir establemente y de volver á él cuando se ausenta. " (I. 344.)

" El domicilio está donde la persona tiene su principal establecimiento. Hé aquí un nuevo término técnico. La palabra establecimiento no se emplea en el sentido vulgar. Del niño que acaba de nacer no se dice tiene *establecimiento;* y sin embargo tiene domicilio, y por lo mismo *establecimiento legal;* son los vínculos de familia, de interés que adhieren á una persona á un lugar más bien que á otro. " (Laurent. II. 69.)

" El domicilio, decia el jurisconsulto romano, está *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit.* Ese mismo pensamiento enuncia el art. 102 en términos menos expresivos : ' El domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en el lugar donde tiene su principal establecimiento ' ; esto es, el centro de sus intereses, intereses materiales, intereses de afección é intereses de familia á un mismo tiempo. Hay, pues, cierto vínculo entre la persona y el lugar donde está domiciliada, y eso es lo que daria á entender una de las etimologías de la palabra (*domum colere*) que manifiesta que ese es el lugar de predilección. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1018.)

claridad concentrando en un solo artículo las ideas que encierran los arts. 59 y 62 : *el domicilio consiste en la residencia acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.* Luego, en el lugar donde el individuo tiene el principal asiento de sus negocios ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, es donde tiene *domicilio civil* ó *vecindad.*

96. Si las circunstancias puntualizadas en los arts. 59 y 62 constituyen el domicilio del individuo, dedúcese que éste no puede tener sino un solo *domicilio principal*, llamado domicilio *general* por los jurisconsultos franceses, para contraponerlo al domicilio *especial*, que está en el lugar donde la persona puede ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones. Por ahora nos limitamos á observar que no hay sino un solo *domicilio general*, y trataremos detenidamente de este punto al comentar el art. 67, que origina graves dificultades.

97. En virtud del art. 14, según el cual la ley obliga á todos los habitantes de la República con inclusión de los extranjeros, es evidente que conforme á las leyes chilenas se decide, en caso de controversia, si un extranjero está ó no domiciliado en Chile. Pero aun en las naciones donde se acepta el principio de que se aplica la ley nacional del extranjero á los litigios en que puede comprometerse su estado civil y su capacidad, acéptase también como verdad inconcusa que las leyes de la nación donde se sigue el litigio son las que determinan si el individuo tiene ó no tiene en ella su domicilio. (3)

---

(3) " Pertenece á cada legislación determinar las condiciones según las cuales se adquiere, se conserva y se pierde el domicilio en el territorio donde ella rige. Asi lo exigen los principios de donde se deduce que todo individuo debe tener domicilio. Luego, por la ley territorial ó *lex fori* deben ser resueltas, en cada nación, las controversias relativas á él, interesen á nacionales ó extranjeros. " (Baudry-Lacantinerie. I. 967.)

Conforme al Derecho Internacional privado es menester investigar según qué ley se determina el domicilio de los individuos, bien se trate de una persona que traslade su domicilio de una nación á otra, bien de incapaces, como menores y

www.libroot.com.ar

Art. 63. No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere, consiguientemente, domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algun tiempo casa propia ó ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, ó por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, ó la del que ejerce una comision temporal, ó la del que se ocupa en algun tráfico ambulante. (*)

REFERENCIAS.

No se presume. 47. 59. 1712.
Domicilio civil. 59. 61.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 62. No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere, consiguientemente, domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algun tiempo casa propia ó ajena, en aquel lugar, si tiene en otra parte su hogar doméstico, ó por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, ó la del que ejerce una comision temporal ó la del que se ocupa en algun tráfico ambulante.

C. E. 59. No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar en él un individuo, por algún tiempo, casa propia ó ajena, si tiene en otra parte su hogar doméstico, ó por otras circunstancias aparece que la resi-

---

mujeres casadas que, según ciertas leyes, no siempre tienen el domicilio que sus representantes legales. Por regla general, esta controversia debe resolverse según la ley nacional de los interesados cuando se investiga si un extranjero está domiciliado en una tercera nación; pero cuando se trata de saber si un extranjero está domiciliado en la nación donde la controversia se suscita, por ejemplo en Francia, la ley territorial ó *lex fori* es la que decidiría si ese extranjero ha obtenido verdadero domicilio. " (Despagnet. 157.)

(*) Locré. III. 420. 20.—426. 9.—430. 3.—435. 3.—436. 5.—442. 8.—454. 8. 13.—Savigny. VIII. § 353.—Merlin. Domicile. IV. n. I. § 7.—Dalloz. Domicile. 108-115.—Laurent. II. 78.—Demolombe. I. 358.-363.—Zachariae. (M. V.) I. § 90.—Zachariae (A. R.) I. § 144.—Freitas. art. 186.—Story. § 44.—Wharton. §§ 57.

dencia es accidental, como la del viajero ó la del que ejerce una comisión temporal, ó la del que se ocupa en algún tráfico ambulante.

C. C. 79.

C. P. 48. El ciudadano que desempeña en un lugar un cargo público, por tiempo determinado, conserva el domicilio que tuvo antes en otro, si no manifiesta intención contraria.

C. de la L. 46. El ciudadano que acepta un empleo temporal y precario, ó uno de libre nombramiento y remoción, conserva su domicilio anterior, si no ha manifestado intención contraria.

D. L. I. 20. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas, vocari.

20. El domicilio se transfiere con el hecho y la voluntad, y no con ésta sola, como es necesario en los que niegan que los que habitan pueden ser nombrados para los cargos.

COMENTARIO.

98. Acabamos de ver, al tratar de los arts. 59 y 62, que los elementos constitutivos del domicilio consisten en la residencia acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; y que de ahí se sigue que el domicilio de un individuo está en el lugar donde se halla el principal asiento de sus negocios, ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio. Tenemos, pues, un criterio seguro para determinar cuándo la residencia, real ó presunta, induce á juzgar que una persona se ha domiciliado en un paraje, y por lo mismo nos parece del todo nugatorio el art. 63, según el cual se declara que ciertos hechos, como el de habitar un individuo casa propia ó ajena, no es suficiente para constituír domicilio, si otras circunstancias manifiestan que falta el requisito constitutivo del ánimo de permanecer en la residencia, como la del viajero, la del que ejerce una comisión temporal ó la del que se ocupa en algún tráfico ambulante. (1)

(1) La mera traslación de residencia no acarrea cambio de

El art. 63 significa que el mero hecho de habitar un individuo en cierto paraje no basta para presumirse que está ahí de asiento ó que ejerce habitualmente su profesión ú oficio, y que su domicilio queda determinado conforme á las reglas puntualizadas en los arts. 59 y 62.

La falta de presunción proveniente del mero hecho de habitar un individuo en cierto paraje, talvez se contrapone á las presunciones puntualizadas en el art. 64. Pero ello no era útil ni necesario, porque, lo repetimos, si concurren los elementos constitutivos del domicilio, no puede en ningún caso presumirse que el individuo tenga al mismo tiempo en otro paraje su domicilio general.

Tanto menos necesario era el art. 63 cuanto el art. 65 vuelve á dar reglas sobre los hechos que no son suficientes para deducir cambio de domicilio.

Art. 64. Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer i avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela ú otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, ó un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; i por otras circunstancias análogas. (*)

REFERENCIAS.

Se presume. 47. 59. 1712.

---

domicilio, si no va acompañada de la intención de establecer el asiento de los negocios en la nueva residencia. (Zachariae A. R. § 144.)

Dos requisitos son necesarios para el cambio de domicilio, el *hecho* y la *intención*. Ese principio, aceptado del Derecho romano y seguido en la antigua jurisprudencia, se funda en la naturaleza misma de las cosas. El hecho de otra habitación es necesario para que haya cambio de domicilio; la intención sola no basta, pues el domicilio exige *establecimiento*. Luego, si una persona quiere cambiar de domicilio, le es necesario otro establecimiento, esto es, otra residencia. (Laurent. II. 78.)

(*) Locré. III. 403. art. 4. 6. 9.— 414. 13.—417. 14-16.—418. 19.—423. art. 4.—425. 7-9.—426. 9.—436. 5.—442. 6.—442. 8.

CONCORDANCIAS.

www.libtool.com.cn

P. de B. 63.
C. E. 60.

C. de N. 103. Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

104. La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.

105. A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances.

107. L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions.

103. Efectúase cambio de domicilio si á la residencia efectiva en otro lugar, se añade la intención de establecerse en él definitivamente.

104. La intención se probará por declaración expresa, hecha así á la municipalidad del lugar que se deje, como á la de aquel á donde se traslade el domicilio.

105. A falta de declaración expresa, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias.

107. La aceptación de cargos vitalicios surte el efecto de trasladar inmediatamente el domicilio del funcionario al paraje donde debe ejercer sus funciones.

C. Arg. 90. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y así:

1° Los funcionarios públicos, eclesiásticos ó seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus

---

—444. 10.—453. 6.—454. 6.—Savigny. VIII. § 353. 370.—Pothier. (Int. aux. Cou.) 14. 15. 20.—Merlin. Domicile. § II.—Dalloz. Domicile. 24-28. 46. 51. 98. 103-107.—Toullier. I. 375.—Laurent. II. 79. 81. 90-93.—Demolombe. I. 351-355. 364-366.—Zachariae (M. V.) I. § 89.—Zachariae. (A. R.) I. § 143-144.—Baudry-Lacantinerie. 1022. 1023. 1028. 1029.—Rolin. I. 438.—Massé. II. 1007.—Calvo. II. § 662.

funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, ó de simple comisión.

P. de G. 40. Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar en que desempeñan su destino.

Los que se hallan accidentalmente en un pueblo en comisión del gobierno, conservan el domicilio que antes tenian.

C. C. 80. Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela ú otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.

82. Presúmese también el domicilio, de la manifestación que se haga ante el respectivo Prefecto ó Corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito.

C. P. 46. Pruébase esta intención por alguno de los medios siguientes:

1° Por declaración expresa del domiciliado ante la autoridad civil:

2° Por el trascurso de dos años de residencia voluntaria:

3° Por cualquier otro hecho que acredite haber fijado su principal establecimiento.

49. La traslación al lugar en que debe ejercerse un cargo de por vida, prueba la variación del domicilio.

C. M. 28. Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar en que desempeñen sus funciones. Los que accidentalmente se hallen en una población desempeñando alguna comisión, no adquieren domicilio por este solo hecho, sino que conservan el que les corresponde conforme á la primera parte del art. 27, si no tuvieren lugar fijo para el desempeño de su encargo.

C. de la L. 43. (El 103 del Código de Napoleón).

44. La prueba de la intención consiste en declararla expresamente, así ante el juez de la parroquia que se deja como ante el de la parroquia á donde se traslada el domicilio.

La declaración, suscrita por la persona que la haga, será registrada por el juez.

45. (El 105 del Código de Napoleón).

46. (El 106).

47. La aceptación de cargos vitalicios surte el efecto de trasladar inmediatamente el domicilio del funcionario al lugar donde deba ejercer sus funciones.

Pero los empleados públicos que ejercen sus funciones en todo el Estado, ó en un distrito compuesto de varias parroquias, conservan el domicilio que tenían antes del nombramiento, á menos que hubieren manifestado voluntad contraria.

COMENTARIO.

99. El individuo que adquiere domicilio cuando concurren las circunstancias puntualizadas en los arts. 59 y 62, es libre para trasladarlo á otro paraje; y de ahí la absoluta necesidad de fijar reglas que determinen cómo se traslada el domicilio. Si la ley puntualiza los elementos constitutivos del domicilio, á concurrir éstos queda él establecido, y subsiste mientras no concurran en otro lugar los propios elementos. (1) Síguese, pues, la importantísima regla general, cuya excepción veremos oportunamente, (II. 110) de que el primer domicilio subsiste mientras el individuo no adquiera otro. (2)

---

(1) " El ciudadano " (decía Mouricault) " no está encadenado al domicilio. Cuando es mayor ó se emancipa, es libre para disponer de su persona, y puede elegir su residencia donde lo tenga á bien; puede dejar no solo su domicilio de origen por otro, sino también éste por uno nuevo; y puede, en una palabra, cambiarlo según sus intereses ó su mera voluntad. Ahora bien, aquí es donde comienzan las dificultades.

" Y primeramente se puede preguntar de qué manera debe efectuarse ese cambio. ¿Bastará manifestar la voluntad ó cambiar de residencia? No, Tribunos: la intención no acompañada del hecho, puede ser un mero proyecto; el hecho que no lleva consigo intención determinada, puede no pasar de un ensayo, un cambio pasajero, el establecimiento de una habitación secundaria. Es necesario, pues, para que se efectúe cambio de domicilio, la reunión manifiesta del hecho y de la intención; al paso que para conservar el domicilio de origen ó un domicilio cualquiera ya adquirido, basta la intención. Ahora bien, este segundo principio se halla igualmente declarado por el proyecto de ley, cuyo art. 107 expresa que el cambio de domicilio se efectuará por el hecho de una habitación real en otro lugar, junto á la intención de formar ahí el principal establecimiento. " (Locré. III. 441. 5. 6.)

(2) " Establecido en un lugar por la voluntad del hombre, el domicilio no se pierde sino por la voluntad contraria, acompañada del hecho de que luego hablaremos. Su pérdida está subordinada

100. El art. 64 enumera las circunstancias de donde se deduce que el individuo, dejando su primer domicilio, pasa á establecerse en otro:

1ª. El hecho de abrir tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela ú otro establecimiento durable para administrarlo en persona:

2ª. Aceptar un cargo concejil ó un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; y

3ª. Otras circunstancias análogas, esto es, todas aquellas de donde se siga fundadamente que el individuo se propone estar de asiento en un lugar ó ejercer en él su profesión ú oficio. (3)

101. El art. 64 declara que todas esas circunstancias son *meras presunciones legales*, y que, por lo mismo, se admite prueba en contrario (art. 47) para manifestar que en otro paraje concurren los elementos constitutivos de domicilio determinados en el art. 59.

Esto puede originar muy graves dificultades. Si, por ejemplo, un individuo abre taller en una ciudad, y lo dirige personalmente, ¿ qué pruebas justificarían que no ha establecido en ella su domicilio? ¿ Admitiríamos la prueba de que tiene su familia y el asiento principal de sus negocios en otro lugar? Parece que fuera necesario distinguir. Si la demanda versa sobre un contrato concerniente al taller, ninguna prueba manifestaría que la excepción declinatoria es fundada; porque, acerca de ese contrato, concurren, se-

---

á su establecimiento en otro lugar, esto es á su cambio. De manera que no se pierde por una ausencia más ó menos prolongada." (Baudry-Lacantinerie. I. 1022.)

(3) "El proyecto de ley", observa Malherbe, "autoriza, por tanto, la prueba de la intención por una declaración expresa, ó, a falta de esa declaración, por *las circunstancias*. Este último medio da margen sin duda á lo arbitrario; pero, primeramente, no hay razón para quejarse de eso, cuando se establece un modo tan sencillo para evitarlo. Además, es necesario atender á que los jueces, á cuya prudencia se confía la aplicación de la ley, se guiarán por los hechos que sirven para determinar el lugar del principal establecimiento, y que, entre estos hechos, hay algunos contra los cuales en vano se pretendería alegar prueba contraria: no era posible especificarlos para establecer una regla invariable de preferencia." (Locré. III. 452. 4.)

gún el art. 67, las circunstancias constitutivas de domicilio. Pero si la demanda, del todo ajena al taller, se refiere, por ejemplo, á contratos celebrados en el paraje donde el individuo tiene su hogar doméstico y el principal asiento de sus negocios, puede alegarse, á no dudarlo, la excepción declinatoria; la cual manifestaría que sólo para los asuntos concernientes al taller se ha establecido el domicilio donde aquél se halla abierto. Tal distinción se deduce combinándose el art. 64 con el 62. Como lo veremos después, el último artículo determina dos especies de domicilio: uno general, donde concurren las circunstancias previstas por el art. 62, esto es, donde el individuo tiene su hogar doméstico y el principal asiento de sus negocios; y otros domicilios especiales, donde abre taller, escuela, posada, casa de comercio... Pero esta misma distinción evidencia que es del todo inexacto que según el art. 64 sólo *se presuma* el domicilio; pues no serían admisibles pruebas para justificar que el domicilio especial no está en el lugar donde concurren las circunstancias que la ley enumera.

La residencia y el ánimo, real ó presunto, de permanecer en ella, son circunstancias constitutivas de domicilio. Luego, es error garrafalísimo expresar que aun cuando se justifique plenamente la residencia y el ánimo de permanecer en ella, puede admitirse prueba de que no hay domicilio; porque, admitida, se deduciría que éste depende, no de la ley misma, sino de la mera voluntad del individuo. En otros términos, el art. 64 estuviera en la más abierta pugna con los arts. 62 y 67, si admitiésemos la anómala doctrina de que las circunstancias puntualizadas en el art. 64 son meras presunciones de establecer domicilio, general ó especial.

Todavía es más anómala la presunción, tratándose de empleos fijos que se conceden por largo tiempo. El presidente y vicepresidente de la República, los ministros de la Corte Suprema ó de las cortes superiores, ¿cómo probarían que no están domiciliados en la ciudad donde ejercen sus funciones? Los ministros de la Corte Suprema, cuyo cargo es en Chile vitalicio, ¿no tienen en la capital de la República sino domicilio presunto, y pueden probar que en otro paraje está el principal asiento de sus negocios? ¿Y por qué, en cuanto á los obispos, curas y otros eclesiásticos, obligados á una residencia determinada, se establece como regla

absoluta que tienen en ella su domicilio? Siendo idénticos los casos, no hay razón alguna para establecer reglas distintas, y debió fijarse la regla absoluta de que los empleados públicos, llamados á ejercer funciones por largo tiempo, tienen domicilio en el lugar donde las ejercen. Ya hemos visto (en las *concordancias*) que conforme al art. 107 del Código de Napoleón, el funcionario que acepta un empleo vitalicio traslada immediatamente su domicilio al lugar donde debe desempeñarlo. Los tribunales franceses juzgaran, con razón, que es una herejía jurídica el sostener que sólo se presume que tales empleados tienen domicilio en el paraje donde sirven, y que es admisible la prueba de que, conforme al art. 102 del Código, el empleado tiene el principal asiento de sus negocios en el domicilio anterior.

Muchas veces observaremos que la palabra *presunción* se emplea en el Código civil impropiamente.

Art. 65. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, conservando su familia i el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto judicial á un paraje determinado, ó desterrado de la misma manera fuera de la República, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia i el principal asiento de sus negocios. (*)

REFERENCIAS.

Domicilio civil. 59, 61. 62.
Familia. 815.

(*) Savigny. VIII. § 351. 354. 359.—Pothier. (Int. Cou). 12.—Toullier. I. 371.—Dalloz. Domicile. 16. 17. 19.— Demolombe. I. 348.—Zachariæ. (M. V.) I. § 87.—Zachariae. (A. R.) I. § 141.—Laurent. I. 75. 76.—Demante. 133 bis. IV.—Marcadé. I. 316. 317.—Duranton. I. 360.—Baudry-Lacantinerie.—1010-1013.—Freitas. art. 138, 191. 192. — Story. § 45. a.—Rolin. I. 440. 441.— Phillimore. IV. LXI-LXVI.—Calvo. II. § 667.

CONCORDANCIAS.

www.libtool.com.cn

P. de B. 65. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, conservando su familia ó el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

66. El confinado por decreto judicial á un paraje determinado, desterrado de la misma manera fuera de la República, si la confinación ó destierro no fuere por toda la vida, retiene el domicilio anterior, mientras conserva en él su familia, i el principal asiento de sus negocios.

C. E. 61. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, siempre que conserve su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto judicial á un paraje determinado, ó desterrado de la misma manera fuera de la República, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios.

C. Arg. 95. La residencia involuntaria por destierro, prisión, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, ó se tiene el asiento principal de los negocios.

P. de G. 43. El domicilio de los que se hallan estinguiendo alguna condena es el lugar donde la estinguen.

Los condenados á destierro conservan su domicilio anterior.

C. C. 81. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto judicial á un paraje determinado, ó desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios.

D. L. I. 22. § III. Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet.

§ 3. El que fue desterrado, ínterin dura el destierro tiene domicilio necesario en el lugar donde está desterrado.

COMENTARIO.

102. Talvez sea oportuno recordar que los elementos constitutivos del domicilio consisten (art. 59) en la resi-

dencia, acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; que el domicilio está en el lugar donde un individuo se establece (art. 62); que no se pierde el domicilio mientras no se adquiere otro, y que se presume el ánimo de avecindarse en un lugar por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica ú otro establecimiento durable para administrarlo en persona. Tenemos, pues todas las reglas esenciales que determinan, ya la constitución, ya el cambio de domicilio; y sin embargo los arts. 63 y 65 dan reglas sobre los mismos puntos:

1ª. No se presume el ánimo de permanecer ni se adquiere domicilio civil en un lugar por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia ó ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico ó por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental; y

2ª. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir un individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Parece, pues, que estas dos últimas reglas son del todo nugatorias, porque no añaden nada á las determinadas en los arts. 59, 62 y 64; los cuales determinan, insistimos en ello, las circunstancias que conducen á conocer con toda exactitud cuándo se establece el domicilio en un lugar, y cuándo se traslada el domicilio de un paraje á otro.

A pesar de que D. Andrés Bello tuvo á la vista el título del domicilio del Código de Napoleón, título en que resplandecen la claridad y la exactitud, no supo darnos reglas concisas y propias para aplicarse á cada caso determinado. Talvez provinieron las vacilaciones é inexactitudes de que se propuso seguir á un mismo tiempo el sistema de las leyes romanas y el Código de Napoleón, y de que formó excepciones relativas á cada uno de los dos sistemas. Así, por ejemplo, la ley 22, § III, título I, Libro L del Digesto (copiada en las *concordancias*), prescribía que el desterrado tuviese su domicilio en el lugar de la deportación, y D. Andrés Bello juzgó conveniente declarar lo contrario de una manera expresa. Pero esto se deducía ya de los arts 59, 62 y 64, sin que en ningún caso fuesen necesarias las regla puntualizadas en los arts. 63 y 65.

www.libtool.com.cn

Art. 66. Los obispos, curas i otros eclesiásticos obligados á una residencia determinada, tienen su domicilio en ella. (*)

REFERENCIAS.

Domicilio. 59. 61. 62.

CONCORDANCIAS.

P. de B 64. Los obispos, curas i otros eclesiásticos obligados á una residencia particular, tienen su domicilio en ella.

C. E. 62.

64. El domicilio de los militares de tierra ó de mar, en servicio activo, será el lugar en que se hallaren sirviendo.

COMENTARIO.

103. Si el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, síguese que á virtud de la naturaleza misma del ministerio de los obispos, curas y otros eclesiásticos, están domiciliados en el lugar donde lo ejercen. Ni por un instante pudiera admitirse que un eclesiástico tenga el principal asiento de sus negocios en un lugar distinto de aquel donde, según el derecho canónico, desempeña las funciones inherentes á su beneficio.

104. En el Código chileno no hay disposición alguna concerniente á los militares en servicio activo, cuyo domicilio debe estar donde sirven.

El artículo concerniente á los obispos y curas se halla en el Proyecto de Bello á continuación del que determina el domicilio de los empleados públicos; é ignoramos por qué en el Código chileno se alteró ese orden, que es el natural y lógico. Más anómala es todavía la colocación que, en el Código ecuatoriano, se da el artículo concerniente á los militares.

El art. 90 del Código argentino, que puntualiza al do-

(*) Merlin. Domicile. § III. n. VI.—Calvo. II. § 662.

micilio de todas las personas, nos parece más conforme á la lógica y á la jurisprudencia que las disposiciones análogas del Código chileno y del Código de Napoleón.

www.lotool.com.cn

Art. 67. Cuando concurran en varias secciones territoriales, con respecto á un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relacion especial á una de dichas secciones esclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo. (*)

REFERENCIAS.

Circunstancias constitutivas de domicilio civil. 61, 62. 64.
Cosas que dicen relación especial á una de dichas secciones exclusivamente. 64.
Domicilio civil, 59. 61.

CONCORDANCIAS.

C. E. 63. Cuando concurran en varias secciones territoriales, con respecto á un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial á una de dichas secciones exclusivamente, sólo ésta será, para tales casos, el domicilio civil del individuo.

C. Arg. 93. En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento.

94. Si una persona tiene establecida su familia en un

(*) Savigny. VIII. § 354. 357. 359.—Locré. III. 405. 3.—407. 4.—424. 4.—452. 2. 3.—Pothier. (I. C.) 20.—Merlin. Domicile. § VIII.—Declinatoire. § I. n. 3.—Dalloz, Domicile. 8.—Toullier. I. 367.—Laurent. II. 69.—Demolombe. I. 344-349.—Zachariae (M. V.) I. § 88. 90.—Zachariae. (A. R.) I. 142. 144.—Duranton I. 357. 359.—Demante. I. 133 bis. IV.—Huc. I. 369. 371.—Baudry-Lacantinerie. I. 968. 1013. 1014. 1023.—Freitas. art. 188 192. 194.—Massé. II. 1004. 1005.—Brocher. I. 77.—Rolin. I 439.—Fiore. I. 410.—Calvo. II. § 681.

lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

www.libtool.com.cn

P. de G. 37. Ninguno podrá ser al mismo tiempo vecino de dos pueblos.

C. C. 83. Cuando ocurran en varias secciones territotoriales, con respecto á un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial á una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo.

D. L. I. 5. Labeo indicat, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere; quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere; quod verius est.

6. § 2. Viris prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrubique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.

27. § 2. Celsus libro primo Digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hic, quam illic minus frequenter commoretur, ubi domicilium habeat, ex destinatione animi, esse accipiendum; ego dubito, si utrubique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere; et verum est habere, licet difficile est.....

5. Dice Labeon, que el que negocia igualmente en varios lugares, no tiene domicilio en ninguno; pero expresa que se dice en otra parte, que habita y tiene domicilio en varios lugares; lo cual es más cierto.

6. § 2. Determinaron los jurisconsultos, que cualquiera puede tener domicilio en dos ciudades, si habitase en ambas de modo que no esté en una más que en otra.

27. § 2. Celso en el libro primero de los Digestos dice, que si alguno habitase igualmente en dos lugares, y no estuviese menos tiempo en uno que en otro, se entiende que tiene su domicilio donde tiene intención de tenerlo. Yo dudo si lo puede tener en ambos lugares, si tiene intención de tenerlo en los dos; y es cierto que lo tiene, aunque es dificultoso.....

COMENTARIO.

105. Este artículo encierra dos reglas de suma importancia:

1ª. Cuando concurren en varias secciones territoriales

circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entiende que en todas ellas el individuo está domiciliado:

2ª. Si esas circunstancias constitutivas de domicilo civil, se refieren á una sola sección determinada, en ella está el domicilio del individuo en todo cuanto concierne á esas circunstancias.

106. La primera regla es, á no dudarlo, oscurísima; pues si atendiésemos sólo á su tenor literal, deduciríamos que un individuo puede tener á un mismo tiempo dos ó más *domicilios generales*, esto es, que en dos ó más parajes pueden concurrir simultáneamente, respecto de una persona, las circunstancias constitutivas de domicilio civil general: la *residencia* y el *asiento principal* de sus negocios. Lo cual es de toda imposibilidad imposible. (1)

---

(1) " Algunas veces parece incierto donde está el domicilio de una persona; lo cual sucede cuando tiene casa en dos lugares distintos, á donde va á pasar alternativamente diversas partes del año. No hay tal incertidumbre cuando ese hombre tiene beneficio ó ejerce un cargo ú otro empleo amovible que exija residencia en uno de los lugares; porque entonces no es dudoso que en tal lugar ha establecido su domicilio. Si ese hombre no tiene beneficio ni cargo ó empleo que le obliga á residir en uno de dichos lugares, para determinar el domicilio debe acudirse á otras circunstancias, como el lugar donde ha dejado á su mujer y su familia cuando se ausenta; aquel donde tiene más larga permanencia; donde, cuando otorga instrumentos, expresa que ahí está su morada; donde paga los impuestos públicos, ó á donde va con su familia á pasar las pascuas. A falta de todas estas circunstancias debe decidirse, *in dubio*, por el domicilio de origen antes que estableciese domicilio en otro; porque el cambio de domicilio de un lugar á otro debe probarse, é *in dubio*, se presume que el individuo ha conservado el primer domicilio. " (Pothier. I. G. 20.)

" El domicilio único de todo francés, para el ejercicio de los derechos civiles, " (decía Malherbe), " *está en el lugar donde tiene su principal establecimiento*. " (Locré. III. 452. 3.)

" Una persona puede tener á un mismo tiempo varios establecimientos; esa situación, que es muy frecuente, presenta dificultades y dudas. Pedro pasa parte del año en la ciudad y otra parte en el campo; y en cada lugar tiene un menaje completo; ó bien es comerciante y tiene dos casas, la una para su familia, la otra para sus negocios..... En este caso y otros semejantes, ¿donde está el domicilio? En el lugar del principal

107. Compréndese perfectamente que una misma persona tenga en distintos parajes dos ó más establecimientos de comercio, fábricas, talleres, &. &, y que tan complicados negocios exijan que esa persona permanezca alternativamente donde le sea necesario para administrarlos. Luego, del art. 62, combinado con el 67, se deduce que una persona puede tener, además de su domicilio general, otro ú otros domicilios especiales. En todo cuanto se relaciona con los negocios de cada lugar, en él se halla el domicilio especial del individuo; pues en él ejerce ciertos derechos civiles relativos á los mismos negocios y está sujeto á los jueces del mismo lugar (2).

---

establecimiento. Eso es todo lo que se podría responder á cuestiones que, concernientes á hechos, no pueden resolverse sino según las circunstancias especiales de cada caso." (Demolombe. I. 345.)

"Nadie puede tener dos domicilios; la expresión el *principal establecimiento* evidencia que el *domicilio* es *único*." (Laurent. II. 69.)

"Nadie puede tener más de un domicilio general." (Zachariae A. R. I. § 142.)

"¿Puede un individuo tener ahora dos ó más domicilios generales? La solución negativa, contraria á los principios de la ley romana y de nuestra antigua jurisprudencia, es generalmente admitida, y, á decir verdad, no es dudosa.... La unidad de domicilio se halla expresamente declarada por el art. 102, cuyos términos expresan que el domicilio está en el lugar del *principal establecimiento*, y el *principal establecimiento* es necesariamente *único*, porque domina á todos los demás." (Baudry-Lacantinerie. I. 1013.)

"En lo antiguo se discutía si un francés podía tener dos ó más domicilios. La negativa es cierta: la unidad de domicilio proviene de que él depende de una manera real y permanente del *principal establecimiento;* y sólo un establecimiento puede considerarse como principal." (Huç. I. 371.)

"Nadie puede tener más de un domicilio.... La jurisprudencia moderna reputa imposible la pluralidad de domicilios." (Freitas. art. 188. n.)

(2) "Hay un domicilio real y un domicilio que no lo es. Pero como la expresión domicilio real podría confundir ese domicilio con la simple residencia, vale más llamarlo *domicilio general*. Por consecuencia los otros domicilios serán *domicilios especiales*. En efecto, si es exacto que el domicilio expresa simplemente la relación entre una persona y un lugar, pueden

Como ya lo observamos, (II. 101) en los casos previstos en el art. 64 el domicilio especial no es mera presunción. Si,

www.libtool.com.cn

---

determinarse tantos *domicilios especiales* como son las diversas relaciones. Pero el domicilio permanente, el domicilio general, el domicilio que el legislador llama domicilio real, en fin el definido por el art. 102, es el domicilio en cuanto al ejercicio de los derechos civiles. " (Huc. I. 369.)

" Aunque es difícil, ó más bien imposible, que un hombre tenga varios domicilios que sean igualmente el centro de sus negocios según la definición de domicilio, y aunque un hombre no puede tener sino un domicilio principal, puede tener dos ó más domicilios para asuntos diversos. " (Phillimore. IV. LII.)

" Controviértese si una persona puede tener dos ó más domicilios. Según el derecho romano la afirmativa no era dudosa. Nuestro antiguo derecho francés había seguido el mismo sistema.... Hoy el Código civil, al disponer de una manera general que el domicilio de todo francés está en el lugar donde tiene su principal establecimiento, parece que no admite sino un solo domicilio. Opino, empero, que debe distinguirse el caso en que se trate del *domicilio general*, esto es de aquel á que se refiere la generalidad de los derechos y de las obligaciones civiles, y el caso en que se trate del *domicilio especial*, esto es, de aquel que concierne á ciertas relaciones particulares, tales como las relaciones jurídicas. No puede haber más que un domicilio general, pero sí dos ó más domicilios especiales. No puede haber sino un solo *domicilio general*, porque ese domicilio determina cierta capacidad personal que es indivisible como la persona misma; pero puede haber dos ó más domicilios especiales, porque esos domicilios se refieren á los negocios especiales que se efectúan en unos ó en otros y como esos asuntos son entre sí distintos, nada se opone á que estén subordinados á distintos domicilios. Así, cuando el art. 165 del Código civil expresa que el matrimonio debe celebrarse antes el oficial del estado civil del domicilio de una de las partes, habla del *domicilio general*..... Pero cuando un comerciante tiene varios establecimientos de comercio, cada uno de ellos puede considerarse como un domicilio especial, relativamente á los negocios que ahí se celebran; y ante el juez de ese domicilio pueden deducirse todas las demandas. " (Massé. II. 1004.)

" Así, según el antiguo derecho como según el nuevo, se discutía si una misma persona puede tener dos ó más domicilios á un tiempo. Entonces y ahora debía responderse que la definición del domicilio, la cual supone un establecimiento principal, excluía, como principio, la idea de pluralidad de domicilios. Admitíase, empero, que hubiese dos ó más domicilios referentes á objetos distintos. "(Brocher. I. 77.)

" Sólo uno debe ser el domicilio jurídico de una persona,

por ejemplo, un comerciante tiene dos ó más establecimientos de comercio en lugares distintos, los jueces de cada uno de esos lugares serán, respectivamente, los que conozcan en las demandas que contra el comerciante se entablen, exigiéndole el cumplimiento de las obligaciones que en cada casa de comercio contraiga. Y aun cuando el comerciante pruebe que en otro lugar tiene el principal asiento de sus negocios, ó ejerce su profesión ú oficio, no será aceptable, en esa demanda, la excepción declinatoria.

Si todavía nos quedasen dudas sobre la unidad del domicilio general, nos las disiparían los arts. 81 (nº 1) y 955. Según el primero, la presunción de muerte debe declararse por el juez del *último domicilio* que el desaparecido haya tenido en Chile; y según el art. 955, la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su *último domicilio*. En estas clarísimas disposiciones se procede, pues, sobre el supuesto evidente de que un mismo individuo no puede tener dos domicilios generales. *Un solo domicilio último* es el que determina, lo repetimos, la competencia del juez que debe declarar la presunción de muerte por desaparecimiento y el lugar donde se abre la sucesión; efecto, este último, acaso el más notable de los que se desprenden de la unidad de domicilio.

108. Del contexto de las respectivas disposiciones concernientes al domicilio deducimos, pues, las siguientes reglas :

1ª. Cada individuo no puede tener sino un solo domicilio general, donde concurren los elementos constitutivos del domicilio puntualizados en los arts. 59 y 62 :

2ª. Un mismo individuo puede tener, además del domicilio general, uno ó más domicilios especiales; y

3ª. Probadas las circunstancias constitutivas de domicilio especial, no se admitiría la excepción declinatoria en cuanto al propio domicilio.

---

porque la pluralidad excluye la noción del domicilio, no pudiendo admitirse que un individuo tenga á un mismo tiempo dos *asientos principales* y permanentes. Puede aceptarse, sin embargo, que una persona pueda tener más de un domicilio, cada uno de los cuales se refiera á un objeto peculiar. " (Fiore. I. 410.)

109. Las leyes romanas declaraban que un individuo podía tener domicilio en dos ó más lugares á un mismo tiempo, porque, como ya lo hemos observado, (II. 87) entre los romanos se determinaba el domicilio, no tanto para los asuntos civiles, cuanto para lo político y lo administrativo. En el lugar donde el individuo ejercía los derechos políticos y donde pagaba las contribuciones, estaba su domicilio, y esas circunstancias podían concurrir en dos ó más secciones territoriales. Pero, según las legislaciones modernas, que en esta parte han aceptado los principios del Código de Napoleón, el domicilio civil en nada atañe al domicilio político, en que el individuo ejerce los derechos políticos, ni á lo administrativo de cada sección territorial; y de ahí proviene que si bien una persona puede tener dos ó más domicilios especiales, no tiene sino un domicilio general.

Art. 68. La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte. (*)

REFERENCIAS.

Residencia. 59.
Domicilio civil. 61. 62.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 74. La mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no probaren domicilio en otra parte. (a)

(*) Savigny. VIII. § 351. 354. 359.—Dalloz. Domicile. II. 16. 17. 19.—Pothier. (I. G.) 12.—Toullier. I. 371.—Laurent. II. 75. 76.—Demolombe. I. 348.—Zachariae. (M. V.) I. § 87.—Zachariae. (A. R.) I. § 141.—Demante. I. 133 bis.—IV.—Marcadé. I. 316. 317.—Duranton. I. 360.—Freitas. Art. 188. 191. 192.—Rolin. I. 440. 441.—Brocher. I. 80.—Phillimore. IV. LXI—LXVI.—Wharton. § 68.—Fiore. I. 411. 415.—Calvo. II. § 667.

(a) La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte. (Art. 74 del Proyecto Inédito.)

C. E. 65.

C. Arg. 90.

www.libool.com.cn

5°. Los transeuntes ó las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual.....

P. de G. 44. El domicilio de una persona que no tiene residencia habitual es el lugar en que se halle.

C. C. 84.

C. M. 27. (Véanse las concordancias del art. 62.)

P. III. II. 32. Ante quien deue el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aqui mostrar, porque esta es vna de las cosas que mucho deue ser catada ante que la faga. E porende dezimos, que los Sabios antiguos, que ordenaron los derechos, touieron por derecho, que quando el demandador quisiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel Juez, que ha poder de judgar al demandado : ca, ante otro Judgador non le seria tenudo de responder, si non sobre estas cosas contadas que aqui diremos.... E la onzena es, quando el demandado es reboltoso, o de mala barata, de guisa, que non assossiega en ningun logar. Ca atal como este, tenudo es de responder doquier que lo fallasen.....

D. L. I. 27. § 2..... Difficile est sine domicilio (quis) esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget, vel iter faciat, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat; nam hunc puto sine domicilio esse.

27. § 2.... Difícil es que (alguno) no tenga domicilio en ninguna parte. Juzgo que esto se puede verificar si el que habiendo dejado su domicilio, navegase ó caminase buscando donde hacer asiento y domiciliarse; porque juzgo que éste no tiene domicilio.

COMENTARIO.

110. El art. 68 encierra una regla oportuna y práctica, porque disipa las dudas que se han suscitado sobre si es posible que un individuo carezca absolutamente de domicilio.

Según lo hemos visto en las *concordancias*, las leyes romanas aceptaron el principio de que si bien era múy raro el caso, sí podía efectuarse. (1)

(1) " Puede suceder que un individuo no tenga ningún domi-

Los jurisconsultos franceses, fundándose en que todo individuo tiene domicilio de origen, y en que ese domicilio subsiste mientras no se adquiere otro, opinan generalmente que todo individuo tiene domicilio. Pero nos parece más fundada, aún en teoría, la opinión de los que sostienen que no es difícil se pierdan hasta las huellas del domicilio anterior, y que en la actualidad el individuo carezca absolutamente de domicilio. (2)

---

cilio en el sentido técnico de la palabra, aunque este caso es en extremo raro. Así, el caso se presenta en las varias circunstancias que vamos á enumerar :

" 1ª. Cuando una persona deja un domicilio adquirido para establecer otro, durante todo el tiempo que el nuevo domicilio no se ha elegido y constituído realmente. Este caso tiene poca importancia, porque el intervalo es de ordinario muy corto :

" 2ª. Cuando durante largo lapso de tiempo viaja la persona, sin tener ningún lugar por asiento estable de sus negocios y á donde regrese ordinariamente. Este caso también es de poca importancia por ser muy raro :

" 3ª. Los que no teniendo ni profesión ni residencia fija, llevan una vida errante, y sostienen la existencia por medios nocivos al interés general y peligrosos para la pública seguridad. Esa clase de gente es muy numerosa y uno de los peores azotes de la época actual. " (Savigny. VIII. § 354.)

(2) " Es posible que las huellas del domicilio de origen se hayan perdido y que sean ignoradas hasta por aquel cuyo domicilio se controvierte. Aun cuando el domicilio de origen fuese conocido, es posible que no se haya constituido otro, y que á reputarse que el individuo lo conserve, lo haya abandonado hace mucho tiempo y no tenga ahí ningún género de relaciones. Pregunto si el domicilio, que entonces, á decir verdad, no es sino mera abstracción, una especie de sutileza jurídica, ¿surtiría todos los efectos del domicilio real?.....

" Volvamos á las dos hipótesis.

" Por ejemplo, se trata de un cómico ambulante, de un buhonero, ó de un ebrio que pasa la vida en recorrer de ciudad en ciudad. Su domicilio de origen es del todo ignorado, y talvez nunca lo tuvo. Nació en una posada, de padres de tránsito á una ciudad y que llevaban esa misma vida cosmopolita que él continúa, siguiendo su ejemplo. El domicilio paterno no puede servirnos aquí, y la verdad es que esos individuos no tienen domicilio ni aun según las sutilezas del derecho. (*Idem est non esse aut non apparere.....*)

El domicilio de origen es conocido. Sábese que Pablo nació en

Es de notar que en cuanto al fondo, ó por lo menos en cuanto á los resultados, hay acuerdo entre todos los jurisconsultos; pues nadie pone en duda que cuando no se pueda conocer el domicilio del individuo, se atiende exclusivamente á la residencia.

El Código chileno declara expresa y terminantemente que si un individuo carece de domicilio, entonces se atiende sólo á la residencia; la cual surte todos los efectos del domicilio. Así, en la residencia se proponen las demandas contra el individuo, en ella se abre la sucesión, el juez de la residencia es el que, en caso de desaparecimiento, declara la presunción de muerte, &. &.

Art. 69. Se podrá en un contrato establecer de comun acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales ó estrajudiciales á que diere lugar el mismo contrato (*).

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.
El artículo. 59.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 75.
C. E. 66.

Estrasburgo. Pero hace veinte años que salió de esa ciudad, que rompió todas las relaciones que tenía en ella, que no conserva intereses, ni conoce á nadie. Viaja, recorre el mundo, no se establece en ninguna parte..... ¿ Será cierto que ese domicilio de origen deba considerarse como suyo? ¿Se le notificará ahi válidamente? " (Demolombe. I. 348.)

(*) Locré. III. 424. art. 8.—433. art. 10.—437. 8.—449. 13.—456. 12.—Merlin. Domicile élu. § II.—Dalloz. Domicile élu. 8-10. 14. 32-94.—Toullier. I. 368. 369.—Laurent. II. 104-113.—Delvincourt. I. p. 252. (10. 11.)—Demolombe. I. 371-382.—Zachariae. (M. V.) I. § 88. 92.—Zachariae. (A. R.) I. § 142. 146.—Demante. 140. 140 bis. I.—Duranton. I. 376-382. Marcadé. I. 328. 333.—Huc. I. 393.—Baudry-Lacantinerie. I. 1034-1054.—Freitas. art. 32.—Massé. II. 1008-1010.—Calvo. II. § 666.—Voet. Ad pand. V. I. § 90-92.

C. de N. 111. Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile.

111. Cuando para la ejecución de un acto, se designa como domicilio un lugar distinto del domicilio real, las notificaciones, demandas y demás diligencias concernientes al propio acto, podrán efectuarse en el domicilio designado y ante el juez de tal domicilio.

C. Arg. 101. Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones.

102. La elección de un domicilio implica la extención de la jurisdicción que no pertenecía sino á los jueces del domicilio real de las personas.

P. de G. 46. Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende, sin perjuicio del caso en que las partes hayan convenido, ó una de ellas haya designado, en conformidad á la ley, el lugar en que deben tenerse por domiciliadas para la ejecución de un acto determinado.

C. C. 85.

C. M. 37. Las reglas sobre domicilio establecidas en los artículos que preceden, no privan á las partes del derecho que tienen para fijar el lugar en que deba cumplirse la obligación ó en que deban tenerse por domiciliadas, siempre que la designación no esté prohibida por la ley.

COMENTARIO.

111. Algunos jurisconsultos notables llaman *domicilio electo* al determinado por contrato; pero la denominación más propia, que expresa la idea con toda exactitud, es la de *domicilio convencional*, ya que éste se determina por estipulación de las partes.

La denominación de *domicilio especial*, que se da en el art. 69 del Código chileno, puede inducir á error; pues, como ya lo hemos observado (II. 106), también se *denomina domicilio especial* el que se constituye, según la ley, para asuntos determinados, y que se contrapone al domicilio general, donde concurren las circunstancias puntualizadas en el art. 62.

112. Si bien el domicilio es un derecho importantísimo, ello no obsta á que las partes, en virtud de estipulación, lo renuncien para facilitar la celebración y el cumplimiento de los contratos. Pedro vende un inmueble á Juan, cuyo domicilio está á cien leguas de distancia; y como al vendedor le sería en extremo oneroso que el precio se le pague en el domicilio de Juan, ó litigar ante el juez del mismo domicilio, estipúlase que el domicilio de Pedro lo será de ambos contratantes para todos los efectos así judiciales como extrajudiciales que el mismo contrato surte. Tal pacto es en realidad de verdad un accesorio del contrato, y se sujeta á las reglas de los contratos. De lo cual se deducen las siguientes consecuencias :

1ª. Como todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, también lo es la estipulación concerniente al domicilio convencional. (1)

2ª. Aplícanse á ese pacto las reglas sobre la interpretación de los contratos. Atiéndese, pues, ante todo, á la intención claramente manifestada por las partes : (2)

3ª. Si la elección de domicilio es en beneficio exclusivo de una de las partes, ella puede renunciarla. (3) Luego,

---

(1) " Nótese que según los términos de la regla determinada en materia de contratos por el art. 1134 del Código civil, no puede ponerse en duda que la elección de domicilio es ley para las partes, y que no puede ser revocada sino por su consentimiento mutuo. " (Dalloz. Domicile élu. 76.)

(2) " Según lo expresa el art. 1156 del Código civil, ante todo debe investigarse en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, y por lo mismo los efectos de la elección de domicilio serán más ó menos extensos según la voluntad de las personas que hubieren consentido. Para apreciar esos efectos; es necesario, en caso de dificultades suscitadas á ese respecto, consultar con esmero los términos del contrato, y, para deducir consecuencias relativas á la intención atender á todas las circunstancias. Es indudable que el art. 111, al prescribir que la elección surta el efecto de alterar la jurisdicción y el paraje donde deben efectuarse las notificaciones, se limita á interpretar la voluntad de una de las partes: interpretación que debería ser restrictiva como derogatoria del derecho común. " (Dalloz. Domicile élu. 68.)

(3) " Lo más frecuente es que el domicilio se elija atendiéndose al interés de una de las partes, y salta á la vista que en este caso

en el caso propuesto como ejemplo, si al vendedor le conviniese aceptar la excepción declinatoria, el juez no pudiera inhibirse pretextando que según la convención el juez del domicilio del vendedor es quien debe conocer en la causa:

4ª. Si una de las partes cambia de domicilio, ello no altera en manera alguna la estipulación:

5ª. La elección de domicilio confiere derechos é impone obligaciones no sólo á los contratantes sino también á sus herederos, y aún á las personas á quienes se trasmiten, á título singular, los derechos provenientes del contrato. (4)

---

ella puede renunciar á un beneficio que no se concede sino á su favor. El art. 111 mismo lo supone. Dice que las notificaciones podrán efectuarse en el domicilio convencional y ante el juez de ese domicilio; lo cual manifiesta que pueden también efectuarse en el domicilio real; en otros términos, que aquel en cuyo beneficio se ha estipulado el domicilio puede renunciarlo." (Laurent. II. 112.)

" La elección de domicilio hecha por una de las partes es casi siempre en beneficio de la otra. Constituye entonces para ésta un derecho á que puede renunciar. Esa parte tiene pues la facultad, si lo prefiere, de pedir que las notificaciones, demandas y otras gestiones se efectúen en el domicilio general de su adversario, y de citarle ante el tribunal de su domicilio; lo cual se deduce del art. 111, cuya expresión *podrán* concede una mera facultad, y de lo que dice expresamente en materia de competencia el art. 119, inciso último, del Código de procedimientos." (Baudry-Lacantinerie. I. 1048.)

(4) " El art. 10" (decía Malherbe) " concede á cada individuo el derecho de modificar las reglas generales establecidas por la ley para determinar el domicilio. Pero es necesario que esta modificación se estipule, y no puede surtir efectos sino para la ejecución de ese mismo contrato. Así, el sistema de la ley es siempre uno mismo entre todas las personas que han contratado ó sus sucesores. Y digo *sus sucesores*, porque como el efecto de la estipulación permitida no se limita sólo á los contratantes, es evidente que se trasmite como todas las otras acciones." (Locré. III. 456. 12.)

" La elección de domicilio se trasmite activa y pasivamente á los herederos ú otros sucesores de las partes contratantes. El discurso del Tribuno Malherbe ante el Cuerpo Legislativo no deja ninguna duda, y así lo han reconocido todos los autores." (Dalloz. Domicile élu, 65.)

" La elección de domicilio subsiste aun después de la muerte, cambio de estado ó quiebra de alguna de las partes. Los efectos se trasmiten, activa y pasivamente, á los herederos ú otros suce-

Así, á ceder el vendedor el crédito para el cobro del precio, el cesionario tiene derecho para exigir el pago en el domicilio convencional; y

www.libtool.com.cn

6ª. La elección de domicilio para un caso determinado no se extiende á otros que no sean consecuencia necesaria de tal elección. Síguese, pues, que el pacto de efectuar el pago en un paraje determinado, no lleva consigo estipulación de que la demanda se proponga donde el pago ha de efectuarse. (5) El pago y la demanda son dos actos del todo diversos, que no tienen entre sí ninguna relación y que se sujetan á las reglas que á cada uno le son peculiares. En otros términos, la renuncia del domicilio ha de restringirse á lo estipulado claramente; en todo lo demás subsiste el domicilio, general ó especial, que determina dónde se cumple el contrato, y dónde se deducen las acciones que de él nacen.

113. Los intérpretes del Código de Napoleón investigan si estipulado el domicilio convencional para los efectos del contrato, pueden deducirse ante el juez de ese domicilio las acciones conducentes, bien á la nulidad, bien á la resolución del propio contrato.

La nulidad se refiere, no al cumplimiento del contrato, sino á su insubsistencia. Como el contrato nulo se tiene por no celebrado, la estipulación que designa domicilio para todos los efectos del contrato no confiere jurisdicción al juez de ese domicilio para que conozca en el litigio sobre la nulidad.(6)

---

sores de las partes contratantes. Se trasmiten también á sus acreedores..... " (Zachariae. A. R. I. § 146.)

(5) " La determinación de lugar para el pago no lleva consigo, en materia civil, elección de domicilio en ese lugar para todo cuanto sea ajeno al pago mismo. " (Zachariae. A. R. I. § 146.)

" El determinar para el pago un lugar donde el deudor no está domiciliado, no surte en materia civil elección de domicilio en ese lugar, ni confiere jurisdicción al tribunal de ese lugar para conocer en las controversias que de la convención se originan. En efecto, nada tiene que ver el cumplimiento voluntario de las convenciones con la ejecución forzada; y si el deudor ha convenido en pagar en otro lugar que el de su domicilio, de ahí no se deduce que haya renunciado á la jurisdicción de sus jueces naturales. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1040.)

(6) Puede investigarse si, por ejemplo, las notificaciones, de-

La resolución presupone la validez del contrato, porque proviene de no cumplirse las respectivas obligaciones. Luego, el juez llamado á conocer en el cumplimiento del contrato, sería competente para declararlo resuelto. (7)

La diferencia que acabamos de establecer se funda en la esencial entre la nulidad y la resolución de los contratos. Lo cual no obsta á que pudiera estipularse expresamente que si una de las partes alega la nulidad del contrato, el juez del domicilio convencional será el competente para intervenir en el litigio.

114. La redacción del art. 69: "Se podrá en un contrato establecer un domicilio civil especial", pudiera dar margen á dudar sobre si debe estipularse necesariamente el domi-

---

mandas y otros trámites, conducentes á la nulidad ó rescisión del contrato, podrían efectuarse en el domicilio convencional estipulado en ese contrato para su cumplimiento, y ante el juez de ese domicilio.

" Por la opinión afirmativa puede alegarse que habiéndose propuesto las partes elegir un domicilio especial para todas las dificultades relativas al contrato, debieran referirse necesariamente á la acción de nulidad ó de rescisión que en efecto conciernen al cumplimiento del contrato, por lo mismo que lo impugnan. Pero se ha replicado victoriosamente que la controversia sobre la rescisión del contrato no se comprende en el art. 111; pues como el domicilio no se ha determinado sino para el cumplimiento de la convención y para las acciones á él conducentes, la de rescisión pugna abiertamente con tal objeto. Por otra parte, sería muy singular que la parte que pide la nulidad pudiese prevalerse de las cláusulas de la convención cuya nulidad sostiene." (Dalloz. Domicile élu. 85.)

" Declárase generalmente que las notificaciones, demandas y otros trámites conducentes á la nulidad ó á la rescisión del contrato, no pueden efectuarse en el domicilio convencional, ya porque ellas pugnan con el cumplimiento del contrato, ya porque sería contradictorio que la misma parte que alega la nulidad se fundase en las cláusulas del contrato cuya nulidad pretende." (Baudry-Lacantinerie. I. 1015.)

(7) " La elección de domicilio concede al deudor el derecho de deducir, ante los tribunales del domicilio convencional, la demanda para el cumplimiento del contrato, ó, á falta de cumplimiento, la resolución del mismo." (Zachariae. A. R. I. § 146.)

" La regla debería subsistir para las demandas de resolución que por sí mismas reconocen la validez del contrato." (Baudry-Lacantinerie. I. 1015.)

cilio convencional al celebrarse el contrato. Tal redacción es reminiscencia del art. 111 del Código civil francés; pero no puede revocarse á duda que la estipulación sobre domicilio convencional sería válida aunque fuese posterior al contrato. Lo más natural es que al celebrarse el contrato se constituya el domicilio convencional; pero de ahí no se deduce que ni según el citado art. 111 sea requisito indispensable que el domicilio convencional se establezca necesariamente el celebrarse el contrato. (8) Si, por ejemplo, se suscitan algunas dificultades entre las partes, ¿por qué no pudieran estipular posteriormente que á originarse un litigio el juez de un lugar determinado sea el competente para sustanciarlo y decidirlo? Todas las razones fundamentales que indujeron al legislador á conceder á las partes el derecho de fijar domicilio convencional, militan por la opinión de que éste se puede estipular, bien al celebrarse el contrato, bien posteriormente.

115. Los intérpretes del Código de Napoleón también discuten sobre si puede ser expresa ó tácita la estipulación concerniente al domicilio convencional. Dalloz, (9) Aubry y Rau, (10) Baudry-Lacantinerie, (11) Demolombe, (12) opinan que la estipulación puede ser tácita; Laurent (13)

---

(8) " La elección de domicilio..... puede efectuarse cuando la celebración del contrato ó por convención posterior. " (Zachariae. A. R. I. § 146.)

" La elección de domicilio se efectúa casi siempre al celebrarse el contrato cuyo cumplimiento conduce á facilitar; pero puede también estipularse posteriormente por otro pacto; el cual no forma en realidad sino un solo y mismo contrato con aquel á que se refiere ". (Huc, I. 393).

" La elección de domicilio puede efectuarse en el acto mismo de la celebración del contrato ó posteriormente.

" Según el parecer unánime de los jurisconsultos, los términos del art. 111 deben considerarse á este respecto como puramente enunciativos, y no debe atenderse á las opiniones contrarias manifestadas cuando la discusión: los principios generales prevalecen sobre todas las dudas. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1037.)

(9) Domicile élu. 38.

(10) I. § 146.

(11) I. 1039.

(12) I. 374.

(13) II. 104.

y Huc, (14) que debe ser necesariamente expresa. Nos inclinamos á creer que las partes pueden manifestar su intención aun tácitamente, esto es, que ella se deduzca de todas las circunstancias del contrato. Pero la estipulación tácita no puede deducirse sino cuando se presente con toda claridad.

Si el domicilio convencional es un pacto accesorio, puede constar por escrito ó estipularse á la voz; pero en este caso no se admitiría la prueba testimonial sino conforme á las reglas generales.

116. De la clarísima redacción del art. 69 deducimos que no es lícito elegir *dos* ó *más* domicilios para el cumplimiento de un mismo contrato, ni menos renunciar el domicilio de una manera general y absoluta. *Un domicilio civil especial* es todo lo que puede elegirse; pues si se concediese á las partes la facultad de elegir dos ó más domicilios, equivaldría ello á la renuncia general y absoluta, que convirtiéndose en fórmula de todos los contratos, y principalmente en el de mutuo, los deudores serían víctimas de la rapacidad del acreedor.

A este caso es aplicable el art. 12, según el cual es permitida la renuncia de los derechos conferidos en beneficio exclusivo del renunciante, á menos que la ley prohiba la renuncia. Ahora bien, la redacción del art. 69, insistimos en ello, restringe sobre modo la facultad de renunciarlos, compeliendo á las partes á que determinen un solo domicilio, y conminándolas con la nulidad de la elección de dos ó más domicilios.

117. Tampoco puede surtir efecto alguno la renuncia general de domicilio, fórmula frecuente en las escrituras otorgadas por los escribanos, tan aferrados á las corruptelas, y especialmente á las que alargan las escrituras públicas.

Los Códigos ecuatorianos de enjuiciamientos, en que se ha permitido la renuncia general del domicilio, se hallan en la más abierta pugna con el artículo que comentamos, (idéntico al art. 66 del Código civil ecuatoriano), y manifiestan en los legisladores ó bien absoluta ignorancia de sistema del Código civil en cuanto al domicilio, ó bien que

---

(14) I. 393.

de propósito se ha querido derogar el art. 66, preciosísima garantía de todos los ciudadanos, y que se ha derogado para facilitar que los usureros persigan á sus deudores.

La historia fidedigna de muchos artículos de nuestros Códigos de enjuiciamientos, digámoslo una vez por todas, consiste en las maquinaciones de ciertos senadores y diputados, á quienes los otros han querido favorecer con mengua de los principios y de los derechos del pueblo.

118. Observemos, al concluír, que el art. 69 del Código chileno es más claro y más completo que el 111 del Código de Napoleón; pues el tenor literal de este último manifiesta que los redactores se refirieron sólo á los efectos que en juicio surte el contrato; los cuales, á no dudarlo, tienen menor importancia que los concernientes al cumplimiento mismo de la obligación, prescindiéndose de las acciones que de ella nacen. Pero acaso convenga expresar que según el Código de Napoleón no se ha prohibido estipular un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato. Diéronse reglas en cuanto al domicilio convencional relativo á las demandas que deben proponerse ante el juez del domicilio convencional; pero de ahí no se deduce que no pueda estipularse que las obligaciones se cumplan en un lugar determinado. Tratándose de las obligaciones de dar ó hacer, el principal de los efectos que ellas surten consiste en el pago, y el art. 1247 del propio Código declara que el pago debe efectuarse en el lugar determinado por la convención.

Art. 70. El domicilio parroquial, municipal, provincial ó relativo a cualquier otra seccion del territorio, se determina principalmente por las leyes i ordenanzas que constituyen derechos i obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía i administracion en las respectivas parroquias, comunidades, provincias, etc., i se adquiere ó pierde conforme á dichas leyes ú ordenanzas. Á falta de disposiciones especiales en dichas leyes ú ordenanzas, se adquiere ó pierde según las reglas de este título. (*)

(*) Locré. III. 405. 3-5.—404. art. 6.—413. 5.—414. 10. art.

REFERENCIAS.

www.libreriaelmoro.com

Domicilio. 59. 62.
Derechos. 576.
Obligaciones. 1437.
El artículo. 4.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 73.

C. E. 67. El domicilio parroquial, cantonal, provincial ó relativo á cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, &c.; y se adquiere ó pierde conforme á dichas leyes ó decretos. Á falta de disposiciones especiales en dichas leyes ó decretos, se adquiere ó pierde según las reglas de este título.

COMENTARIO.

119. El título del domicilio es, á no dudarlo, uno de los más imperfectos del Código chileno, y desdice del talento eminentemente ecléctico de D. Andrés Bello. El art. 70 bastaría para sacarnos verdaderos; pues envuelve la más extraña confusión entre el ejercicio de los derechos políticos, la acción administrativa y el domicilio civil. El domicilio político, esto es, aquel donde el ciudadano ejerce los derechos políticos, debe determinarse por reglas que sólo atañen al derecho de elegir y ser elegido. Todos los pueblos donde los ciudadanos ejercen la soberanía, dan grande importancia al derecho electoral, activo ó pasivo, y prescriben reglas para que el primero no pueda ejercerse sino en un lugar determinado. Una buena ley de elecciones debe disponer que ningún ciudadano sea elector sino cuando se ha inscrito en un registro, y ha permanecido en cierta sección territorial por lo menos un año; pues sólo así se evita que un mismo ciudadano sufrague en dos ó más secciones territoriales. Todo esto es ajeno del domicilio civil, donde se ejercen diariamente los derechos civiles, y dond-

---

23.—113. 9.—Toullier. I. 256.—Delvincourt. I. pág. 249. (2).—Baudry-Lacantinerie. I. 966.

al individuo se le exige en juicio el cumplimiento de sus obligaciones. (1)

www.libtool.com.cn

---

(1) Importantísima es la discusión que hubo acerca de este punto en el Consejo de Estado, cuando se examinaban los arts. 1° y 2° del primer proyecto sobre el título del domicilio del Código de Napoleón. Estos artículos decían:

"Art. 1er. Les conditions et les effets du domicile, relativement à l'exercice des droits et des actions civiles, dépendront uniquement de la loi civile.

"Art. 2. Le domicile considéré sous ce rapport, sera, pour tout individu français, le lieu où il a son principal établissement".

"Discútense los arts. 1° y 2°.

"M. Emmery dice que la comisión no se ha propuesto determinar en este artículo sino un punto, esto es, que el domicilio civil no es esencialmente el mismo que el domicilio político. El artículo siguiente es el que declara la unidad de domicilio; pero si se quiere expresar de una manera más clara, en el art. 2 es donde debe comprenderse la definición. La comisión no la ha suprimido sino para evitar repeticiones.....

"Lo observado por los tribunales ha contribuído mucho á que la comisión no acepte el parecer de los redactores. Discutido su sistema, reconoce que además del inconveniente de no poder aplicarse él sino á los ciudadanos activos, presenta dificultades que lo harían inaplicable aun á algunos de los mismos. En efecto, el art. 2° de la Constitución declara ciudadano francés á toda persona que, nacida en Francia y de edad de veinticinco años, se ha inscrito en el registro cívico de su cantón. El art. 6 no le permite sin embargo el ejercicio del derecho de ciudadanía en el distrito comunal sino cuando ha adquirido domicilio en él por un año de residencia, y no lo hubiere perdido por otro de ausencia. Luego, un individuo puede ser ciudadano francés sin que tenga domicilio político. Eso es lo que pasa con el que se halla inscrito en una parroquia, y que, después de haber establecido su domicilio en otra, lo deja sin adquirir uno nuevo. De ahí proviniera que las controversias sobre domicilio político serían incidentes de los procesos sobre el domicilio civil, y que los tribunales las decidieran; lo cual acarrearía gravísimas dificultades.

"M. Tronchet resume la cuestión, á saber, si en cuanto al domicilio deben fijarse varias reglas, ó una sola común á todos.

"Juzga que una sola basta, y que declarándose que un individuo ene su domicilio civil en el lugar donde se halla inscrito para ercer los derechos políticos, se obvian infinidad de dificultades, ue la comisión misma reconoce al proponer medios para deterinar la intención. Cierto que hubiera dudas respecto de algunos

Lo administrativo atañe así á la policía como á la recaudación de los impuestos destinados al erario ó á las municipalidades. ¿Hay relación entre lo administrativo propiamente dicho y el ejercicio de los derechos civiles?

www.libtool.com.cn

Que á falta de otras circunstancias, el domicilio político ó el domicilio que pudiéramos llamar administrativo influya en la determinación del domicilio civil, esto es, que tal domicilio sea uno de los datos que conduzcan á determinarlo, es muy conforme á los principios; pues, como ya lo hemos visto, (II. 89) al tratarse de determinar el domicilio civil sólo se investiga si la residencia está acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Pero que se atienda sólo á las leyes políticas ó administrativas para determinar el domicilio civil es, á nuestro ver, un absurdo inconcebible.

La ciencia y la utilidad claman, pues, por la supresión del art. 70.

Pero mientras no se suprima, los jueces tienen de aplicarlo, y las leyes electorales ó de policía prevalecen sobre los arts. 59, 62 y 67.

§ III.

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

120. El domicilio de la mujer casada, de los menores ú otros que viven bajo patria potestad, tutela ó curaduría, y

---

ciudadanos; pero se obtendría mucho haciéndolas cesar respecto de la mayor parte.

"M. Emmery observa que la Constitución exige imperiosamente un año de residencia para adquirir el domicilio político, y que es imposible ni suponer que se pueda cambiar en una hora.

"Añade que un individuo puede ser ciudadano activo sin haber tenido en toda su vida domicilio político. ¿Y dónde se citaría á un individuo que se hallase en esa situación, si su domicilio político y su domicilio civil debiesen ser necesariamente uno mismo? Con la Constitución en la mano dedujera la excepción declinatoria ante todos los tribunales.....

"Vótase, y se niega la proposición de que el *domicilio político* determine el domicilio civil." (Locré. III. 405. 2-5.)

el de los criados ó dependientes, se ha denominado *domicilio necesario*, contraponiéndole al domicilio que se constituye por la mera voluntad de las personas.

www.libtool.com.cn

Acaso no era conveniente tratar en parágrafos separados del domicilio voluntario y del domicilio necesario ó legal; pero ello sólo se refiere al método, no á la esencia misma de las disposiciones.

Art. 71. La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido mientras éste resida en Chile. (*)

REFERENCIAS.

No divorciada. 163. 170. 149. 1764.
El domicilio del marido. 43. 59. 61. 133. 136. 159.
El artículo. 154.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 68. La mujer casada sigue el domicilio del marido. Con todo, el domicilio de la mujer divorciada ó separada de bienes se determinará según las reglas jenerales, en lo relativo á los bienes que separadamente administre (a).

69. La mujer casada que administre alguna parte de sus bienes ó los del marido en el territorio de la República, i cuyo marido resida en país extranjero, se reputará domiciliada en el territorio de la República, relativamente á los bienes que en dicho territorio administre, i se determinará su domicilio civil según los precedentes artículos.

(*) Savigny. VIII. § 353.—Locré. III. 429. art. 5.—432. art. 7.—437. 6.—448. 12.—455. 9. 10.—Pothier. Int. aux Cou. 10. 12.—Pothier. D. L. I. 24.—Merlin. Domicile. § V. n. I.—Dalloz. Domicile. 57. 59. 180.—Interdiction. 174.—Mariage. 747.—Laurent II. 84. 85.—Demolombe. I. 357. 358.—Delvincourt. I. pág. 251 (5)—Zachariae. (M. V.) I. § 89.—Zachariae. (A. R.) I. § 143.—Duranton. I. 361-366.—Marcadé. I. 322.—Demante. I. 137. 137 bis.—Huc. I. 382-386.—Baudry-Lacantinerie. I. 977-985.—Freitas. art. 176.—Foelix. I. 35. 40.—Phillimore. IV. LXXIII-LXXXVIII.—Story. § 46.—Wharton. § 43-46.—Calvo. II. § 659.

(a) La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido. (Art. 68 del Proyecto Inédito).

C. E. 68. La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste resida en el Ecuador.

www.libtool.com.cn

C. de N. 108. La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari.....

108. La mujer casada no tiene otro domicilio que el del marido.....

C. Arg. 90. 9°. La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido mientras no se establezca en otra parte.

P. de G. 42..... La mujer casada tiene el domicilio de su marido no estando divorciada.....

C. C. 87. La mujer casada sigue el domicilio del marido.

C. P. 50. La muger casada tiene por domicilio el de su marido...

C. M. 32. El domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste: si estuviere separada, se sujetará á las reglas establecidas en los artículos anteriores.

35. La mujer y los hijos del sentenciado á confinamiento, que no le acompañaren al lugar de su condena, no tendrán por domicilio el del marido y padre, sino el suyo propio conforme á las reglas establecidas en los artículos anteriores.

C. de la L. 48. (El 108 del Código de Napoleón.)

D. V. I. 65. Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est; nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

65. La muger debe pedir su dote donde el marido tuvo su domicilio, y no donde se hizo la carta de dote, porque este no es especie de contrato, que convenga atender al lugar en el cual se hizo la carta de dote, más bien que á aquel á cuyo domicilio había de pasar la misma muger, por la condición del matrimonio.

XXIII. II. 5. Mulierem absenti per literas eius, vel per nuntium posse nubere pla-

5. Es común opinión, que la muger se puede casar con el ausente, ó por cartas

cet, si in domum eius deduceretur; eam vero, quae abesset, ex literis vel nuntio suo duci a marito non posse, deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.

L. I. 22. § I. Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae; sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur.

38. § 3. Item rescripserunt, mulierem, quamdiu nupta est, incolam eiusdem civitatis videri, cuius maritus eius est, et ibi unde originem trahit, non cogi muneribus fungi.

suyas, ó por nuncio, si es llevada á la casa del marido; pero la que estuviere ausente, no se puede llevar á la casa del marido por carta ó nuncio; porque se ha de llevar á casa del marido, y no á la de la muger, como domicilio de los que contrajeron matrimonio.

22. § I. La muger viuda retiene el domicilio de su marido difunto, así como la que se hizo clarísima por el marido; pero uno y otro lo pierde la que contrae segundo matrimonio.

38. § 3. También respondieron, que la muger durante el matrimonio tiene su domicilio en el del marido, y que no está obligada á las cargas del lugar de donde es originaria.

COMENTARIO.

121. El domicilio de la mujer es el que tiene el marido, á menos que ella esté en alguno de los dos siguientes casos:

1° Que se hubiere divorciado; y

2° Que resida en Chile y el marido en nación extranjera.

122. La regla general de que el domicilio del marido es también el de la mujer, se deduce de la naturaleza misma del matrimonio; pues aquél es el jefe de la familia y el representante legal de su esposa; la cual debe obedecerle y seguirle á dondequiera que él resida. (1)

---

(1) "El domicilio de una persona es también el de su mujer. Como la mujer pasa á la potestad del marido, desde el instante de la celebración del matrimonio cesa, por decirlo así, de tener *propriam personam*, y no constituye sino una misma persona con su marido. Pierde desde ese instante su domicilio, el de su marido es el suyo, y está sujeta desde entonces á los estatutos per-

123 El domicilio constituído por los cónyuges se llama domicilio matrimonial.

El domicilio matrimonial se ha establecido siempre de una misma manera entre los pueblos cultos; y las disposiciones del Código de Napoleón, copiadas por D. Andrés Bello en el artículo que comentamos, no son sino reflejo de las leyes romanas.

Por el ministerio de la ley adquiere la mujer el domicilio matrimonial. De manera que si la misma fallece antes de llegar al nuevo domicilio, en éste se abre la sucesión de la mujer. (2)

---

sonales del mismo domicilio, aunque á éste no haya llegado. " (Pothier. I. C. 10.)

" La mujer casada " (decía Mouricault) " que tiene el deber de vivir con el marido, que no puede separarse legítimamente de él sino por divorcio ó por la muerte, que puede ser compelida á unirse al marido cuando le ha dejado, que, por tanto, no puede tener residencia distinta sino por una especie de delito de su parte ó por tolerancia momentánea del marido; la mujer casada, decimos, no tiene otro domicilio legal que el domicilio del marido. " (Locré. 448. 12.)

" Esta regla " (la del artículo 108) " redactada en los términos más absolutos, no parece susceptible de interpretación restrictiva. Así, es indudable que se aplica, ya cuando, por cualesquiera circunstancias, la mujer no hubiere habitado nunca el domicilio del marido, ya cuando ella hubiere obtenido de éste consentimiento expreso para que constituyese domicilio.

" La residencia separada de la mujer no pudiera ser considerada, en ambos casos, sino como consecuencia de una especie de delito de su parte ó de una tolerancia momentánea del marido. " (Dalloz. Domicile. 58.)

(2) " La mujer casada no tiene otro domicilio que el del marido. ¿Dónde está, en efecto, su principal establecimiento sino en el domicilio del marido? ¿Dónde debe tener intención de permanecer siempre sino en casa del marido y con el marido?

" Tal es la presunción legal, que no admite prueba en contrario en cuanto á los hechos ni á la intención.

" Así, una mujer actualmente domiciliada en Lyon se casa con un hombre domiciliado en París. Desde el día mismo de la celebración del matrimonio, el domicilio de la mujer se traslada á París por el ministerio de la ley; y aun cuando muriese ella en Lyon, sin haberse trasladado á París, su domicilio estaría en París, donde se abriera la sucesión. " (Demolombe. I. 357.)

" Por el ministerio de la ley, y como efecto del matrimonio, la

124. Cuando el marido y la mujer viven separados sin divorcio, la potestad marital continúa, y sean cuales fueren las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges, no alteran ellas la regla establecida por la ley en cuanto al domicilio. (3) Si, por ejemplo, el marido vive en Santiago y la mujer en Valparaíso; y si aquél la hubiere autorizado para administrar sus bienes ó para celebrar todo género de contratos, el domicilio de la mujer continúa en Santiago, y ahí es donde deben seguirse los litigios, aun cuando la autorización lleve consigo la facultad de constituír nuevo domicilio; pues que el domicilio matrimonial es uno de los efectos que, consecuencia del matrimonio, conforme al art. 1717 no pueden alterarse en las capitulaciones matrimoniales ni menos por convenciones posteriores.

125. La viuda retiene el domicilio matrimonial mientras no establezca otro. (4)

---

mujer adquiere el domicilio del marido, sin que sea necesario que se traslade ella al lugar donde el marido está domiciliado. La sucesión de la misma se abriría pues en ese lugar, aun cuando en él no hubiese estado nunca." (Baudry-Lacantinerie. I. 978.)

(3) "El art. 108 declara que la mujer casada no tiene otro domicilio que el del marido. Ese domicilio legal resulta de la naturaleza del matrimonio y de la posición que él establece en cuanto á la mujer casada. Según los términos del art. 214, la mujer está obligada á vivir con el marido y á seguirle á dondequiera que él resida. Luego, la mujer tiene legalmente su residencia donde habita el marido y no puede tener otra. Es verdad que los esposos pueden convenir en que tendrán una habitación diferente, pero ese acuerdo no puede derogar el art. 212, por cuanto es de orden público la obligación legal de que la mujer habite con el marido. De derecho tiene, pues, la mujer su residencia donde habita el marido, y el derecho prevalece aquí sobre el hecho, pues tratándose del orden público no puede estipularse contra la ley: tal hecho es nulo y por lo mismo no surte efecto." (Laurent. II. 84.)

(4) "El principio de los romanos, de los escritores del continente, de los de esta nación" (Inglaterra) "y de los de América, consiste en que así como la mujer adquiere el rango social del marido, adquiere también el domicilio del mismo; y la viuda lo conserva, por analogía, después de la muerte del marido. Si la viuda pasa á segundas nupcias, su domicilio será el del nuevo marido, y, según las leyes canónicas, tiene derecho á ser enterrada en el domicilio perteneciente á su último marido." (Phillimore. IV. LXXIV.)

126. La separación de bienes se limita á disolver la sociedad conyugal, y deja subsistentes todos los demás efectos civiles del matrimonio : la mujer debe habitar con el marido, obedecerle, y es representada por él en todo cuanto no se refiera á la administración de los bienes. (5)

127. Cuando el marido se halla en interdicción por demencia ó por prodigalidad, síguense las reglas generales para determinar el domicilio de la mujer; y debemos distinguir dos casos :

1°. Si la curaduría del marido se confiere á la mujer; y

2°. Si se confiere ella á otra persona.

Cuando el marido se halla en interdicción por demencia, aplícanse las reglas puntualizadas en los arts. 462,463 y 1758 (a). Entonces la mujer no sólo es curadora del ma-

---

(5) " Ni la separación de bienes, ni el litigio entre los cónyuges exonera de la cohabitación. Así, se ha resuelto : 1° Que la mujer está obligada á vivir con el marido, aunque éste se halle en quiebra y pueda ser reducido á prisión : 2° Que la separación de bienes no menoscaba la autoridad marital, y que por lo mismo la mujer separada debe seguir á su marido á dondequiera que él habite." (Dalloz. Mariage. 747.)

" Ni la separación judicial, ni la estipulada en las capitulaciones matrimoniales exonera á la mujer de habitar con el marido ni la liberta de la potestad marital. " (Laurent. II. 84.)

" La mujer separada de bienes, como obligada á residir con el marido, conserva necesariamente el domicilio de él. " (Baudry-Lacantinerie. I. 981.)

(a) Art. 462.....

1° Á su cónyuje no divorciado; pero si la mujer demente estuviere separada de bienes, según los arts. 155 i 166, se dará al marido curador adjunto para la administración de aquellos á que se estienda la separación.....

Art. 463. La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal, i la guarda de sus hijos menores.

Si por su menor edad ú otro impedimento no se le difiere la curaduría de su marido demente, podrá á su arbitrio, luego que cese el impedimento, pedir esta curaduría ó la separación de bienes.

Art. 1758. La mujer que en el caso de interdicción del marido, ó por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, ó curadora de sus bie-

rido, sino que administra la sociedad conyugal. Luego, en este caso especialísimo, lejos de seguir la mujer el domicilio del marido, éste, como pupilo, es quien sigue el domicilio del guardador. Las disposiciones que acabamos de citar, combinadas con la segunda parte del art. 72, son tan claras que ni por un instante puede ponerse en duda que mientras subsista la demencia del marido, la mujer puede alterar á su arbitrio el domicilio matrimonial.

El otro caso tampoco suscita dudas; pues el domicilio de la mujer siempre está en el del marido, y se determina por el del curador. La regla general, que nos da el art. 71, consiste en que la mujer tiene el domicilio del marido mientras éste resida en Chile; y esa regla no comporta otras excepciones que las establecidas por la ley taxativamente. Ahora bien, lejos de establecerlas, hay reglas especiales que confirman la regla general. Según el art. 450 la mujer no puede ser curadora de su marido disipador; pero si fuere mayor de veinticinco años, ó después de la interdicción los cumpliere, tiene derecho para pedir separación de bienes. Según el art. 449, el curador del marido disipador administra la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista; y según el art. 1762, la mujer que no quisiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal ni someterse á la dirección de un curador, puede pedir la separación de bienes. De manera que á virtud de estas disposiciones, cuyo tenor y espíritu no originan ni la más leve duda, cuando se nombra al marido un curador á causa de prodigalidad ó demencia, la mujer tiene perfecto derecho para pedir separación de bienes; pero como ésta, insistimos en ello, deja subsistentes las obligaciones que en cuanto á la persona misma contrae la mujer respecto del marido, entre las cuales se cuentan la de vivir con él y la de seguirle á dondequiera que traslade su residencia; aun entonces tiene la mujer el mismo domicilio que el marido.

---

nes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal.

Si por incapacidad ó escusa de la mujer se encargaren estas curadurías á otra persona, dirijirá el curador la administración de la sociedad conyugal.

Estas reglas, que en el Código chileno son claras, precisas y completas, no lo son tanto en el Código de Napoleón, y de ahí proviene que los más notables de sus expositores se hallen divergentes; pues unos opinan que si el marido está en interdicción, el domicilio matrimonial se determina por el del guardador, bien la guarda del marido se confiera á la mujer, bien se confiera á otra persona; (6) y otros, que el domicilio matrimonial continúa el mismo, sin que le sea potestativo al guardador alterarlo. (7)

---

(6) " De la regla que el mayor en interdicción tiene domicilio en el del guardador, se sigue que si la mujer es curadora del marido interdicto, como puede serlo conforme al art. 507 del Código civil, (a) su domicilio, al contrario de lo que sucede ordinariamente, determinaría el domicilio del marido.

" Por otra parte, combinándose este principio con la regla de que la mujer casada no tiene otro domicilio que el del marido, se deduce la consecuencia de que si otra persona, mas no la mujer, hubiere sido nombrada guardadora del marido interdicto, el domicilio del guardador será el de la mujer; tanto más cuanto ninguna ley habilita á la mujer en este caso especial, para adquirir en otro lugar domicilio separado." (Dalloz. Domicile. 92.)

" La aplicación del art. 108 origina difficultades cuando la persona que está en interdicción es casada. Primeramente, á nombrarse á la mujer, conforme al art. 507, curadora de su marido interdicto, ¿dónde tiene éste el domicilio? Opinan generalmente que ese domicilio está en el de la mujer, la cual ha recuperado el derecho de determinar libremente su domicilio; de manera que, por un notable cambio de las reglas ordinarias, el domicilio de la mujer es el que determina el del marido.

" Pero si el marido interdicto se halla bajo curaduría que no es la de la mujer, ¿dónde está el domicilio de la mujer? Según nos parece, en el domicilio del curador del marido, porque ella no tiene otro domicilio que el del marido, y el domicilio de éste es el de su guardador. " (Baudry-Lacantinerie. I. 997, 998.)

(7) " La obligación de tener con el marido un domicilio común, traducción vulgar de la *individuae vitae consuetudo*, extínguese para la mujer en el caso de interdicción del marido

---

(a) La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille. (Código de Napoleón, art. 507.)

128. Passemos ya á las excepciones establecidas por el art. 71 :

www.libtool.com.cn

1ª. Si la mujer está divorciada; y

---

por causa de demencia, si otra persona, mas no la mujer, es nombrada guardadora del marido.

' La mujer casada no tiene otro domicilio que el del marido :

' El domicilio del marido interdicto es el de su guardador :

' Luego, la mujer tiene su domicilio en el del marido '.

" Demolombe, que forma tal silogismo, lo declara en regla.

" Esto es lo que debemos investigar, y para ello determinemos ante todo la extensión y el significado de la regla que determina como domicilio del menor y del interdicto el domicilio del guardador.

" El espíritu de la ley consiste en que los incapaces tengan su domicilio en el de la persona que, administrando los bienes y dirigiendo los negocios de ellos, los representa en todos los actos de la vida civil.....

" ¿Pero á quién se ha querido favorecer al fijar esta regla? En cuanto al incapaz, no hay ningún inconveniente, y talvez tampoco ventaja, en que conserve el domicilio que era el suyo cuando principió la guarda ó cuando se declaró la interdicción. Ese domicilio, en efecto, era probablemente el asiento y el centro de sus negocios. Pero lo que carecía de inconvenientes en cuanto al incapaz, podía, al contrario, ser muy engorroso para el guardador que tuviese su domicilio en otro lugar. Para administrar los bienes del pupilo el guardador estuviera expuesto á continuas mutaciones y á litigar ante jueces que no son los suyos. Luego, para que la tutela fuese menos onerosa, era necesario decidir que el incapaz tuviese su domicilio en el del curador, y atendiéndose sólo á los intereses de éste, fija el Código como regla práctica que el incapaz tenga su domicilio en el del guardador.

" ¿Pero dedúcese de ahí que debe procederse como si el incapaz hubiese perdido absolutamente el domicilio que era el suyo cuando principió la tutela ó se declaró la interdicción?

" Pothier decía : ' Los menores están en casa de su tutor como en una casa extraña; no están en ella sino *ad tempus*, mientras dure la guarda; por consiguiente, el domicilio del guardador no es su verdadero domicilio, y se reputa que no tienen otro domicilio que el paterno '. Si bien la conclusión que se deduce de este passaje no puede aceptarse hoy conforme al art. 108, la observación principal de Pothier es exacta, y basta para manifestar que el domicilio de los incapaces en el de su guardador debe considerarse más bien como una especie de domicilio electo, determinado por la ley, que como

2ª. Si el marido no reside en Chile.

Aunque el divorcio deja subsistente el vínculo del matrimonio, cesan casi todos los efectos civiles que el ma-

www.libtool.com.cn

---

un domicilio nuevamente adquirido para reemplazar el domicilio anterior que ya no subsiste.

" Ahora bien, en cuanto á la mujer es un derecho al mismo tiempo que una obligación conservar un domicilio común con el marido. La interdicción del marido, ¿por qué extinguiera el derecho de la mujer á conservar el domicilio que era el suyo cuando la interdicción principió á surtir sus efectos? No podría haber duda sino en caso que el domicilio matrimonial fuese, por decirlo así, absorbido por el del curador. " (Huc. I. 383. 384. 386.)

" Cuando el marido puesto en interdicción se halla bajo curaduría, sigue entonces el domicilio de su curador. ¿ Cuál será, en este caso, el domicilio de la mujer? Generalmente se distingue. Si la mujer es nombrada curadora, en su domicilio está el del marido, y ella puede cambiar de domicilio según el derecho común. La mujer casada tendrá, pues, en este caso, por excepción, un domicilio propio. Mas si un extraño es nombrado curador, el domicilio de éste será el del marido, y por consiguiente el de la mujer. Esta opinión nos parece muy dudosa. Cuando la mujer es nombrada tutora del marido en interdicción, hay conflicto entre dos domicilios legales : el de la mujer casada es el del marido, el de éste, el de su tutor. Entonces, ¿cuál debe prevalecer? El que tiene una causa permanente. Ahora bien, la causa permanente es el matrimonio. La interdicción del marido no impide que la mujer se halle bajo potestad marital; por consiguiente su domicilio debe ser el del marido. La ley misma acepta este principio. ¿Por qué declara implícitamente el art. 109 que el menor que sirve en casa de otro conserva su domicilio legal en el del padre? Porque ese domicilio legal tiene una causa permanente, y el servicio no lo destruye. Por analogía debe decidirse, á nuestro ver, que el domicilio conferido á la mujer por el matrimonio no cesa por la interdicción del marido. Si el marido no se halla bajo la guarda de la mujer, ¿por qué razón seguirá ella el domicilio del tutor? Hay nuevo conflicto, y debe investigarse cuál de los dos domicilios legales prevalece. La razón es la misma. En efecto, la interdicción del marido deja subsistente la potestad marital; no hay más diferencia que el tribunal autorizará á la mujer en vez del marido. El asiento legal de los negocios de la mujer es el domicilio legal del marido y no el del guardador. Luego, el domicilio del marido prevalece sobre el domicilio del guardador. " (Laurent. II. 99.)

trimonio surte; pues la mujer no está entonces obligada á vivir con el marido, ni éste administra sus bienes, ni es en ningún caso su representante legal. No subsisten, pues, los motivos de donde se deduce que el domicilio de la mujer es el del marido, y entonces tiene ella perfectísimo derecho para elegir libremente su domicilio. (8)

129. La segunda excepción no es conforme á los principios. (9)

---

(8) " No conozco ningún caso decidido en Inglaterra acerca del domicilio de la mujer divorciada *a mensa et thoro;* pero conforme á los principios me parece que no hubiera duda de que así en Inglaterra como en Francia el domicilio de la mujer no sería el del marido, sino el que ella elija después del divorcio. " (Phillimore. IV. LXXI.)

" La separación efectuada por la ley separa también el domicilio, y á cada una de las partes deja en libertad para elegirlo. Este es el caso del divorcio *a mensa et thoro.* " (Wharton. § 46.)

(9) " La unidad del domicilio no se destruye cuando un marido francés se naturaliza en nación extranjera. La mujer, aúnque conserve la nacionalidad francesa, no se liberta en este caso de la obligación de seguir á su marido á donde quiera que él juzgue conveniente residir; esto es, de la obligación de tener con su marido un establecimiento principal común. " (Huc. I. 382.)

" En nuestro concepto la mujer no puede tener otro domicilio que el del marido, aun cuando éste hubiere perdido la nacionalidad francesa y ella la conserve. El cambio de nacionalidad del marido no surte efecto en cuanto á la obligación que tiene la mujer de habitar con él, obligación cuya consecuencia es la unidad de domicilio. " (Beaudry-Lacantinerie. I. 982.)

Después de haber expuesto Demangeat, que la naturalización del marido francés en Estado extranjero no lleva consigo la de la mujer, añade : " Las dificultades provenientes del conflicto entre la ley del marido y la ley de la mujer no se presentan necesariamente como consecuencia de la opinión que sostengo. En efecto, si el marido no puede privar de su nacionalidad á la mujer, puede compelerla á cambiar de domicilio : a mujer casada, salvo el caso de divorcio, no tiene otro domicilio que el del marido. " (Anotaciones á Foelix. 40 (a).)

(a) " Cuando el marido después del matrimonio emigra á otra ación donde no está el domicilio matrimonial, controviértese i la mujer pierde ese domicilio. La opinión de Foelix es afir-

Cuando el marido reside por corto ó largo tiempo en otra nación, sin ánimo de avecindarse en ella, conserva el domicilio primitivo, y no se presenta ninguna dificultad. Si el marido se domicilia en nación extranjera, y la mujer continúa en Chile, deben distinguirse dos casos :

1°. Si el marido consiente en que la mujer permanezca en Chile; y

2°. Si la mujer continúa en Chile contra la voluntad del marido.

En el primer caso, del todo excepcional, el legislador respeta los motivos que han inducido á los cónyuges á establecerse en distintas naciones, y la mujer continúa en el primitivo domicilio. Pero como esa separación de hecho deja subsistente la sociedad conyugal, el marido administra los bienes sociales y es el representante legal de la mujer; la cual no puede ejecutar actos ni celebrar contratos sino autorizada por el marido, ó, en su caso, por el juez. Luego, la mujer no fuera libre para establecer nuevo domicilio.

Si el marido ha trasladado su domicilio á otra nación, y la mujer, contra la voluntad del marido, continúa viviendo en Chile, entonces no hay razón alguna para que ella tenga domicilio en esta nación. Como consecuencia de la naturaleza misma del matrimonio, declara la ley, lo repetimos, que la mujer debe vivir con el marido, y seguirle á dondequiera que él traslade su domicilio.

Luego, del sistema del Código chileno se deduce que el hecho ilegal de permanecer la mujer en Chile contra la voluntad del marido, surte el efecto de conferirle á ella el derecho de constituír un domicilio distinto del de el marido. Parece, pues, de todo punto necesario reformar el art. 71, disponiéndose que la mujer no divorciada tenga siempre por domicilio el del marido.

Pero nótese que la regla de que la mujer conserva en

---

mativa y la de Demangeat, que sigue á otros escritores franceses, negativa. Bien la mujer emigre con el marido, bien no emigre, es evidente que adquiere ella el domicilio matrimonial. Tampoco puede ponerse en duda que si la mujer rehusa seguirle, eso constituye una falta, en que puede fundarse el marido para suscitar juicio de divorcio. " (Wharton. § 45.)

Chile el domicilio, no modifica aquella según la cual la mujer está obligada á seguir al marido aun á nación extranjera. El marido, para el ejercicio de este derecho, podría valerse de todos los medios que la ley le franquea. Si la mujer tuviese en Chile bienes propios, el marido podría constituír un mandatario para que los administre, y aun privarla de los alimentos necesarios mientras no se traslade ella al nuevo domicilio del marido.

www.libtool.com.cl

Art. 72. El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, i el que se halla bajo tutela ó curaduría, el de su tutor ó curador. (*)

REFERENCIAS.

Patria potestad. 240.
Domicilio paterno. 59. 61. 43. 258. 259.
El que se halla bajo tutela ó curaduría, el de su tutor ó curador. 338. 341. 342. 43. 390.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 70. El que vive bajo patria potestad, sigue el domicilio paterno, mientras con el consentimiento de su padre no constituya domicilio distinto.

71. El domicilio del que vive bajo tutela ó curaduría, es el de su tutor o curador.

C. E. 69.

C. de N. 108..... Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère	108..... El menor no emancipado tendrá su domicilio en el de su padre y madre

---

(*) Savigny. VIII. § 353. 358. 359.—Locré. III. 404. art. 7.-459. art. 5.-432. art. 7.-437. 6.-441. 4.-448. 12.—Pothier. (I. G.) 11. 12. 17.—Merlin. Domicile. § V. n. I. II.—Dalloz. Domicile. -94.—Delvincourt. I. p. 49 (4).—Laurent. II. 86-89.—Zachae. (M. V.) I. § 89.—Zachariae. (A. R.) I. § 143.—Demolombe. 356-363.—Duranton. I. 355.—Demante. I. 137 bis. II-VI.—ic. I. 384-389.—Baudry-Lacantinerie. I. 986-1000.—Freitas. t. 176. Phillimore. IV. LXXXIX-CXXXII.—Story. § 46. 505. c. 6.—Wharton. § 35-42. 52. 53.—Calvo. II. § 657. 660.

ou tuteur : le majeur interdit aura le sien chez son tuteur.

ó tutor; el mayor que está en interdicción tendrá el suyo en el de su tutor.

www.libtool.com.cn

C. Arg. 90.....

6°. Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes.....

P. de G. 42. El hijo de familia, no emancipado, tiene el domicilio del padre ó madre á cuya potestad se halla sujeto, y á falta de ambos, el de su tutor : las personas mayores de edad, sujetas á curaduría, tienen el de su curador.....

C. C. 88.

C. P. 50..... El menor no emancipado ó el mayor incapaz, el de sus padres ó guardadores.....

C. M. 30. El domicilio del menor de edad no emancipado, es el de la persona á cuya patria potestad se halla sujeto.

31. El domicilio del menor que no está bajo patria potestad, y el del mayor incapacitado, es el del tutor.

35. (Véanse las concordancias del art. 71).

C. de la L. 48. (El art. 108 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

130. Este artículo encierra dos reglas :

1ª. El hijo de familia sigue el domicilio paterno :

2ª. La persona que vive bajo tutela ó curaduría, sigue el domicilio de su tutor ó curador.

131. Tan luego como el hijo legítimo nace, se halla bajo la protección de su padre, que le alimenta, educa y es su representante legal. Nada más lógico, pues, que el hijo de familia tenga el domicilio paterno.

De ahí que ese domicilio se ha llamado siempre domicilio de origen; el cual subsiste mientras el hijo no emancipado no establezca otro domicilio. (1)

---

(1) " Los hijos legítimos, desde que nacen, tienen indudalmente el domicilio de su padre. Pero después pueden de ese domicilio de origen, y elegir otro libremente. " (Savigi VIII. § 353.)

" Cuando el hijo nace, tiene por domicilio el del padre; pi

Aceptando Bello las reglas del Derecho romano en cuanto al domicilio, propuso en su proyecto (véanse las *concordancias*) que el padre de familia pudiese autorizar al hijo no emancipado para que tuviese un domicilio distinto. Pero la Comisión Revisora alteró, con razón, aquel sistema, y siguiendo el del Derecho francés, fija la regla absoluta de que el domicilio del hijo de familia sea siempre el del padre. De suerte que ni el permiso especial del padre pudiera alterar la regla concerniente al domicilio del hijo.

132. Según el Derecho romano el hijo natural tenía por domicilio el de la madre. (2) El Código chileno, aunque

---

ahí debe habitar mientras sea menor, ahí tiene el asiento de sus negocios, ya que el padre es el administrador legal de sus bienes; en fin se halla bajo la patria potestad hasta los veintiún años ó hasta la emancipación. En estas razones se funda la ley al prescribir que el menor tenga su domicilio en el de su padre, y que no pueda tener otro. Luego, si el padre cambia de domicilio, también lo cambian los hijos menores. Se ha resuelto que si al padre se nombra para un empleo vitalicio é irrevocable, por el ministerio de la ley adquieren los hijos menores el domicilio legal inherente á ese empleo. " (Laurent. II. 86.)

" El hijo legítimo tiene desde su nacimiento un domicilio que se establece por el ministerio de la ley, el domicilio paterno. Tal domicilio se funda en que según la ley el padre es el administrador de todos los bienes del hijo. Por consecuencia, en el domicilio del padre se halla el asiento de sus negocios. " (Baudry-Lacantinerie. I. 987.)

" El lugar donde nace una persona determina su domicilio, si cuando el nacimiento ese domicilio es el de sus padres. *Patris originem unusquisque sequatur*. Este domicilio se llama *domicilium originis*. Pero si los padres están entonces de tránsito (*in itinere*), la casa de los padres será el domicilio de origen..... El domicilio de origen de los menores continúa hasta que adquieran nuevo domicilio..... Los menores son incapaces, *proprio marte*, de cambiar de domicilio; y por consiguiente conservan el domicilio del padre; si el padre cambia de domicilio, los hijos siguen ese domicilio; y si el padre muere, su último domicilio es de los hijos. " (Story. § 46.)

" En Inglaterra y en los Estados Unidos no puede contrortirse que el hijo legítimo tiene al nacer el domicilio del pare. " (Wharton. § 35.)

(2) " Acéptase generalmente que los hijos naturales tienen el micilio de la madre. " (Savigny. VIII. § 353.)

concede al padre ó madre natural ciertos derechos sobre el hijo y le impone la obligación de alimentarle y educarle, no declara que es representante legal del hijo, ni menos le confiere el derecho de administrar sus bienes. Por consiguiente, el hijo natural, que no sigue el domicilio del padre, se halla comprendido en la regla segunda, esto es, que el pupilo tiene el domicilio del guardador.

www.libtool.com.cn

133. Los tutores ó curadores administran los bienes del pupilo y le representan judicial ó extrajudicialmente. Luego, de la naturaleza misma de las funciones que el guardador desempeña se deduce que su domicilio es el de los pupilos; (3) y que tan luego como se constituye la guarda, por el ministerio de la ley pasa el domicilio del pupilo al del guardador. (4)

Volveremos á tratar de esta materia en el comentario sobre los respectivos artículos de la administración de los tutores y curadores.

134. Como muchos incapaces no se hallan bajo patria potestad ni bajo tutela ó curaduría, carecen de domicilio propiamente dicho, y están sujetos á la regla de que la residencia hace de domicilio respecto de las personas que no lo tuvieren. Así, los expósitos residen en la respectiva casa de caridad; los hijos ilegítimos no reconocidos, en el domicilio de la persona que los cría, alimenta y educa; los hijos naturales, en el del padre ó madre bajo cuya custodia viven.

135. La regla de que el pupilo sigue el domicilio del tu-

---

(3) " La muerte de los padres da principio á la tutela, y el menor no emancipado no tiene desde entonces otro domicilio que el de su tutor : en adelante ahí está el asiento de sus negocios, porque el tutor le representa en todos los actos de la vida civil. " (Baudry-Lacantinerie. I. 988.)

(4) " En cuanto al domicilio de puro derecho ó domicilio legal, las leyes están conformes en admitir que el menor no emancipado debe tener el domicilio de la persona de quien depende jurídicamente, esto es, el del padre, á falta de éste, el de la madre, y á faltar el último, el del guardador; que el mayor interdicto debe tener el mismo domicilio que el curador. Admítese también la regla que cuando muda de domicilio la persona á cuya potestad está sujeto el menor, tal mutación debe producir la del domicilio de la persona sujeta á ella según la ley. " (Fiore I. 403.)

tor ó curador no se aplica sino á la tutela ó á la curaduría general; pues si á un individuo se le provee de curador especial, bien para un acto ó contrato, bien para un litigio; esa curaduría, meramente transitoria, no puede influír en el domicilio de la persona incapaz que carece de representante legal.

www.mbook.com.cn

Art. 73. El domicilio de una persona será tambien el de sus criados i dependientes que residan en la misma casa que ella; sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos anteriores. (*)

REFERENCIAS.

Domicilio. 59. 61. 62.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 72. El domicilio de los criados i dependientes de una persona, que sean mayores de edad, i estén obligados á residir en la misma casa que ella, es el domicilio de esa misma persona.

C. E. 70.

C. de N. 109. Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison.

109. Los mayores que sirven ó trabajan habitualmente en casa de otro, tendrán el mismo domicilio que la persona á quien sirven ó en cuya casa trabajan, cuando permanezcan con ella en la misma casa.

C. Arg. 90.....

(*) Savigny. VIII. § 353.—Locré. III. 404. art. 8.—408. art. 8.—429. art. 6.—432. art. 8.—437. 6.—442. 8.—455. 10.—Dalloz. Domicile. 116-119.—Delvincourt. I. 251 (2).—Laurent. II. 96. 97.—Demolombe. I. 367-370.— Zachariae. (M. V.) I. § 89.—Zachariae. (A. R.) I. § 143.—Huc. I. 390.—Demante. I. 138.—Baudry-Lacantinerie. I. 1001-1005.— Freitas. art. 176.—Calvo. II. § 661.

8°. Los mayores de edad que sirven, ó trabajan, ó que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona á quien sirven, ó para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa ó en habitaciones accesorias, con escepción de la mujer casada que, como obrera ó doméstica, habita otra casa que la de su marido.....

P. de G. 42..... Los mayores de edad que sirven habitualmente á una persona y habitan en su casa, tienen el domicilio de sus amos : y también los menores de edad por las obligaciones que contraen durante este servicio.

C. C. 89.

C. P. 50..... El sirviente tiene el domicilio de su patrón.

C. M. 33. Los que sirven á una persona y habitan en su casa, sean mayores ó menores de edad, tienen el domicilio de la persona á quien sirven; pero si son menores y poseen bienes que estén á cargo de un tutor, respecto de los bienes, el domicilio será el del tutor.

COMENTARIO.

136. Este artículo encierra asímismo dos reglas :

1ª. Los criados y dependientes de una persona que residen en casa de ella, tienen su domicilio en el de esa persona; y

2ª. Si el criado ó dependiente tiene representante legal, el domicilio de éste es el que prevalece.

La palabra *residir* no es sinónima de *habitar*; y la idea de habitar es la que, enunciada con toda claridad en el art. 109 del Código de Napoleón, se echa de menos en la regla que comentamos. Pero no puede revocarse á duda que se trata precisamente de la habitación, porque ella es la que da á conocer la intención de destinarse exclusivamente al servicio de la persona en cuya casa mora el criado ó dependiente.

En cuanto á los criados y dependientes concurren las circunstancias constitutivas de domicilio, *general* ó *especial*, previstas en los arts. 59 y 62; pues la residencia va acompañada realmente del ánimo de permanecer en ella, y en la misma ejercen su oficio ó profesión. (1) No se

(1) " El proyecto establece una presunción necesaria respecto del criado ó del trabajador, en estos términos : " *Los mayores*

admitiría, pues, prueba en contrario para impugnar la regla absoluta establecida por la ley.

137. El domicilio de los criados y dependientes puede referirse, insistimos en ello, al domicilio *general* ó *especial* (2) de la persona á quien sirven. Así, por ejemplo,

---

que sirven ó trabajan habitualmente en casa de otro, tendrán el mismo domicilio que la persona á quien sirven ó en cuya casa trabajan, cuando habitan la misma casa. En efecto, presúmese que en ese lugar está el principal establecimiento del individuo á quien su servicio ó trabajo obliga á una residencia y cuyo servicio ó trabajo diario provee á sus necesidades y constituye su estado. " (Locré. III. 442. 8.)

" El artículo " (decía Malherbe) " establece una distinción en cuanto á los mayores que sirven ó trabajan habitualmente en casa de otro. Los que tienen habitación separada de la casa á donde su estado los llama, quedan sujetos á las reglas ordinarias en cuanto á la determinación del domicilio. Los que habitan la misma casa que la persona á quien sirven, salen del derecho común y no pueden constituir su domicilio en otra parte. Está distinción determina inequívocamente el domicilio de una clase numerosa de la sociedad : lo hace depender de una circunstancia que no presenta incertidumbre en la aplicación; y, en ambos aspectos, presenta ventajas sin ningún inconveniente. " (455. 10.)

(2) De todo punto necesario distinguir entre el domicilio *general* y el *especial* de la persona á quien sirven los criados ó dependientes; pues, si se prescinde de la distinción, la regla, lejos de provechosa, presentaría insuperables dificultades. Baudry-Lacantinerie, que casi siempre procede con el más recto criterio al interpretar el Código de Napoleón, incurre en este caso en un error garrafal por no haberse fijado en las dos especies de domicilio, que determinan el de los criados ó dependientes. " La *aplicación literal* de nuestra disposición ", dice, " puede en ciertos casos conducir á los más anómalos resultados. Un propietario domiciliado en cierto paraje, posee en otro una casa de campo, donde reside casi siempre con su familia. ¿Dónde están domiciliados los domésticos destinados al servicio de la casa de campo y que nunca se ausentan de ella? El art. 109 les da el mismo domicilio que el de su amo. Pero ello pugna con el buen sentido: el principal establecimiento de estos domésticos, ¿no está en la casa que habitan y no en aquella á donde nunca llegan y donde está el domicilio del dueño? Muy bien puede sostenerse esta opinión, aseverándose que el art. 109 procede sobre el supuesto de que el amo está domiciliado en la casa donde habita con las perso-

un dependiente de una casa de comercio tiene su domicilio en el lugar donde ésta se halla establecida, aunque sea distinto el domicilio general del dueño de la casa.

www.libool.com.cn

138. Cuando el criado ó dependiente es hijo de familia, mujer casada ó pupilo, la regla primera del art. 73 pugna con aquella según la cual estas personas tienen su domicilio, respectivamente, en el del guardador, padre de familia ó marido. Entónces prevalece el domicilio del representante legal; (3) porque constituyéndose ese domicilio por el ministerio de la ley, no puede alterarse por los actos que, como el de entrar al servicio, ejecute el hijo de familia, pupilo ó mujer casada.

---

nas de su servicio. Pero en tal supuesto debe observarse que el domicilio de los criados no sería, en el caso particular que nos ocupa, sino un domicilio de hecho; porque nos parece difícil darles como domicilio de derecho, un domicilio que no es el del amo. Estableciése, pues, una distinción de grande trascendencia, la cual, según pudiera objetarse, sus términos en ninguna manera comportan. " (I. 1005.)

Distíngase el domicilio general del amo, donde se halla el principal asiento de sus negocios, del domicilio especial concerniente á todo cuanto se relaciona con la casa de campo que él habita con frecuencia, y se obvian todas las dificultades.

(3) " La palabra mayores pudiera censurarse en dos sentidos; ya porque el menor emancipado se halla comprendido en nuestro artículo.....; ya porque la mujer casada tendría siempre su domicilio en el del marido, aunque estuviese ella en el caso previsto por el art. 109. Lo mismo es aplicable al que se halla en interdicción, si la causa de ésta no impidiese servir y morar en casa de otro. El domicilio del marido y el del tutor deberían en ambos casos prevalecer. El art. 108 establece un domicilio legal, un domicilio necesario, al paso que el art. 109 se funda sólo en una presunción de la voluntad, y no puede por lo mismo aplicarse sino á las personas legalmente capaces de manifestar tal voluntad. " (Demolombe. I. 368.)

www.libtool.com.cn

TÍTULO II.

DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

§ I.

Del principio de la existencia de las personas.

139. De todo punto necesario establecer reglas ciertas, que fijen el instante en que las personas principian á existir. Como en ese instante adquieren la capacidad de derecho, el determinarlo es de lo más trascendental.

Sorprende, pues, que en el Código de Napoleón ne se hubiesen dictado disposiciones especiales á este respecto, y que el principio de la existencia de la personas se considere como un hecho accesorio, relativo al estado civil ó á la sucesión por causa de muerte.

Basténnos, por ahora, estas brevísimas observaciones; pues trataremos de la materia al comentar los respectivos artículos.

Art. 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separada de su madre, ó que no haya sobrevivido á la separacion un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. (*)

(*) Savigny. II. § 61.—App. III. 379. — Locré. VI. 39. 10.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

El artículo. 77.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 76. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre.

La criatura que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separada de la madre, ó que no pueda probarse haber sobrevivido á la separacion un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

C. E. 71. El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas, á lo menos, desde que fue separada completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separada de su madre, ó que no haya sobrevivido á la separación veinticuatro horas, á lo menos, se reputará no haber existido jamás.

C. Arg. 63. Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.

70. Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

71. Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.

11.—40. 14.—157. 5.—171. 6.—196. II.—295. 16.—Merlin. (Q) Vie. § I.—(R.) Légitimité. Sect. II. § I.—Dalloz, Paternité et Filiation. 77.—Toullier. IV. 97.—Dalloz. Vergé. art. 725. 12-28. —Laurent. III. 380.—VIII 541-548.—Troplong. (D. et T.) II. 600-606.—Domat (L. C.) P. II. Lib. I. Sect. II. 1-6.—Demolombe. V. 72. 73. 112.—XIII. 177-179. 186.—Zachariae. (M. V.) I. § 43. 53.—II. § 154.—Zachariae. (A. R.) I. § 53.—Baudry-Lacantinerie. I. 283. 293.—Demante. III. 32. 32 bis. II.—Maynz. I. § 10.—Accarias. I. 34.—Pacheco. I. p. 203. 207.—Freitas. art. 34.—Story. § 46.—Fiore. I. 414.

72. Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, ó que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, ó por nacer antes de tiempo.

73. Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración ó la voz de los nacidos, ó hubiesen observado otros signos de vida.

74. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

75. En caso de duda de si hubieran nacido ó no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

P. de G. 107. Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales.

C. C. 90.

C. P. 4. El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y trasmitir estos derechos (a), que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción; que vivan cuando ménos veinticuatro horas, y que tengan figura humana.

C. M. 303. Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil.

C. de la L. 28. Si la criatura nace muerta, se supone que no nació ni fue concebida.

950. Cuando la criatura nace viva, aunque haya sido extraída por fuerza del vientre materno y no haya vivido sino un instante, si el hecho de la vida es cierto hereda las sucesiones abiertas á su favor desde la concepción, y con la suya las trasmite.

957. En cuanto á las pruebas necesarias para justificar la existencia de la criatura en el instante del nacimiento, debe determinarse si nació viva, no por las meras palpitaciones de sus miembros, sino por la respiración ó por otros signos que manifiesten la existencia.

(a) Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece. (art. 3.)

C. Esp. 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

www.libtool.com.cn

30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

C. A. 22. Para suceder es necesario existir cuando la apertura de la sucesión.

Así, el hijo quo no está concebido ó no ha nacido viable no puede heredar.

N. R. X. V. 2. Por evitar muchas dudas, que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si son abortivos, ordenamos y mandamos, que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nasció vivo todo, y que á lo ménos, despues de nascido, vivió veinte y quatro horas naturales, y fué bautizado ántes que muriese; y si de otra manera nascido murió dentro del dicho termino, ó no fué bautizado, mandamos, que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por la ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos, que aunque concurran en el dicho hijo las qualidades suso-dichas, que no sea habido por parto natural ni legitimo.

P. IV. XXIII. 4..... Otrosi dixo este filosopho (Ipocras), que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga nascimiento vn dia del seteno mes, que es complida, e biuidera.....

5. Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes; assi como si ouiessen cabeça ó otros miembros de bestia. E porende non son tenudos al padre, nin la madre, de heredarlos en sus bienes; nin los deuen auer, maguer sean establescidos por herederos. Mas si la criatura que nazca, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos, o menguados, nol empesce, quanto para poder heredar los bienes de su padre, ó de su madre, o de los otros parientes.

VII. XXXIII. 8..... Otrosi dezimos, que los fijos que nascen muertos, que son assi como non nascidos, nin criados; e por eso non se quebranta por ellos el testamento que el padre, o la madre ouiessen fecho. E otrosi dezimos,

que los que nascen en figura de bestia, o contra la vsada costumbre de la natura, que son como fantasmas, que son dichos, fijos.....

www.tibtool.com.cn

D. I. V. 14. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur.

L. XVI. 129. Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati, videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.

C. R. VI. XXIX. 3..... Sancimus, si vivus et perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit; nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum, vel prodigium.

14. No son hijos los que fuera de lo acostumbrado nacen sin figura humana, v. g. si una muger parió alguna cosa monstruosa ó prodigiosa. Pero el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, en parte parece perfecto, y por lo mismo se debe numerar entre los hijos.

129. Los que nacieron muertos parece que no nacieron ni fueron procreados. porque nunca se pudieron llamar hijos.

3..... Declaramos que si nace vivo y perfecto, aunque muera tan luego como caiga en tierra, ó en manos de la obstetriz, rompe el testamento, siempre que nazca del todo vivo, y no haya duda de que no es un monstruo ó un prodigio.

COMENTARIO.

140. El art. 74 encierra dos reglas de la mayor importancia :

1ª. El nacimiento de una persona, esto es, el haber vivido ella siquiera un instante después de su completa separación del vientre materno, fija el principio de la existencia legal de la misma persona; y

2ª. Si la criatura no sobrevive á la separación ni un solo instante, procédese sobre el supuesto de que nunca ha existido.

141. Estas dos reglas son meras reminiscencias de las leyes romanas. (1)

www.libtool.com.cn

---

(1) " La capacidad natural comienza en el instante del nacimiento, esto es, tan luego como una criatura humana se halla separada completamente de la madre..... Los requisitos esenciales del nacimiento verdadero son : 1°. Que la criatura sea separada de la madre : 2°. Que la separación sea completa : 3°. Que viva después de esa separación completa : 4°. Debe ser criatura humana.

" 1°. Es necesario que la criatura sea separada de la madre, y viva fuera del vientre materno. Los medios que se empleen para conseguir la separación son indiferentes. En Derecho no se distingue, pues, el nacimiento natural del obtenido por medio de una operación quirúrgica. Una ley de los antiguos reyes (a) ordenaba expresamente que después de la muerte de una mujer preñada, se abriese su cuerpo para, á ser posible, salvar la criatura.

" 2°. La separación debe ser completa.

" 3°. Es menester que la criatura viva después de la separación. Luego, si durante un parto laborioso la criatura da señales de vida, pero muere antes de haber sido completamente separada de la madre, no adquiere capacidad de derecho. Se debe decir otro tanto, y con mayor razón, si la criatura hubiere muerto antes de comenzado el parto, bien la madre pariere antes de tiempo (*abortus*), bien si, completo el tiempo, la criatura ha muerto en el vientre.

" Es necesario que la vida sea reconocida como cierta, sean cuales fueren los signos. Antigüamente algunos jurisconsultos juzgaban como requisito indispensable que la criatura hubiese llorado; pero Justiniano proscribió expresamente tal parecer. La duración de la vida es indiferente, y la criatura adquiere capacidad de derecho tan luego como se efectúa el nacimiento.

" 4°. En fin para tener capacidad de derecho, la criatura debe presentar los signos de la humanidad exteriormente apreciables. No debe ser, según la expresión de los romanos, ni un *monstrum* ni un *prodigium*.....

" Las leyes no dicen qué signos dan á conocer la criatura humana; pero si juzgamos por analogía, parece que la cabeza debe presentar la forma de la humanidad..... (b).

(a) Negat lex Regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur. (D. XI. VIII. 2.)

(b) Parécenos más fundada la opinión de Maynz : " Algunos comentadores ", dice, " han sostenido que la formación de la

142. Como ya lo observamos, (II.139) el Código de Napoleón no encierra disposiciones conducentes á determinar el instante preciso en que una persona principia á existir; pero de los arts. 314 (2) y 725 (3) se deduce que no se exige que la criatura haya nacido, y que sea viable, esto es, apta para vivir. (4)

www.libtool.com.cn

" Estos cuatro requisitos son los únicos que exige nuestro derecho positivo para la capacidad. Los jurisconsultos modernos añaden otro, la viabilidad.....; pero esa opinión carece de fundamento, y debe asentarse como principio que la criatura, una vez nacida, tiene plena capacidad de derecho, aun cuando muera tan luego como nazca, y sea cual fuere la causa de la muerte. ".(Savigny. II. § 61.)

(2) L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable.

(3) Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

Ainsi, sont incapables de succéder,

1°. Celui qui n'est pas encore conçu;

2°. L'enfant qui n'est pas né viable;

3°. Celui qui est mort civilement.

(4) ". El marido no puede impugnar la paternidad cuando se ha declarado que el hijo no nació *viable*.

" Es preciso que, á este respecto, decidan los facultativos.

" La criatura vivía en el seno materno; la existencia puede prolongarse algunos dias, sin posibilidad de conservarla, y la posibilidad de recorrer el curso ordinario de la existencia, se determina por la expresión *ser viable*. " (Locré. IV. 196. 11).

" *Viable*, esto es, *vitae habilis*..... con todos los órganos ne-

---

cabeza es el signo característico para distinguir los monstruos; pero la ley no dice acerca de esto ni una sola palabra. Se ha sostenido esta regla interpretándose aventuradamente un pasaje el Digesto (c) que en nada atañe á nuestra materia. " (I. § 10.)

(c) Quum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia unius sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, id est caput, cuius imago sit unde cognoscimur. (XI. VII. 44.)

143. En la nota al art. 76 de su proyecto, cita D. Andrés Bello la ley 123 *de verb. sign.* (L. XIV) y la ley 3. C. *de posthumis her.* La primera cita es, á no dudarlo, error tipográfico : la ley 129 (copiada en las *Concordancias*) es la que se refiere á esta materia.

www.libtool.com.cn

" Se reforma, pues, " (añade) " la ley 2ª, título V, Libro X, Novísima Recopilación. La condición de vivir veinticuatro horas después del nacimiento no parece de utilidad alguna ¿Se dirá que puede muchas veces ser dudoso si el recién nacido ha vivido ó no un momento después de la separacion? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo ó no en el momento de cumplir las veinticuatro horas; añádase la dificultad de medir con absoluta precision este espacio de tiempo.

" El nacer todo vivo i tener figura humana, son condiciones que darian lugar á dudas i cavilaciones. La de ser bautizado fomentaría la práctica anticanónica del bautismo administrado sin necesidad por personas incompetentes. Agrégase que, segun la Constitucion, no parece necesario el bautismo para el goce de los derechos civiles. Un turco puede residir entre nosotros, comprar i vender, testar, heredar i ser heredado, i naturalizarse tambien. La Constitucion no le prohibe ninguna de estas cosas. "

Hé aquí la historia fidedigna de la ley, ley que, á decir verdad, no es de lo más acertada; pues como no exige ni siquiera viabilidad, síguese que si una criatura de seis meses hubiere vivido un instante después de la separación del

---

cesarios para la vida, ó, en otros términos, *viae habilis*, apto para seguir la carrera de la vida. " (Demolombe. XIII. 377).

" Consistiendo únicamente la viabilidad en los órganos necesarios para la vida, su apreciación depende absolutamente del dictamen de facultativos. Pero como la insuficiencia del tiempo de la gestación es la principal causa de la no-viabilidad, si los jueces no se hallan suficientemente illustrados por el dictamen de peritos, ó si no es posible acudir á esa prueba, pueden entrar en cuenta todas las circunstancias conducentes á manifestar la época probable de la concepción, á fin de verificar si la gestación ha durado ciento setenta y nueve días completos, plazo que la ley considera como el más corto posible. " (Demante. III. 32 bis. II).

vientre materno, es persona capaz de adquirir y trasmitir derechos; lo cual, con perdón del eminente autor del *proyecto*, es manifiestamente absurdo.

No desconocemos que el sistema de la viabilidad tiene el grave inconveniente de que es necesario acudir siempre al dictamen de facultativos. Pero entre el sistema del Código chileno, seguido por el Código argentino, (5) y el del Có-

---

(5) " El Código Francés, art. 725, exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algún vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, ó que haya nacido antes de tiempo. Lo mismo dispone el de Nápoles, art. 146, el de Austria, cap. 3, parte 2, el de Baviera, cap. 3, lib. 1. pero el Código Sardo, art. 705, dice que se presume viable el que ha nacido vivo. El de Luisiana : ' Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante', art. 948, y en el art. 917 añade : ' La existencia del hijo, nacido vivo, se determina por su respiración ó sus vagidos, ó por otros signos '. El Código de Chile, art. 74, sólo exige que el hijo, después de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. La L. 2, Rec., tít. 5, Lib. 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo había de nacer en el tiempo regular, vivir veinte y cuatro horas y ser bautizado. La cuestión quedaba siempre como cuestión de hecho, sobre un solo momento de vida, pues si el nacido vivía solo veinte y tres horas ó veinte y tres horas cincuenta minutos, se tendría como abortivo, ó nacido sin vida. Nuestro artículo no exige viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho. El fundamento del Código Francés y de los Códigos que lo siguen es el siguiente : El hijo que nace antes de los seis meses de la concepción, aunque nazca vivo, es incapaz de prolongar su existencia. Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entonces á este ser no se le puede atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento, sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad.

" Esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues es contraria á los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna á la mayor ó menor duración que pueda tener esa existencia. Este es el derecho general, y no se comprende qué motivo haya para introducir una restricción respecto al recién nacido. La muerte que sobrevenga puede provenir de circunstancias exteriores y no de la no viabilidad. Por otra parte, ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿qué médico puede decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre, y

digo de Napoleón, el segundo nos parece mucho más razonable.

144. Préferible á estos dos, á no dudarlo, es el de la ley recopilada que exigía veinticuatro horas de vida para que el nacimiento constituyera un principio de existencia; pues tal sistema tiene dos ventajas evidentísimas;

1ª. Es mucho más fácil justificar veinticuatro horas de vida que un solo instante; y

2ª. Si la criatura vive veinticuatro horas, ello es indicio inequívoco de viabilidad.

La ley recopilada, como lo observa Pacheco, (6) no pre-

---

no los 180, los seis meses fijados por las leyes? Se abriria así una puerta á la incertidumbre de los juicios individuales, y á las opiniones siempre dudosas de los facultativos, sobre el tiempo que el hijo hubiese estado en el vientre materno, por la imperfección de su constitución material, que vendría á decidir de los derechos más importantes.

" Decimos lo mismo respecto de los vicios orgánicos que el recién nacido presente. No porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho. Sería preciso también que la ley fijara el tiempo en que el vicio orgánico debía desenvolverse para causar la incapacidad del recién nacido, y la ciencia por cierto no podría asegurar qué dias ó qué horas de vida le quedaban al nacido con un vicio orgánico. " (Vélez-Sarsfield. Anotaciones al art. 72 del Código Argentino.)

(6) " Eran distintos sistemas el del FUERO-JUZGO y el del FUERO REAL. Aquél habia querido confirmar el hecho de la vida con cierta duración de su esencia, aunque la fórmula que empleó en su segunda ley era ilógica y desgraciada : éste, el Fuero Real, habia prescindido de semejante confirmación, y contentádose con el hecho del vivir, aunque tal hecho fuese instantáneo, aunque consistiese únicamente en nacer y en recibir el bautismo. — Sólo en este último punto, en el del bautismo, habian estado conformes los dos Códigos : ni uno ni otro permitian que gozase derechos de familia en nuestra nación el que no habia entrado en el seno de la Iglesia, ni recibido sobre su frente el sacramento que nos regenera y nos salva.

" El propio sistema que dejamos señalado como del FUERO REAL es también el que siguen las Partidas...

" Con semejantes antecedentes, vése bien toda la fuerza del motivo alegado en la que nos ocupa; toda la exactitud de la calificación de insuficiente, que hemos dado á nuestro antiguo derecho : debian, sin duda, de ocurrir cuestiones sobre si los hijos que morian recién nacidos eran seres abortivos ó naturales sobre

sentó dificultades en el largo tiempo que estuvo vigente. De ahí que en el proyecto de Goyena y en el actual Código español se sigue el mismo sistema, que es el aceptado por el Código ecuatoriano.

www.libpool.com.cn

---

si habian vivido ó no habian vivido en verdad y realidad. En aquellos primeros instantes de la existencia, la vida tiene que ser algo de bien tenue y de bien dudoso : cuando á los pocos momentos ya no se conserva, bien puede vacilarse, bien puede disputarse sobre si al nacer se tuvo ó no se tuvo. El bautismo, por otra parte, no acaba de justificar el hecho de la afirmación; porque el bautismo de socorro se presta, y debe prestarse siempre, por poca duda, por leves probabilidades de vida que haya. De manera, que cada caso en que hubiese un recién nacido muerto á los pocos minutos ó á las pocas horas, no podía ménos de producir, en el hecho, un pleito sumamente dificultoso; en la razón, un problema las más veces insoluble. La materia se prestaba á esas incertidumbres; y los intereses las fomentarian, sin duda alguna, hasta el término que indican las palabras con qué comienza nuestro texto.

Por eso se volvió en él al sistema del FUERO-JUZGO, si bien perfeccionándolo en su idea, y haciéndolo consecuente en su expresión. Quisose que la vida del nacido fuese comprobada con algunas horas de duración y subsistencia después del nacimiento, á más de exigir que fuese completa en el sér que venía á luz, cuanto esto puede reconocerse en tal estado y en tales circunstancias. Supúsose que el que no nace vivo todo, y no permanece tal siquiera un dia, es porque tiene tal vicio, tal desorden, tal imperfección fundamental, que no puede estimarse naturalmente vividero, que es abortivo en la esencia, aunque disfrute un principio de vitalidad, inseguro, efímero, transitorio. Supúsose, por el contrario, que cuando se ha nacido con plenitud de vida, y ha podido disfrutársela veinte y cuatro horas, la existencia natural, humana, es perfecta, como lo puede ser en el término de la gestación y en el momento de un verdadero parto. Y aceptando para base de la ley estas suposiciones, se creyó encontrar algo que era á la par visible, notorio, por sí, y que no consentia tanta dificultad ni tanto litigio como los que de buena fé y de mala fé podian antes suscitarse. Más racional y más práctico al mismo tiempo este sistema, hizo bien la ley en arbitrarlo y en escribirlo en el presente Cuaderno de buen sentido y de justicia, que pedían los pueblos, y que formaban para satisfacerlos los Reyes. Y acertada debió ser la resolución, cuando al cabo de tres siglos y medio de existencia no sabemos que haya pedido nadie que se altere ó que se modifique. " (I. pág. 205-207.)

145. Cuando se discutía el proyecto concerniente al título de la paternidad y de la filiación, propuso Boulay que no se considerase viable sino á la criatura que viviese diez días; y si no se aceptó la proposición fue por razones de otro orden. (7)

www.libtool.com.cn

---

(7) " M. Boulay propone " (en el Consejo de Estado) " se diga que la criatura nacida antes de los ciento ochenta y seis días después del matrimonio, y que vive durante diez días, puede ser desconocida por el marido.

" El primer cónsul acepta esa redacción, porque, estableciéndose una regla fija, el estado del hijo no depende de la ignorancia de un comadrón, que pudiera equivocarse sobre los signos en que funda su parecer.

" M. Tronchet juzga que la regla previene todos los fraudes de parte de la madre, impidiéndola confabularse con un comadrón para que éste declare que la criatura es viable.

" El primer Cónsul propone que el plazo se reduzca á ciento ochenta días.

" M. Réal observa que si la mujer pierde la honra cuando el hijo nacido extemporáneamente vive más de diez días, y si entonces teme así la opinión pública como el resentimiento del marido, puede suceder que la desesperación la conduzca al infanticidio.

" M. Tronchet objeta que el inconveniente sería el mismo, aun cuando el plazo no fuere de diez días sino de un mes; que, por otra parte, la opinión pública y la del marido no siempre se determinan por la ley. " (Locré. VI. 40. 14.)

El Consejo de Estado no resolvió entonces tan trascendental problema, y de nuevo se trató de éste en la sesión de 16 de setiembre de 1802.

" El Cónsul Cambacérès pregunta por qué surte efecto absoluto la circunstancia de que la criatura hubiese vivido diez días después del nacimiento.

" M. Berenger responde que ella conduce á manifestar que la criatura ha nacido viable, y á determinar la época de la concepción.

" Al Cónsul Cambacérès le parece en extremo estricto el término fatal de diez días.

" M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dice que los redactores del proyecto se fundan en que una criatura no-viable no puede vivir ni diez días.

" El Cónsul Cambacérès replica que es difícil fijar reglas á la naturaleza. Desearía que establecida la presunción de legitimidad, la ley se limitase á declarar que tal presunción no obsta á que pueda ser combatida por medio de pruebas.

" M. Tronchet juzga que la ley debe establecer una regla pre-

146. Según el Código chileno á suscitarse controversias sobre si una criatura ha vivido, se presentan dos clases de cuestiones :

www.libtool.com.cn

1ª. Si en realidad de verdad la criatura ha vivido; y

2ª. Á quién corresponde la prueba de la existencia.

La primera cuestión es de lo más difícil; pues para afirmar que la criatura ha vivido no bastan sus movimientos, que pudieran ser meramente convulsivos. Luego, en muchos casos es nugatoria la prueba testimonial, y debe acudirse al dictamen de facultativos. (8)

---

cisa, porque los tribunales han resuelto la controversia de una manera varia, y porque los médicos, jurisconsultos y teólogos no han podido acordarse nunca sobre este punto. Para evitar tanta incertidumbre la ley puede establecer una presunción.

" M. Treilhard manifiesta que al legislador debe repugnarle declarar que una criatura que ha vivido diez días no sea viable. Propone reducir el plazo á veinticuatro horas.

" M. Maleville teme que se susciten controversias sobre la expiración de las horas.

" M. Jolivet propone emplear la expresión un día completo.

" M. Defermon dice que la redacción no obstaria á las dificultades, y prefiere la de la comisión.

" Apruébase el artículo." (156. 5. 6.)

Pero el Tribunado lo combatió. Art. 3. (a) " Objétanse las palabras : *que hubiere vivido diez días después del nacimiento.* Esta condición pondría á la madre en la dolorosa alternativa de desear la muerte del hijo, ó de temer una impugnación para ella desdorosa. Tal combate entre la naturaleza y la honra expondría á que se sacrificase la vida de la criatura, si no por crimen, á lo menos por negligencia, cuyos efectos para ella serían los mismos. Se ha juzgado peligroso colocar al corazón humano en situación tan difícil. Por consecuencia se propone, y la comisión acepta, la supresión de esta parte del artículo." (171. 6.)

Estas razones del Tribunado fueron las que motivaron la redacción definitiva del art. 314.

(8) " ¿Qué signos manifiestan que la criatura nació viva?

(a) L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et qui a survécu dix jours à sa naissance, pourra être désavoué par le mari, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1°. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2°. s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.

En cuanto á la prueba, la parte que fundándose en la vida de la criatura pretende adquirir un derecho, es quien debe justificar la existencia. (9) Por ejemplo, muerto

www.libtool.com.cn

"Problema difícil que, hace siglos, ha suscitado muchas controversias, y que, á decir verdad, es casi siempre una cuestión de fisiología y de medicina más bien que de derecho.

"A menudo sucede que la criatura muere tan luego como nace y cuando no se sabe si ha nacido muerta, se trata de saber si tuvo vida.

"Á los facultativos corresponde primeramente ilustrar á los magistrados sobre este punto de fisiología y de medicina legal. Podemos si decir, que una criatura no nace viva sino cuando su vida ha sido independiente, propia, en una palabra, una vida extrauterina.

"No sería prueba de esa vida distinta cualquier movimiento que pudiera hacer el cuerpo de la criatura. Las pulsaciones, los movimientos convulsivos, la respiración incompleta acompañada de vagidos no son á menudo sino la continuación de la vida intrauterina...

" La prueba de esa vida distinta no resulta sino de la respiración completa.

" El lloro de la criatura, *voce emissa*, evidencia que la criatura ha respirado completamente, y que, por lo mismo, ha vivido vida propia." (Demolombe. XIII. 177. 178.)

(9) " Cuando se trata de trasmisión, el que tiene interés en que se le declare heredero de una persona cuya existencia está en duda, debe probar que esta persona estuvo viva cuando se abrió la sucesión." (Merlin. (Q.) Vie. § II.)

" Si durante un matrimonio de algunos años, la mujer muere de parto de un hijo que, según se pretende, nació vivo y sobrevivió á la madre, entonces se presentan las siguientes cuestiones:

" 1ª. Si nació vivo:

" 2ª. Si sobrevivió á la madre:

" 3ª. Si nació viable.

" El actor es quien debe probar los hechos que sirven de fundamento á su demanda. Así, á los que reclaman derechos como sucesores del hijo, les incumbe probar que nació vivo, porque ese hecho es el fundamento de la demanda." (Toullier. IV. 101.)

" ¿Quién debe probar y cómo que la criatura nació viva?

" Háse pretendido que se presume que toda criatura nace viva, y que, por lo mismo, el que pretende que la criatura no nació viva debe probarlo.

" La opinión contraria es, empero, la adoptada generalmente, y, á nuestro ver, con razón. Debe notarse, en efecto, que esa controversia no se presenta sino respecto de una criatura que muere pocos instantes después del nacimiento; y en tal hipótesis

el padre, trátase de saber si el póstumo, que también murió, nació efectivamente, esto es, si pudo adquirir y trasmitir derechos. Los herederos abintestato deberán probar el nacimiento, y, si no lo prueban, los derechos que corresponderían al póstumo se determinan conforme al art. 77.

147. Según D. Andrés Bello no puede investigarse si la criatura tiene forma humana, porque esto daría lugar á dudas y cavilaciones; lo cual no nos parece exacto. Los Códigos modernos no hablan de monstruos porque la fisiología ha demostrado que no los hay.

148. En resumen, cuatro son los sistemas sobre el principio de la existencia.

1°. El derecho romano exige que la criatura nazca perfecta, y que viva siquiera un instante :

2°. El Código de Napoleón, la existencia de un instante y la viabilidad :

3°. Las leyes recopiladas, que la criatura haya vivido por lo menos veinticuatro horas después de su completa separación del vientre materno; y

4°. El Código chileno y el argentino, que la criatura haya vivido un instante después de la propia separación.

149. La regla segunda del artículo que comentamos es mera consecuencia de la primera. Si para que la criatura llegue á ser persona capaz de adquirir y trasmitir derechos es necesario que nazca, y que viva siquiera un instante,

---

ni se puede afirmar que se presume que nació viva. Por otra parte, el que reclama la herencia como sucesor de un individuo debe probar siempre que dicho individuo existía cuando se abrió la sucesión. Luego, el que pretende que el hijo ha sucedido debe probar que entonces estaba vivo. " (Domolombe. XIII. 186.)

" Después de haber declarado la ley la necesidad de la existencia, como corolario declara incapaces de suceder :

" 1°. Al que no está concebido; y

" 2°. A la criatura que no ha nacido viable.

" Refiriendo la ley á la condición de existencia los casos de incapacidad, no se propone confundir dos ideas muy distintas : la existencia y la capacidad. La existencia, como cualquier otro hecho incierto por su naturaleza, debe siempre probarse; al contrario, la capacidad de la persona que existe es de derecho, y el estado excepcional de incapacidad debe probarse por el que lo alega." (Demante. III. 28. 29.)

síguese que cuando faltan esos requisitos, la concepción y el parto no surten ningún efecto, y que, en cuanto á los derechos y obligaciones (lo único que atañe á la ley civil), se prescinde absolutamente de la criatura, aplicándose, lo repetimos, la última parte del art. 77. Pero, en materia tan importante como trascendental, no era por demás fijar como reglas distintas las que determina el art. 74, esto es, cuándo el nacimiento constituye un principio de existencia, y cuándo se prescinde absolutamente de la criatura.

www.libtool.com.cn

Art. 75. La lei proteje la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, á peticion de cualquiera persona ó de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para protejer la existencia del no nacido, siempre que crea que de algun modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta despues del nacimiento. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 77.
C. E. 72.
C. C. 91.

P. IV. XXIII. 3..... Dixeron (los sabios antiguos), que si alguna muger preñada ouiesse fecho cosa por que deuiesse morir, que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena. E porende deuen guardar la madre fasta que para.....

D. XI. VIII. 2. Negat lex Regia, mulierem quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

2. La ley Regia prohibe que se entierre la muger que murió estando preñada, sin que primero se saque lo que tiene en el vientre. El que hiciere lo contrario parece que frustró la esperanza de que viviese el feto.

(*) Savigny. II. § 62.

www.libtool.com.cn

COMENTARIO.

150. Este artículo declara otro principio absolutamente necesario : la ley protege la vida del que está por nacer. El Estado reconoce, crea y garantiza los derechos civiles, sociales y políticos; y el primero de todos los derechos es la existencia.

De tal principio deduce el legislador dos reglas :

1ª. El juez debe expedir todas las providencias conducentes á proteger la existencia del no nacido, cuandoquiera que ella peligre :

2ª. Todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la salud ó la vida de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después del nacimiento.

Las leyes romanas también reconocieron el principio, y dispusieron que no se castigase (1) á la mujer en cinta sino después del parto.

La aplicación de la regla primera no presenta ninguna dificultad; pues ella concede al juez amplísimas atribuciones conducentes á impedir todo cuanto ponga en peligro la salud ó la vida de la criatura que está en el seno materno.

Acerca de los castigos que puedan imponerse á la mujer que está en cinta, distínguese la ley civil de la ley penal.

Aplicándose la ley civil, el juez, á virtud de la regla segunda, tiene también amplias atribuciones para decidir si los castigos que puedan imponerse á la madre obstan á la salud ó la vida de la criatura; y, en caso afirmativo, ordenar que no se ejecuten sino después del parto.

En cuanto á lo criminal, los jueces especiales llamados á castigar las faltas, delitos y crímenes son los que aplican

---

(1) Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit, liberam, quae praegnans ultimo supplicio damnata est liberum parere; et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit, et in potestate patris. (D. I. V. 18.)

Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur, quoad pariat. Ego quidem, et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnans est. (D. XLVIII. XIX. 3.)

las leyes penales; y esas leyes, á no dudarlo, no protegen eficazmente la salud ni la vida de la criatura que está en el vientre materno. Según el art. 85 del Código penal, no se ejecutará la *pena de muerte* en la mujer que se halla en cinta, ni se le notificará la sentencia que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento. La disposición no puede ser más humana ni más eficaz tratándose de la pena de muerte. Pero si se trata de otras penas criminales por duras que ellas sean, el juez las impone á la mujer que está en cinta y ordena que se proceda á ejecutarlas; por cuanto la ley penal no encierra otra excepción. Reducida á penitenciaría la mujer embarazada, ¿no peligrara la criatura que lleva en su seno? Hay la más abierta contradicción entre las disposiciones civiles y las penales, y estas últimas son las que prevalecen á virtud del art. 4 del propio Código civil.

El art. 38 del Código penal ecuatoriano es más conforme á la protección de que habla la ley: " Ninguna sentencia en que se imponga pena criminal á la mujer embarazada, se notificará á ésta, ni se ejecutará hasta después del parto ". Nótase sí que aun cuando se protege la salud y la vida de la criatura, es cruel en cuanto á la madre. Según ese artículo puede notificarse y aun ejecutarse la sentencia inmediatamente después del parto; lo cual llevaría consigo la muerte de la madre.

Art. 76. De la época del nacimiento se colige la de la concepcion, segun la regla siguiente.

Se presume de derecho que la concepcion ha precedido al nacimiento no ménos que ciento ochenta dias cabales, i no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el dia del nacimiento. (*)

(*) Savigny. II. App. III. IV. p. 181.—Locré. VI. 28. 8.—43.17. —50. 26.—169. 2.—191. 6. 7.—238. 10.—243. 14.—286.11. —Merlin. Légitimité. Sect. II. § I. III.—Dalloz. Paternité et Filiation. 8. 20. 27. 28.—Succession. 85.—Toullier. II. 791.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Nacimiento. 74.
Se presume de derecho. 47. 180.
Días cabales. 48.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 78. De la época del nacimiento se colije la de la concepcion según la regla siguiente.

Se presume de derecho que la concepcion ha precedido al nacimiento, no menos que ciento ochenta dias cabales y no más que trescientos contados desde la media noche anterior al nacimiento hacia atrás.

C. E. 73. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente :

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

C. Arg. 76. La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y mínimum de la duración del embarazo.

77. El máximum del tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimun de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario.

C. C. 92.

P. IV. XXIII. IV. Ipocras fue vn filosopho en la arte fisica, e dixo, que lo mas que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses. E porende, si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legitima seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nascida; solo que ella biuiesse con su marido a la zason que fino. Otrosi dixo este filosopho, que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que

---

792. IV. 95.—Laurent. III. 361. 390. 391.—VIII. 537-540.—Demolombe. V. 13. 14. 23. 100.—XIII. 184.— Zachariae. (M. V.) I. § 161.—Zachariae. (A. R.) VI. § 545. 1°. 2°.—Demante. III. 32 bis. I.—Duranton. III. 44.—D'Aguesseau. II. XXIII.—Maynz. I. § 10.

solo que tenga su nascimiento vn dia del seteno mes, que es complida, e biuidera. E deue ser tenuda tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biuien en vno, a la sazon que la concibio. Esso mismo deue ser judgado, de la que nasce fasta en los nueue meses. E este cuento es mas vsado, que los otros...

www.libtool.com.cn

D. I. V. 12. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

12. Está recibido por la autoridad del doctísimo Hipócrates, que el parto á los siete meses es perfecto; y por eso se ha de creer que aquel que á los siete meses nace de legítimo matrimonio, es hijo legítimo.

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

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

§ 12. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus es, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.

§ 12. Pero del que nació después á los ciento ochenta y dos dias, escribió Hipócrates, y respondió el Emperador Pío á los Pontífices, que parece nació en tiempo legítimo, y que no fué concebido en servidumbre, si á su madre se le dió la libertad antes de los ciento ochenta y dos días.

COMENTARIO.

151. El art. 76 declara el principio de que la época del nacimiento determina la de la concepción, y de ahí deduce tres reglas:

1ª. La concepción precede al nacimiento cuando menos ciento ochenta días, y cuando más trescientos:

2ª. Contra esta determinación no se admite prueba en contrario;

3ª. Los ciento ochenta días ó los trescientos se cuentan hacia atrás desde la media noche en que principia el día del nacimiento.

152. Tales reglas son conformes á las leyes romanas copiadas en las concordancias. (1)

153. La jurisprudencia acude en este caso á la fisiología, que fundada en las leyes naturales declara que si bien no puede conocerse nunca el instante preciso de la concepción ni determinarse, por lo mismo, la edad intrauterina de la criatura recién nacida, (2) sí se sabe á ciencia cierta que la gestación tiene invariablemente un *minimum* y un *maximum*.

154. Cuando se discutieron los arts. 312 y 315 del Código de Napoleón, (3) tratóse larga y esmeradamente

---

(1) " Tómase como punto de partida el tiempo que puede durar la gestación. La experiencia nos enseña que una criatura puede nacer ciento ochenta días después de la concepción, y aún mucho más tarde, hasta el fin del mes décimo. Según esa ley fisiológica, cuéntanse desde el dia del nacimiento, día que es cierto, primero ciento ochenta y dos días, luego diez meses, y queda un intervalo de cuatro meses. Si durante estos cuatro meses, ó en una época comprendida en ese intervalo, ha sido casada la madre de la criatura, el marido es el padre presunto del hijo; si no, juridicamente hablando no hay padre. " (Savigny. II. App. III.)

(2) " M. Fourcroy pregunta si los artículos que se discuten (a) son necesarios. Imposible es, dice, conocer por signos ciertos la edad de una criatura recién nacida. Sobre esto no hay sino datos equivocos ó engañosos. El problema de los nacimientos precoces y de los nacimientos tardíos ha originado muchas opiniones y aun fallos muy varios en diferentes tiempos y en diferentes lugares. " (Locré. VI. 38. 8.)

(3) L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jus-

---

(a) Art. 2. L'enfant né avant le cent quatre-vingt-sixième jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage.

" Art. 3. Il en est de même de l'enfant né deux cent quatre-vingt-six jours après la dissolution du mariage.

" Art. 4. La présomption de paternité résultante du mariage cesse encore; 1° lorsque l'éloignement des époux est tel, qu'il y ait eu impossibilité physique de cohabitation; 2° lorsqu'ils ont été séparés de corps et de biens, à moins, dans ce dernier cas, qu'il n'y ait réunion de fait et réconciliation entre'eux.

de los nacimientos precoces y de los tardíos. Concurrió á las sesiones del Consejo de Estado el célebre fisiologista Fourcroy, el cual, al concluír un luminoso informe, dedujo la siguiente proposición: " Por consecuencia, así de los hechos como de las opiniones ya puntualizadas, debo deducir que el dictamen presentado al Consejo, sobre la determinación de ciento ochenta días para los nacimientos precoces, y de doscientos ochenta y seis para los nacimientos tardíos..... se halla perfectamente de acuerdo con la opinión más ilustrada y más prudente de los médicos, naturalistas y jurisconsultos. " (4) Pero los redactores del sobredicho Código, en vista de las opiniones varias citadas por el mismo Fourcroy, fijaron la regla de que la gestación no puede durar menos de ciento ochenta días ni más de trescientos; (5) regla aceptada en el Código chileno y en otros muchos Códigos modernos.

---

qu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. (Art. 312.)

La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. (Art. 315.)

(4) Locré. VI. 38. 8.

(5) "Es necesario determinar el instante posible de la concepción.

"El misterio de la paternidad se oculta en las tinieblas de la concepción. La misma oscuridad hay acerca del instante de ese efecto admirable. La naturaleza no permite ver sino los puntos extremos de la linea que recorre asi en su actividad más precoz como en su lentitud más tardía. Desde Hipócrates, la ciencia sin embargo de sus dificultades y numerosos tratados, desde Justiniano, la legislación sin embargo de sus inagotables comentarios, no han dado ni un sólo paso conducente á la exactitud.

"Es menester decirlo: los romanos maestros en la ciencia de la legislación como en el arte de vencer y dominar, presentaron insuperables obstáculos á la solución del problema, por una de esas manifiestas contradicciones que el caos de sus Códigos ofrece varios ejemplos.

"Conocidas son las dos leyes romanas que, ambas con tanta precisión, admiten en cuanto á la legitimidad del hijo una diferencia notable en cuanto al tiempo que puede transcurrir entre

155. Cuando la ley declara que una *presunción es de derecho*, fija una regla absoluta, que no admite excepciones (I. 339); y en el presente caso era de todo punto

www.libtool.com.cn

---

el matrimonio, esto es, entre el instante presunto de la concepción, y el del nacimiento.

"La ley VII (a) (Digesto) *De Suis et legitimis Heredibus*, declara que un hijo puede nacer seis meses y dos días después de la concepción, y funda este aserto en la autoridad de *Hipócrates*.

"La ley XI (Digesto) *De Statu hominum*, exige al contrario un intervalo de siete meses completos entre la concepción y el nacimiento, y asimismo se funda en la autoridad de Hipócrates.

"Bien comprendéis que mil volúmenes de comentarios no han podido poner estas dos leyes en armonía, y no han servido sino para enseñarnos que Hipócrates no se equivocó ni se contradijo.

"Cada una de estas dos leyes ha tenido, empero, su secta. Unos exigen estrictamente el sétimo mes completo; otros, el sétimo mes comenzado. La diversidad de pareceres ha venido aumentándose desde entonces hasta nuestros dias. Las disputas médico-legales y las más extravagantes suposiciones.....

"Hoy se juzga generalmente que si bien son innegables las variaciones de la naturaleza, hay límites que, traspasados, no dejan ver sino lo imposible ó lo monstruoso. Preferible, á no dudarlo, fijar absolutamente ese límite, aun á peligro de errar en algunos casos raros, más bien que exponer á cálculos arbitrarios las controversias sobre el estado de las personas. Fundados en estas razones, é ilustrados por los escándalos de los litigios precedentes los autores del proyecto admiten la opinión más común y más autorizada; y declaran que un nacimiento precoz será legítimo, si se efectúa por lo menos á principios del sétimo mes, esto es, lo menos á los ciento ochenta días después del instante presunto de la concepción.

" Los nacimientos tardíos también han originado controversias.....

" La ley de las Doce Tablas y la ley III (Digesto), de *Suis et legitimis Heredibus*, no declaraban legítimos sino á los hijos que nacían, cuando más tarde, en el mes décimo después de la muerte del padre, ó de la disolución del matrimonio.

" El emperador Adriano sancionó la opinión de los jurisconsultos y de los filósofos de su tiempo, declarando en un edicto,

---

(a) Es la ley 3. § 12 (copiada en las *Concordancias*).

necesario determinar de una manera invariable la época de la concepción, porque de tal época dependen la legitimidad ó ilegitimidad de los hijos y la sucesión que á éstos corresponde; puntos tan importantes como trascendentales que no podían dejarse al arbitrio del juez. (6)

---

que nos ha trasmitido Aulo Gelio, que un hijo podía nacer legítimo en el mes undécimo después de la muerte del padre.

" Justiniano adoptó esta decisión en la Novela XXXIX; y de ahí hasta nosotros las variaciones de la jurisprudencia y los fallos de nuestros tribunales, que fundándose, bien en una autoridad, bien en otra, han declarado legítimos ó ilegítimos á hijos nacidos en el mes undécimo subsiguiente á la muerte del padre.

" Necesario, pues, fijar un término invariable conforme á la experiencia y á la opinión general. Por tanto, el proyecto de ley declara que puede impugnarse la legitimidad del hijo nacido en el mes undécimo contado desde la disolución del matrimonio.

" Es un notabilísimo adelanto de nuestra legislación haber arrancado y prevenido todas las disputas sobre un punto de donde se originan todas las controversias relativas al estado de los hijos, y haber trazado y circunscrito el círculo que la naturaleza puede recorrer en sus maravillosas aberraciones, pero del cual no saldrá con perjuicio de la sociedad. Ese círculo se halla claramente trazado en el lapso de tiempo que transcurre desde los ciento ochenta hasta los trescientos días anteriores al nacimiento. Es un espacio de ciento veinte días destinado á la variable posibilidad de la concepción. Declara la ley que un hijo puede ser concebido, cuando más temprano, siete meses, y, cuando más tarde, diez antes del nacimiento." (Locré. VI. 286. 11.)

(6) "Los nacimientos, precoces ó tardíos" (decía Bigot-Préameneu) " han suscitado causas célebres. Siempre se ha reconocido que la fisiología carece de medios de descubrir la verdad relativamente á la criatura que es objeto de la controversia. Esos litigios escandalosos no versaban sino sobre investigaciones, no menos escandalosas, de casos que las partes alegaban como pruebas. No podían los jueces ilustrarse en cada litis, y cada tribunal tenía un sistema diferente en cuanto á la extensión y los límites determinados por el curso ordinario de la naturaleza. La jurisprudencia no era uniforme, pues no podía ser sino arbitraria.

" De todo punto necesario salir de tal estado. No era una verdad absoluta la que los redactores de la ley tenían que descubrir; bastábales dar á los jueces una regla que disipara las dudas y debían deducirla del curso tan uniforme de la naturaleza, que

156. Como ya lo observamos (II. 139) el Código de Napoleón no establece una regla general, que en todos los casos determine la época de la concepción; y de ahí proviene que hay discordancias entre los fallos de los tribunales y las opiniones de los más eminentes expositores, sobre si las reglas puntualizadas en los arts. 312 y 315 del Código de Napoleón se aplican sólo cuando se trata de la legitimidad de los hijos, ó también cuando se investiga la época de la concepción para saber si la criatura puede suceder por causa de muerte. (7)

www.libtool.com.cn

---

apenas si se le pueden oponer algunas excepciones, que no sirven sino para confirmarlas.

" Estos son los motivos que han determinado á fijar el plazo de los nacimientos precoces en ciento ochenta días, y en trescientos el de los nacimientos tardíos." (Locré. VI. 194. 7.)

(7) " La capacidad ó la incapacidad de suceder dependen del instante preciso de la concepción, é importa mucho determinarlo con exactitud. Pero como eso es imposible, la ley establece presunciones en el título de la *Paternidad*. El hijo que nace ciento ochenta días después del matrimonio se reputa concebido en él y por lo mismo es legítimo; el hijo que nace dentro de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio es igualmente concebido durante el matrimonio y por consecuencia legítimo..... Establecidas estas presunciones á favor de la legitimidad del hijo, ¿pueden alegarse ellas cuando el hijo pretende suceder por causa de muerte? Sobre esta cuestión hay absoluta incertidumbre, y puede decirse que cada autor tiene su sistema. Los tribunales se han decidido por la aplicación de las presunciones. Si debiésemos elegir entre las dudas de los escritores y la opinión de los tribunales, preferiríamos esta última; pues ella tiene por lo menos la ventaja de asentar un principio cierto, que obsta á toda controversia, y además determina el instante de la concepción de una manera uniforme, ya se trate de la legitimidad del hijo, ya de sus derechos hereditarios. Vamos á exponer este sistema muy sencillo y por consecuencia muy práctico.

" Un hijo nace nueve meses veinte días después de la muerte de su hermana uterina. ¿Puede ser su heredero? Lo puede, si se aplica la presunción del art. 315; pues, como ha nacido antes e los trescientos días posteriores á la disolución del matrimonio, s hijo legítimo. Siendo legítimo, hereda á sus padres; por onsiguiente, también á su hermana. El derecho de suceder s, en efecto, consecuencia de la legitimidad.....

Los tribunales aplican también las presunciones contra el hijo.

El Código chileno no da margen á semejantes controversias; pues, lo repetimos, el art. 76, como general y absoluto, se aplica á todos los casos.

www.libtool.com.cn

Háse resuelto que el hijo nacido más de trescientos dias después de la apertura de una sucesión, no puede pretender á ella ningún derecho. Habiendo fijado el legislador un límite que determiné cuánto dura la gestación para prevenir incertidumbre, la misma presunción milita en materia de herencia, porque, según se dice, debe evitarse en esa materia las dudas que ninguna prueba podria disipar. El silencio que el legislador ha guardado á este respecto en el art. 725 (a) no puede explicarse sino por la intención de referirse á las disposiciones del art. 315.

" Si se tratase de formar una ley, la formariamos poco más ó menos según el sistema de los tribunales; pero hay escrita, y se trata de interpretarla. El problema es el siguiente : el hijo que pretende suceder, ¿cómo debe probar que estuvo concebido cuando se abrió la sucesión? ¿Puede alegar, como prueba, las presunciones que el Código establece en materia de ligitimidad? En eso consiste el problema, y lo singular es que los fallos guardan silencio sobre este punto. En tal terreno, la jurisprudencia no puede demostrar la exactitud de los fundamentos..... " (Laurent. VIII. 537. 538.)

" Hay ciertos puntos sobre los cuales no se puede, sin suponer que el legislador se ha contradicho, denegarse á aplicar en esta materia las presunciones concernientes á la legitimidad. Así, no se podria suponer que la gestación de una criatura viable ha durado menos de ciento setenta y nueve dias integros, ni, en general, una duración mayor de trescientos dias. Por consiguiente, el hijo nacido viable antes de los ciento ochenta dias contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se reputa necesariamente concebido antes de la apertura de la sucesión, y, al contrario, se reputará concebido después de la apertura de la sucesión el hijo nacido trescientos dias después de la muerte.

" El hijo de una viuda, nacido en los trescientos dias de la disolución del matrimonio, se reputa legítimo, y se juzgará ne-

---

(a) Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

Ainsi, sont incapables de succéder,

1° Celui qui n'est pas encore conçu;

2° L'enfant qui n'est pas né viable;

3° Celui qui est mort civilement.

157. La regla del propio artículo 76 sobre la manera de computar los ciento ochenta ó los trescientos días, es también mucho más clara que las que encierran, acerca de estos mismos puntos, los citados artículos 312 y 315. Según el primero el punto de partida para computar el plazo es la media noche en que principia el día del nacimiento. De ahí hacia atrás se cuentan, como dice Savigny, primeramente trescientos días y después ciento ochenta, y los ciento veinte días de diferencia es el intervalo en que ha podido efectuarse la concepción.

Los intérpretes del Derecho francés entran en mil y mil controversias sobre si el plazo se cuenta por días ó se comprenden también las horas, y si se prescinde ó no se pres-

---

cesariamente que su concepción ha sido anterior á la muerte del marido, á quien la ley atribuye la paternidad.

" Por consecuencia será capaz de suceder á éste, y, por lo mismo, á toda sucesión abierta después.

" Pero cuando la concepción del hijo, para que éste sea legítimo, no es necesario que preceda á la apertura de la sucesión (y así será si el padre del hijo ha sobrevivido al difunto), entonces la presunción del art. 315 no es aplicable directamente, y no se puede decir que hay la misma razón para suponer que el hijo fue concebido antes de la apertura de la sucesión que para suponerle concebido antes de la disolución del matrimonio. En efecto, la presunción de legitimidad se funda en el principio de moral que, suponiendo siempre el bien antes que el mal, quiere que la concepción sea inocente y legítima cuantas veces pueda serlo. Pero, como se ve, esta consideración es siempre extraña á la controversia sobre si el hijo estaba concebido antes ó después de la muerte de un pariente muerto antes que el padre.....

En resumen, mi doctrina se reduce á estas cuatro proposiciones :

1ª. El hijo que nace viable antes de los ciento ochenta dias de la muerte es concebido antes de la apertura de la sucesión :

2ª. El hijo que nace después de los trescientos días de la muerte es concebido después de la apertura de la sucesión :

3ª. El hijo que nace en el intervalo entre los ciento setenta y nueve y trescientos días desde la muerte, se reputa concebido antes de la apertura, cuandoquiera que su legitimidad dependa del hecho de su concepción anterior :

4ª. Á no ser así, también se presume la concepción anterior, pero se admite prueba en contrario. (Demante. III. 32 *bis* I.)

cinde del día en que fue celebrado ó disuelto el matrimonio. (8)

www.libtool.com.cn

(8) " Laley fija dos límites extremos para la duración de la gestación, un minimum de ciento ochenta días y un maximum de trescientos. Pero no dice cómo debe contarse tal plazo : de ahí las opiniones varias. Demolombe se queja, y no sin razón, dice Valette, de que nada más complicado, oscuro ni divergente que la doctrina de estos autores. Tales problemas son, empero, de grande importancia : según cómo se cuentan los plazos, la filiación de un hijo puede ser legítima ó natural y aun adulterina. Vamos á exponer la opinión que es la más generalmente seguida por los autores.

" Fúndase ella en dos principios tradicionales. Según el primero, los plazos se computan por días y no por horas. El Código de Napoleón lo dice al tratar de la prescripción. Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas; de donde se sigue que en el cómputo de los plazos se prescinde de las fracciones de día. Otro principio excluye del cálculo el primer día del plazo, mientras que en él comprende el del vencimiento, en el sentido que debe calcularse ese día íntegro. Aplicándose estos principios se computan el plazo de ciento ochenta y el de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, el que en el lenguaje de las escuelas se llama el *dies a quo*. Según la ley el hijo que nace antes de ciento ochenta días del matrimonio no puede ser desconocido; y como el día en que el matrimonio se ha celebrado no se cuenta, son necesarios pues ciento setenta y nueve días completos entre el día del matrimonio y el del nacimiento. De manera que si el matrimonio se ha celebrado el 1° de enero y el hijo nace el 29 de junio, éste no será concebido en el matrimonio, porque nace dentro de los ciento setenta y nueve días. Si nace el 30 de junio, se han completado los ciento setenta y nueve días, presúmese que el hijo fue concebido en matrimonio y su legitimidad no puede impugnarse.

" De la misma manera se computan los trescientos días. El día de la disolución del matrimonio no se cuenta; bastan, pues, doscientos noventa y nueve días completos para formar el plazo de trescientos días; esto es, el hijo que nace el día final de los trescientos se presume concebido en matrimonio.

" Queda por averigüar si estos cómputos son conformes á la ley. El art. 315 dice que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podrá ser impugnada. Estas palabras, *después de la disolución del matrimonio*, indican que no debe contarse en el plazo el día de la disolución, y las palabras nacido trescientos días manifiestan que éstos deben haber transcurrido; lo cual conduce á nuestro cómputo, esto es, que el hijo nacido el día trescientos se presume concebido durante el matrimonio..... " (Laurent. III. 390.)

Art. 77. Los derechos que se deferirían á la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento contituye un principio de existencia, entrará el recien nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del art. 74, inc. 2°, pasarán estos derechos á otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (*)

REFERENCIAS.

Derechos. 576.

Si el nacimiento constituye un principio de existencia. 74.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 79.

C. E. 74. Los derechos que corresponderían á la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del artículo 71, inciso 2°, pasarán estos derechos á otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

C. Arg. 70. Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

C. C. 93.

C. P. 3. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece.

P. IV. XXIII. 3. Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a

---

(*) Savigny. II. § 62.—Locré. X. 220. 14.—282. 13.—Merlin. Heritier. Sect. VI. § VIII.—Toullier. IV. 92. 93.—Laurent. VIII. 536.—Demolombe. XVI. 174.—Zachariae. (M. V.) I. § 43. II. 354. —Zachariae. (A. R.) I. § 53. VI. § 545.— Baudry-Lacantinerie. I. 289.—Cogordan. II. § 2. n. II.—Pothier. D. L. XVII. n. CXXXIV.—Ortolan. II. 183.—Accarias. I. 34. Maynz. I. § 10.

pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce.....

www.libtool.com.cn

D. I. V. 7. Quid utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

26. Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur.....

L. XVI. 153. Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.

231. Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quæritur; aliis autem non prodest, nisi natus.

129. Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.

7. El que está en el vientre, se mira como ya nacido siempre que se trata de las cosas que le son favorables, aunque antes de nacer de ninguna manera aproveche á otro.

26. Los que están en el vientre, en casi todo el derecho civil se tienen por nacidos. Porque á éstos se les conservan ó restituyen las herencias legítimas.....

153. Se ha de entender que existía al tiempo de la muerte, el que estaba en el vientre de la madre.

231. Lo que decimos que el que se espera que nazca se tiene por nacido, es cierto cuando se trata de su propio derecho; pero cuando se trata del derecho de otros, no les aprovecha si no hubiese nacido.

129. Los que nacieron muertos parece que no nacieron ni fueron procreados, porque nunca se pudieron llamar hijos.

COMENTARIO.

158. Si bien la redacción del artículo no es clara, en resumen enuncia el principio : *la criatura que está en el vientre materno se reputa nacida cuando se trata de su utilidad.*

159. Este importantísimo principio experimentó en el Derecho romano varias alteraciones. Según el Derecho antigüo, el póstumo no podía heredar, recibir legados ni

tutor. (1) Posteriormente se estableció la excepción de que á morir el padre dejando un hijo en el vientre materno, en el testamento podía instituírle heredero ó desheredarle y nombrarle tutor. Por último, la legislación de Justiniano reconoció de una manera general y absoluta el sobredicho principio. (2)

---

(1) " Postumo quoque alieno inutiliter legatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est : ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est : item qui in utero est ejus, quae jure civile non intelligitur uxor, extraneus postumus patris intelligitur. " (Gayo. II. 241.)

" Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus : est enim incerta persona. " (Gayo. II. 241.)

(2) " La capacidad natural comienza en el instante del nacimiento completo; pero, antes del nacimiento, transcurre un tiempo considerable durante el cual la criatura vive, no vida propia, sino vida del todo subordinada á la de la madre. ¿Cómo mira el derecho civil esa vida preparatoria? ¿Cuáles son en esta materia los verdaderos principios?

" Algunas disposiciones del Derecho romano dicen expresamente que mientras la gestación el hijo no es criatura humana, que no tiene existencia propia y que forma parte de la madre. Otras, al contrario, le asimilan al hijo ya nacido. Examinada atentamente esta última regla, disípanse las aparentes contradicciones.

" La primera regla enuncia la realidad de las cosas en su estado actual; la segunda es mera ficción, y no puede aplicarse sino en límites restringidos y á ciertos hechos especialmente determinados. Si planteamos, pues, el problema de una manera general, y preguntamos en qué consiste la capacidad de la criatura antes del nacimiento, la solución no es dudosa. La criatura carece de capacidad, porque no puede tener bienes, créditos ni deudas; no es persona cuya representación sea necesaria ó posible. La ficción, al contrario, se refiere á la vida por venir, y se refiere á ella en dos aspectos : protege á la criatura por la sanción de la ley, y determina los derechos que puede adquirir tan luego como nace. Así, la ficción es en beneficio de la criatura, y sólo á ella le aprovecha.

" La importancia de este principio se manifiesta principalmente en la sucesión hereditaria. Si mientras la criatura está en el vientre materno se abre una sucesión á que sería llamada si viviese, sus derechos se suspenden hasta el nacimiento, y se ejercen entonces á su nombre.....

" Para velar por la conservación de los derechos futuros del

160. El Código de Napoleón no lo declara expresamente en ninguna de sus disposiciones; pero él se deduce, ya de los arts. 725 y 906, (3) ya de que así lo enunciaron con toda claridad los redactores de aquel Código. (4)

Los más distinguidos intérpretes del Derecho francés se acuerdan en que éste acepta el principio tal como lo reconocieron las leyes romanas. (5)

---

hijo, el pretor nombra un curador especial; porque, en tal caso, no puede nombrarse tutor. " (Savigny. II. § 62.)

(3) Art. 725. Véase la nota 7 del art. 76.

Art. 906. Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque de décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

(4) " Es un principio así del Derecho escrito como del derecho consuetudinario ", decía Chabot ante el Tribunado, " que la capacidad ó la incapacidad del heredero se determina cuando la sucesión se abre. Nadie es capaz de suceder si entonces no existe realmente.

" No es necesario, empero, que la criatura haya nacido; para suceder basta que esté concebida, porque la criatura existe realmente desde el instante de la concepción, y se reputa nacida cuando se trata de su utilidad, según la ley *Antiqui* 3 *ff. si pars hered. petatur*, las leyes 7 y 26 *ff. De statu hom.* y la ley última *ff. De ventre in posses. mitt.*

" La presunción de nacimiento, que equivale al nacimiento mismo para deferir el derecho hereditario, cesa si la criatura no nace, ó si no nace viable. " (Locré. X. 220. 14.)

(5) " Diciéndose que es incapaz el que no está concebido cuando la sucesión se abre, la ley declara implícitamente que la criatura entonces concebida es capaz. El Código no declara el principio de que la criatura concebida se reputa nacida, y por consecuencia capaz de ejercer los derechos que á su favor se defieren. En Derecho romano se admitía la ficción, no de una manera absoluta, sino en ciertos casos. Dícese que en Derecho francés toda ficción es inútil; que la ley establece el principio de que la existencia basta para que la criatura sea capaz de adquirir derechos y que la criatura concebida existe. Lo cual iguala la criatura concebida á la que ya nació. Pero lejos de expresarlo, la ley dice, al contrario, que la criatura nacida y viable es persona y goza de plena capacidad; al paso que la criatura concebida no existe como persona; si puede suceder, según el art. 725, ello es bajo condición de que nazca viable. " (Laurent. VIII. 536.)

161. Del artículo que comentamos se deducen las siguientes reglas :

1ª. Los derechos que corresponderían á la criatura que está en el vientre materno, si hubiera nacido y viviese, se suspenden hasta que el nacimiento se efectúe :

2ª. Si la criatura llega á existir, entra en el goce de los derechos como si hubiese nacido cuando éstos le correspondieron; y

3ª. Si el nacimiento no constituye un principio de existencia, se prescinde absolutamente de la criatura.

Cuando ella está concebida, la ley vela por su existencia y por sus derechos. Pero la existencia misma es hipotética ya que el verdadero nacimiento; esto es el haber vivido la criatura después de la completa separación del vientre materno, es lo que determina si la criatura llega á ser per-

---

" Entre los romanos los hijos simplemente concebidos se contaban en el número de las personas inciertas; y como tales no podían ser asignatarios. Pero en varias circunstancias, *in compluribus causis*, se alteraba ese principio, considerándose, por una especie de ficción, la criatura concebida como nacida ya.

" Se ha pretendido que el legislador francés no tenía necesidad de acudir á tal ficción, y que, en efecto, las disposiciones de nuestro Código lejos de establecerla, cuentan las criaturas concebidas entre las personas que existen.

" Esta proposición, empero, nos parece demasiado general; y la verdad es que la criatura que se halla en el seno materno, el *foetus*, no tiene existencia distinta de la de la madre..... *pars viscerum matris*. Sólo cuando el nacimiento se efectúa adquiere la criatura existencia independiente extrauterina; y en realidad desde ese momento se cuenta en el número de las personas. Así, la edad se computa desde el nacimiento, y no desde la concepción..... " (Demolombe, XIII. 174.)

" El hombre es persona desde el instante mismo del nacimiento, si nace vivo y viable. Hasta entonces no es persona distinta, no es sino *pars viscerum matris*. Pero en Derecho romano se consideraba, por ficción, que la criatura simplemente concebida estaba ya nacida cuando su utilidad lo exigía. Ese principio, admitido también en nuestro Derecho, se ha formulado en estos términos : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis eius agitur*. El Código civil reconoce el mismo principio en toda su generalidad. Pero el beneficio no puede reclamarse por los sucesores del hijo sino cuando éste ha nacido vivo y viable. " (Baudry-Lacantinerie. I. 289.)

sona capaz de adquirir y transmitir derechos. Luego, en virtud de la naturaleza misma de las cosas los derechos que corresponderían á la criatura se suspenden hasta el parto; de otro modo esos derechos serían del todo nugatorios.

Cuando el nacimiento constituye un principio de existencia, se retrotrae, en cuanto á los derechos, á la época en que éstos hubieran correspondido á la criatura si hubiese estado nacida. En este caso importantísimo se aplican, pues, las reglas correspondientes al máximum y al mínimun de la gestación. Los ciento ochenta ó los trescientos días que ella puede durar son los que determinan si los derechos correspondieron ó no correspondieron á la criatura.

Volveremos á este punto al comentar el art. 214.

Cuando el nacimiento no constituye un principio de existencia, la criatura, lo repetimos, no llegó á ser persona, y por lo mismo su vida intrauterina no surte ningún efecto. Los derechos que estuvieron suspensos pasan, pues, á otras personas como si la criatura nunca hubiera estado concebida. Ya dijo la ley romana (copiada en las *Concordancias*) : *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur.*

Art. 78. La persona termina en la muerte natural. (*)

REFERENCIAS.

El artículo. 95. 953.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 80.

C. E. 75. La persona termina con la muerte natural.

C. Arg. 103. Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas.....

C. C. 94.

C. Esp. 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

(*) Savigny. II. § 43. — Zachariae. (A. R.) I. § 53.

www.libtool.com.cn

COMENTARIO.

162. La ley distingue la muerte natural de la muerte civil.

La muerte natural extingue de una manera absoluta la personalidad del individuo.

La muerte civil no extingue la personalidad sino en cuanto concierne al derecho de propiedad; pues, como lo veremos al comentar el art. 95, el Código chileno no reconoce la muerte civil que, establecida por el Código de Napoleón, extinguía del todo la personalidad.

163. Importantísimo determinar cuándo expira la existencia de la persona cuyos derechos y obligaciones se trasmiten á otras.

Ningún acto menos susceptible de dudas que la muerte; y la redacción del artículo no deja nada que desear: la persona termina en la muerte natural. (1)

164. "Extinguiendo la muerte natural la capacidad jurídica", dice Zachariae, (2) "síguese que si alguno reclama un derecho como sucesor de otra persona, está obligado á probar que esa persona existía cuando nació tal derecho.

Art. 79. Si por haber perecido dos ó mas personas en un mismo acontecimiento, como en un naufrajio, incendio, ruina ó batalla, ó por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el órden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, i ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras. (*)

---

(1) Inconsulta fue la reforma del art. 75 del Código Ecuatoriano, hecha por la Corte Suprema: "*La persona termina con la muerte natural*"; pues la redacción expresa que la muerte natural y la persona terminan á un mismo tiempo. Véase *con* en el Diccionario de D. Rufino J. Cuervo.

(2) A. R. I. § 53.

(*) Savigny. II. § 63. — Locré. X. 65. art. 3-6. — 67. 5-7. — 180. 5 — 218. 11. — 280. 10. — Merlin. Mort. § II. — Toullier. IV. 74-78. — Laurent. VIII. 514-523. — Demolombe. XIII. 93-119. — Zachariae. (M. V.) II. § 352. — Zachariae. (A. R.) I. § 53. — Demante. III. 18-22. — Maynz. I. § 10.

www.libtool.com.cn

CONCORDANCIAS.

P. de B. 81.
C. E. 76.

C. de N. 720. Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe.

721. Si ceux qui ont péri ensemble, avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu.

S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu.

Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.

722. Si ceux qui ont péri ensemble, avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année.

S'ils étaient de même sexe, la présomption de survie qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.

720. Si dos ó más personas llamadas á suceder una á otra, perecen en un mismo acontecimiento, sin que pueda saberse cuál murió primero, la presunción de haber sobrevivido se determina por las circunstancias, y, á falta de ellas, por la resistencia de la edad ó del sexo.

721. Si los que perecieron á un mismo tiempo tenían menos de quince años, se presumirá que sobrevivió el mayor.

Si todos tenían más de sesenta años presúmese que sobrevivió el menor.

Si unos tenían menos de quince años y otros más de sesenta, presúmese que los primeros sobrevivieron.

722. Si los que perecieron á un mismo tiempo tenían quince años cumplidos, y menos de sesenta, presúmese que sobrevivió el varón, cuando las edades son iguales, ó si la diferencia no excede de un año.

Si todos fueron de un mismo sexo, debe aceptarse la presunción de supervivencia de donde nace la sucesión en el orden natural : presúmese, pues, que el menor sobrevivió al mayor.

www.libroot.com.ar

C. Arg. 109. Si dos ó mas personas hubiesen fallecido en un desastre común ó en cualquier otra circunstancia, de modo que no se puede saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar trasmisión alguna de derecho entre ellas.

C. Esp. 33. Si se duda, entre dos ó más personas llamadas á sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra, debe probarla; á falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la trasmisión de derechos de uno á otro.

P. VII. XXXIII. 12..... Otrosi dezimos, que muriendo el marido, e la muger en alguna naue que se quebranta en la mar, o en torre, o en casa que se encendiesse fuego, o que se cayese a so ora, entendemos que la muger, porque es flaca naturalmente, moriria primero que el varon : e tiende pro saber esto, por razon de las donaciones que el marido, e la muger, fazen el vno al otro en su vida : e por las posturas, e los pleytos, que ponen entre si, en razon de las dotes, e de las arras. Ca, por la muerte del que primero muere, gana a las vezes el otro; assi como diximos en las leyes que fablan en esta razon. E aun dezimos, que si el padre, e el fijo que fuesse mayor de catorze años, muriessen en alguna lid o en la mar pro el quebrantamiento del nauio, o en alguna otra manera semejante : que si se non pudiere saber qual dellos murio primero, que es de entender, que el padre murio primeramente. Esso mismo dezimos, de la madre, que muriesse a so ora con su fijo, por alguna ocasion semejante destas, que les acaesciesse de consuno. Mas si el fijo fuesse menor de edad de catorze años, deue ome sospechar que murio primero, por la flaqueza que es en el, porque es niño : esto tiene pro a saber, quando fuesse contienda entre los parientes, en razon de los bienes, quales dellos los deuen auer, o heredar.

D. XXXIV. V. 9. § I. Quum bello pater cum filio periisset, materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante periisset, Divus Hadrianus credidit, patrem prius mortuum.

§ 1. Habiendo muerto en la batalla el hijo con el padre, la madre vindicó los bienes del hijo como muerto después; pero los agnados del padre como si el hijo hubiese muerto antes : creyó el Emperador Hadriano que el padre había muerto antes.

www.libros1.com.ar

§ 2. Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius; hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

§ 3. Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo : si in matrimonio mulier decessisset, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.

§ 4. Si Lucius Titius cum filio pubere quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

§ 2. Si el liberto muriese juntamente con su hijo, al patrono se le pone en posesion de la herencia AB INTESTATO : si no se prueba que le sobrevivió él hijo : esto se determina por la reverencia que se debe al patrono.

§ 3. Si el marido y la muger muriesen juntamente, tendrá lugar la estipulación de dote por el capítulo : Si la muger muriese en el matrimonio; si no se probase que sobrevivió al marido.

§ 4. Si Lucio Ticio muriese con el hijo púbero, á quien había nombrado en el testamento por único heredero, se entiende que el hijo sobrevivió al padre, y que fué heredero por el testamento, y pasa la herencia del hijo á sus sucesores : si no se prueba lo contrario. Pero si el hijo impúbero muriese juntamente con su padre, se cree que le sobrevivió el padre : si no se probase lo contrario.

COMENTARIO.

165. Este artículo prevé el caso de que concurran las dos siguientes circunstancias :

1ª. Dos ó más personas mueren en *un mismo acontecimiento*, como naufragio, incendio, ruina, batalla; y

2ª. No puede saberse el orden en que han ocurrido lo fallecimientos.

Cuando concurren tales circunstancias, fija la ley est importantísima regla : procédese sobre el supuesto de qu todas las personas murieron en un mismo instante, y nii guna sobrevivió á las otras.

166. Si los fallecimientos no se han efectuado en un mismo suceso, no se comprenden en la regla que acabamos de puntualizar. Pero si fuere imposible saber cuál de las dos personas ha sobrevivido, juzgamos que aplicándose el art. 24 del Código civil, por analogía debe declararse que las personas han muerto simultáneamente.

Así, por ejemplo, si en un mismo día se han efectuado dos batallas en distintos lugares, y en la una hubiere muerto un hermano y en la segunda otro, no se procede sobre el supuesto de que ambos han muerto á un mismo tiempo; y solo en caso de que fuera absolutamente imposible averigüar cuál de los dos murió primero, se declararía que ambos murieron á un mismo tiempo y que ninguno de ellos sobrevivió al otro.

167. La ley no establece la presunción de muerte simultánea sino cuando no fuere posible rendir prueba del orden en que se verificaron los fallecimientos. Naufraga un navío, no se salva ninguno de los que navegaban, y en él perecieron cuatro hijos y su padre. De toda imposibilidad imposible, pues, saber á punto fijo en qué orden ocurrieron los fallecimientos. Pero si algunos pasajeros se hubieren salvado, y ellos suministran datos sobre tal orden, el juez lo determinará conforme á las pruebas que se rindan.

168. La determinación del orden en que ocurren los fallecimientos es de suma importancia cuando se trata del derecho hereditario; pues el primero que fallece trasmite sus derechos á otras personas, y aunque estas sobrevivan un solo instante, entre los derechos de éstas se cuenta el de trasmisión.

De donde se deduce que es absolutamente equitativa la regla cual la formula el Código chileno; porque las presunciones que establecen las leyes romanas y las francesas son absolutamente inciertas, ya que en un acontecimiento extraordinario como terremoto, incendio, naufragio, la edad y las fuerzas no pueden influír en manera alguna en el den de los fallecimientos. (1)

---

(1) " Cuando dos personas, llamadas á sucederse recíprocamente, mueren en un mismo acontecimiento, interesa determinar cuál ha fallecido la última, porque de aquí dependen en

169. Las leyes romanas, como lo hemos visto en las

www.libtool.com.cn

---

todo ó parte los derechos de los herederos respectivos. La supervivencia se determina por las circunstancias del caso, i en su defecto por las de la edad i del sexo. La lei 12, título 33, *Partida* 1ª establece con este motivo dos presunciones: muriendo el marido i la mujer en algun acontecimiento que les acaezca de consuno, se entiende que moriria primero la mujer porque *es flaca naturalmente;* muriendo juntos el padre ó la madre con un hijo o hija, se juzga que éstos premurieron si no son púberes, ó por la inversa si lo son. Supongamos, por ejemplo, que hayan perecido en un naufrajio una madre con su hijo, dejando aquélla un hermano carnal, i éste un hermano de padre, extraño por consiguiente á la madre i al tio. Si el hijo era púber, se entiende premuerta la madre, i la sucesion de ambos pasa al hermano paterno; si, por el contrario, el hijo era impúber, él se entiende premuerto, i el hermano de la madre entra á suceder en los bienes de ésta i del hijo. En esta hipótesis, se ve que los derechos del heredero dependen totalmente de la presuncion legal. Supongamos ahora que fallecen en un mismo accidente un padre con su hijo tercero, dejando cuatro nietos sin padre, tres por parte del hijo primojénito i uno por parte del hijo segundo. Si por la pubertad del hijo se entiende premuerto el padre, primeramente se divide el patrimonio de éstos en tres porciones, una para cada uno de los hijos, representando los nietos a sus padres difuntos; i luego el del hijo tercero, aumentado con la porcion paterna, se divide entre los cuatro nietos por partes iguales. Si por ser el hijo impúber se presume sobreviviente el padre, los dos patrimonios reunidos se reparten entre los cuatro nietos por estirpes. Fijemos cantidades: si el padre tenía nueve mil pesos i el hijo tres mil, en la primera suposicion los tres nietos por parte del primojénito percibirán dos mil quinientos pesos cada uno, i el nieto, por parte del segundojénito, cuatro mil quinientos; en la segunda, éste percibirá seis mil pesos, i los tres tendrán porciones iguales de dos mil. La presuncion legal fija, pues, en esta hipótesis, las porciones de los coherederos.

" Pero la lei de *Partida*, concordante con las leyes 9, 22 i 23 del *Digesto*, título *de rebus dubiis* solo resuelve dos cuestiones particulares, sin asentar regla alguna para la multitud de otras que pueden ocurrir. En el Código francés (art. 721 i 722), se dan reglas para la decision de casi todos los casos posibles, ajustadas á la diferencia de fuerzas físicas, calculada en razon de l diversidad de edad i sexo. Si perecen juntamente dos ó ma personas, menores de quince años, se entiende premuerto menor. Si todos eran mayores de sesenta, se presume que h muerto antes el mayor. Si los unos tenian menos de quince año i los otros más de sesenta, se presume que sobrevivieron lo

concordancias, determinaban en estos casos otras reglas, de todo punto arbitrarias. (2)

www.libtool.com.cn

---

primeros. Si los que han fallecido juntos tenían quince años cumplidos i menos de sesenta, el mas joven se presume sobreviviente; pero si hai igualdad de edad, ó una diferencia que no exceda de un año, se entiende que el varon ha sobrevivido á la hembra. Es preciso confesar que las presunciones en que se fundan estas reglas, son demasiado lijeras. Si se incendia la habitacion en que vive un niño recien nacido i su padre sexajenario, ¿estará en el orden natural que sobreviva aquél al anciano? Nuestro Derecho resuelve negativamente; el francés por la afirmativa; i en su misma contradiccion, muestran la incertidumbre de los principios de que parten i la poca consistencia de la base en que estriban. Siendo imposible alcanzar la verdad, el lejislador en estas decisiones solo se ha propuesto establecer una regla que precava los altercados, i sin duda era preciso dar alguna, pero, ¿no pudo excojitar otra mejor, que la que se deriva de unas presunciones tan vagas? ¿No pudo adoptar un término medio que llenase su objeto de un modo más equitativo i racional, sin burlar esperanzas que él mismo ha creado? Siempre que las circunstancias del hecho no arrojan presunciones vehementes para juzgar que uno de los que perecieron en un mismo acontecimiento, murió primero que otro, lo que dicta la equidad natural es proceder como si ambos hubiesen exhalado el último suspiro en un mismo momento. Privar á los herederos de alguno de ellos de toda la sucesion, por indicios tan débiles como los que suministra la diferencia del sexo, ó de unos pocos años ó meses de edad, es una manifiesta injusticia. Aun cuando hai gran diferencia en las edades, ¿quién ignora la multitud de circunstancias de salud, robustez, ajilidad i presencia de ánimo, que pueden modificar la vitalidad, dar fuerzas al individuo para luchar largo tiempo contra el peligro i la muerte, i prolongar su existencia en una razon contraria á la de las presunciones legales?

" Juzgamos que la regla siguiente sería mas racional i justa. Cuando mueren dos ó mas personas en un mismo acontecimiento, sin que las circunstancias del caso den á conocer con alguna verosimilitud cuál de ellas falleció primero (punto que debe dejarse á la decision del majistrado), el total de los patrimonios reunidos pertenecerá *pro indiviso* á los herederos de los difuntos, cabiendo en él á cada heredero el término medio de todas las cuotas que en las diversas suposiciones de supervivencia le tocarían; el cual se obtiene dividiendo la suma de las cuotas por el número de suposiciones posibles. Por ejemplo : naufragan un padre i un hijo; aquél tiene á un hermano por heredero; éste a su madre : el primero deja cuarenta mil pesos de patrimonio; el segundo, veinte mil. Si se supone que falleció primero el padre, cabrán á la

170. También hemos visto que los redactores del Código de Napoleón establecieron estas dos reglas :

www.libtool.com.cn

---

madre sesenta mil; al hermano, nada. Si se supone premuerto el hijo, la madre heredará diez mil pesos; i el hermano, cincuenta mil. Suma de las cuotas de la madre, setenta mil; del hermano, cincuenta mil : número de suposiciones, dos. Término medio para la primera, treinta i cinco mil pesos; para el segundo, veinticinco mil. Otro ejemplo : si pereciese en el naufrajio ademas del padre i del hijo un hermano del padre, dejando aquél treinta mil pesos de patrimonio, el segundo veinte mil, i el tercero diez mil, i se presentasen á la sucesion de los tres patrimonios la madre del hijo, i un sobrino de ambos hermanos, podrán hacerse hasta seis suposiciones de supervivencias; i divididas por este número las sumas de las cuotas de cada heredero, darian por término medio, despreciando fracciones, á la madre treinta i tres mil trescientos treinta i seis pesos, i al sobrino veintiséis mil seiscientos sesenta i siete.

Esta regla nos parece, no solo equitativa, sino de fácil intelijencia i aplicacion á las sucesiones ab intestato. Ella tiene además una ventaja política, que no debe desestimarse en un pais republicano, i es el favorecer la subdivision de los patrimonios, objeto de mucha importancia para las sociedades modernas, en que la industria i el comercio tienden con tanta fuerza á la acumulacion de los capitales, orijen fecundo de miserias i vicios." (Bello. Opúsculos Jurídicos. págs. 289-292.)

(2) " Puede haber certeza de que dos ó más personas murieron, y de que murieron en un mismo día, sin que se sepa cuál sobrevivió; y el saberlo interesa, en especial tratándose de la sucesión.

" Así, la una puede haber muerto antes ó después que la otra ú otras, ó han podido morir á un mismo tiempo. Si esos tres casos son igualmente inciertos y todas han perecido en un mismo acontecimiento como batalla, naufragio, el Derecho romano establece presunciones que hacen de prueba.

" Presúmese en general que todas perecierón simultáneamente.

" Esta regla tiene excepciones cuando el hijo perece con su padre ó madre. Si el hijo es impúber, presúmese que murió primero; lo cual excluye en ambos casos la presunción de simultaneidad.

" Esta excepción se sujeta á dos restricciones especiales :

" a). Cuando un libertino perece con su hijo, aplícase la regla general, y presúmese que ambos murieron á un mismo tiempo.

" b). Si un testador ha gravado á su heredero con un fideicomiso bajo la condición : *si sine liberis decesserit,* y si el heredero perece en un naufragio con su hijo único, presúmese, aunque éste sea púber, que ambos perecieron simultáneamente." (Savigny. Ti § 63.)

1ª. Ante todo se ha de atender á las circunstancias, pues cuando ellas ponen en claro el orden en que se han efectuado los fallecimientos, el juez decide según las pruebas que se hubieren rendido; (3)

2ª. Si las circunstancias no bastan para determinar cuál de los fallecimientos se efectuó primero, se acude á presunciones fundadas en la resistencia de la edad y del sexo. (4)

---

(3) " Discútese el art. 3 (a).

" El Cónsul Cambacérès dice que este artículo es en extremo absoluto; que la regla debe ceder á las circunstancias, cuando éstas combaten la presunción de que una de las personas sobrevivió á las otras.

" Treilhard responde que el artículo está redactado en tal sentido. " (Locré. X. 67, 5.)

(4) " Aunque la muerte natural ", decía el Tribuno Siméon, " sea uno de los hechos más evidentes y más fáciles de justificar, á veces se efectúa á gran distancia y sin testigos. Otras veces se extiende, en un mismo instante, si sobreviene un gran desastre, á dos ó más personas, sin saberse cuáles son las primeras que perecieron. Cuando no hay entre ellas ninguna relación concerniente al derecho hereditario, no interesa descifrar el enigma. Pero si un padre y su hijo, si dos hermanos perecen en un mismo naufragio ó en un mismo incendio, importa determinar cuál murió primero; pues el que sobrevivió, aunque sea un instante, fue el sucesor : trasmite á sus herederos así sus bienes como los adquiridos en aquel instante : según se presuma la supervivencia de uno ú otro, los herederos son distintos. Necesario, pues, fijar reglas sobre estos casos que son frecuentes á causa de los viajes á ultramar y de otros mil sucesos imprevistos. Se han sustituido presunciones legales á las suposiciones y á los argumentos interesados de las partes. No era posible, empero, prescindir de las circunstancias del suceso á las cuales se atiende preferentemente; porque los hechos prevalecen sobre las presunciones, que deben limitarse á suplirlos.

" Así, aunque pueda presumirse que en una ruina común el más fuerte fue el último que pereció, no subsiste esa presunción á probarse que el fuerte fue acometido por el peligro antes que el débil : las conjeturas deducidas de la resistencia proveniente de

---

(a) Art. 3. Si plusieurs individus respectivement appelés à succession l'un de l'autre, périssent dans un même événement, ns qu'on puisse reconnaître lequel est décédé le premier, la résomption de survie est déterminée par l'âge ou le sexe.

www.libtool.com.cn

§ III.

De la presunción de muerte por desaparecimiento.

Art. 80. Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, i verificándose las condiciones que van á espresarse. (*)

REFERENCIAS.

Se presume. 47. 1712.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 82. Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose su paradero i si vive; i verificándose las condiciones que van á expresarse. (a)

C. E. 77. Se presume muerto el individuo que se ha ausentado, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones enumeradas en el artículo siguiente.

C. A. 24. No puede presumirse que el ausente ha muerto sino en estos casos.....

---

la edad ó del sexo, se subordinarán siempre á las circunstancias del acontecimiento.

" Pero si esas circunstancias se ignoran ó si no son suficientes, se combinarán con las presunciones que la ley establece con suma prudencia. " (Locré. 280. 10.)

(*) Locré. IV. 40. 18.—55. 11.—73. 33. 35.—97. 37. 38.—126.—1-6.—150. 1. 2.—153. 5.—Plasman. I. pág. 90. 91. 119-123.—Moly. 6. 9-18. 20. 25.—Toullier. I. 379-384.—Laurent. 114. 116-119. 122.—Demolombe. II. 1-5. 7-12. 14. 16-39.—48.—Zachariae. (M. V.) I. § 93. 94.—Zachariae. (A. R.) I. § 147. 148.—Demante. 141-143.—Huc. I. 394-397.—Marcadé. I. 335. 342. 352. 353.—Beaudry-Lacantinerie. I. 1055. 1058-1061. 1068.—Freitas. art. 244.—Weiss. III. Chap. II. t. III. p. 28? 285.—Fiore. I. 424. 425.—Despagnet. I. 240.

(a) Se presume muerto el individuo que ha desaparecid ignorándose cuál es su paradero y si vive, y verificándose l condiciones que van á expresarse. (Art. 82 del Proyecto ynédito

www.libtool.com.cn

COMENTARIO.

171. Si bien son en extremo raros los casos en que se declara la presunción de muerte por desaparecimiento, pues las frecuentísimas cuanto expeditas comunicaciones entre los pueblos por medio del vapor y el telégrafo, obstan á que durante largos años se ignore si un individuo vive ó ha muerto; como tales casos no son imposibles, era de todo punto necesario fijar reglas que con toda exactitud determinasen, ya la manera de proveer á la administración de los bienes de la persona que ha desaparecido de su domicilio, ya cómo debe procederse cuando se conceda la posesión provisional ó definitiva, ya cuáles son los efectos que una y otra surten.

Siendo tantos esos efectos, el sistema debió ser complicado y difícil. (1)

También provino la dificultad de que las leyes romanas nada habían dispuesto sobre esta importantísima materia; (2) y, por lo mismo, los redactores del Código de Napoleón creaban ese sistema; (3) el cual, con ciertas

---

(1) " Este título es uno de los más difíciles de estudiar en nuestro Código. La incertidumbre sobre la vida ó la muerte del ausente induce á prever tantas hipótesis diversas; las suposiciones necesarias, en cuanto á la vida ó la muerte, acarrean tantas providencias ya definitivas, ya, más á menudo, provisionales; la alternación de tales providencias, en que lo provisional se reemplaza por lo provisional mismo, es á veces tan complicada, que el conjunto de esta materia se presenta como un laberinto, en que el lector se perderá necesariamente, si no lo recorre con la más esmerada atención. " (Marcadé. I. 337.)

(2) " Sin distinguirse el estado de paz ó de guerra, puede presentarse la cuestión de saber si un ausente, esto es, el que hace muchos años ha dejado su último domicilio y de quien no se tienen noticias, está vivo ó ha muerto. El problema no se ha planteado nunca en Derecho romano en esta forma general. " (Savigny. II. § 63.)

(3) " El título que en el Código civil trata de los ausentes ", decia Bigot-Préameneu, " presenta el ejemplo notable de la paternal vigilancia de la ley, que sigue paso á paso á cada individuo para protegerle tan luego como se halle en imposibilidad de defender su persona ó de administrar sus bienes.

" En esta materia las leyes y los jueces deben emplear mucha

modificaciones, ha sido aceptado por la mayor parte de los códigos modernos.

www.ebook.com.cn

Si el Código de Napoleón es el modelo que tuvo á la vista D. Andrés Bello al formar su proyecto, síguese que es de todo punto necesario conocer á ciencia cierta las semejanzas y diferencias entre las disposiciones de aquel Código y el chileno; pues se incurriría en peligrosísimos errores á procederse sobre el supuesto de que, en esta parte, hay identidad entre el sistema de los dos Códigos.

172. El Código chileno distingue la ausencia del desaparecimiento; al paso que el Código de Napoleón confunde estas dos ideas esencialmente diversas.

" Aunque en los códigos modernos ", dice Bello (4), " se da un mismo nombre al estado de mera ausencia i al de desaparecimiento, parece más conveniente distinguirlos con denominaciones diversas, puesto que constituyen dos estados jurídicos diferentes; en el primero, subsiste la sociedad conyugal, los mandatarios del ausente continúan ejerciendo las funciones de tales, mientras no

---

sagacidad. Su objeto es proteger al ausente; pero si bien no se proponen sino precaverle de los inconvenientes de la ausencia, córrese el peligro de perturbarle en el libre ejercicio de sus derechos.

" Mucho tiempo há los jurisconsultos han deseado que acerca de esta materia se dicten reglas fijas.

" Apenas si hay alguna en el Derecho romano.

" Las relaciones del comercio exterior y los trastornos políticos han multiplicado mucho la ausencia.

" Cuando la ausencia se ha prolongado durante algún tiempo, sin noticias, se han deducido, conforme á los usos de las diversas naciones, distintas consecuencias.

" Y muchas veces se ha fijado la regla de que se presume que toda persona ausente cuya muerte no consta, vive hasta cumplir cien años, esto es, el término más largo de la vida ordinaria.

" Otros han juzgado que relativamente á la posesión y aun á la propiedad de los bienes del ausente, debía presumirse que éste había muerto antes de los cien años.

" Otros han distinguido entre los ausentes que viajan y los que súbitamente habían desaparecido.

" Estas opiniones carecían de base sólida, y han conducido á muchas inconsecuencias. " (Locré. IV. 126. 1-4.)

(4) Nota al art. 82 del Proyecto.

espira por alguna otra causa el mandato, i, si es necesario, se provee á los derechos del ausente por medio de un curador que le representa; en el segundo, hai á lo menos un principio de presuncion de muerte, i se da á los herederos presuntivos la posesion provisoria, i al cabo de cierto tiempo la posesion definitiva."

El Código chileno, que en esta parte no alteró ni en lo más mínimo el sistema del proyecto, distingue, insistimos en ello, los dos estados enteramente diversos: la ausencia y el desaparecimiento; y su sistema es muy superior al del Código de Napoleón. (5)

Tratándose de la mera ausencia se nombra curador de los bienes en los casos previstos en el art. 473; (6) y, según el art. 80, cuando concurren ciertas circunstancias, presúmese que el desaparecido ha muerto.

Tal distinción era absolutamente necesaria. "Hay en alemán", dicen Aubry y Rau, (7) "dos expresiones distintas para designar las personas cuya ausencia no es sino presunta (*vermisst*), y aquellas cuya ausencia se ha declarado (*verschollen*). La lengua francesa no es tan rica: no tiene sino el término genérico *absence*, para calificar las personas que se hallan en una ú otra de estas situaciones. Esa pobreza de la lengua ha originado algunas dificultades. Pregúntase si, en tal ó cual circunstancia (por ejemplo el artículo 130), el legislador se ha referido á los ausentes en general, ó solo á aquellos cuya ausencia se ha declarado".

Cuando se presentó el primer proyecto del título de los ausentes (Código de Napoleón), el epígrafe del capítulo primero decía: *De las personas que habiendo dejado su domicilio, no han sido declaradas ausentes;* y, al discutirse ese epígrafe, el Primer Cónsul (8) propuso que suprimiéndose la palabra ausente, la cual no designa, en el

---

(5) "Debo decir que de todos los códigos el que mejor regla esta materia del fallecimiento presunto es el Código de Chile, cuyas ideas he aceptado con algunas modificaciones." (Freitas. Nota al art. 244, nº 2º de su Proyecto.)

(6) Véase el comentario del art. 83.

(7) Anotaciones á Zachariae. (I. § 148.)

(8) Locré. IV. 54. 5.

lenguage común, sino al que actualmente no está en un lugar, se emplease un término técnico exento de ambigüedad. "

Y añadió, en la misma discusión : (9) " Los que soliciten se declare la ausencia deben probar que la persona de cuya existencia se trata ha dejado su domicilio. Puede suceder, en efecto, que haya muy graves presunciones en cuanto á la muerte de una persona que no ha salido de su domicilio, aunque no se hubiera hallado su cadáver. Entonces puede decirse que ese hombre ha *desaparecido*, pero no que está *ausente*.

Hé aquí el genio vislumbrando la distinción hecha por D. Andrés Bello; la cual facilita el estudio de las reglas concernientes á dos estados que, lo repetimos, son del todo diversos : *ausencia* y el *desaparecimiento*. (10)

Si bien el art. 80 del Código chileno expresa con toda claridad que se presume muerto el individuo que ha desaparecido, no siempre se deducen todas las consecuencias de tan fecundo principio. Las anomalías que en esta parte se notan provienen, á no dudarlo, de la decisiva influencia del Código de Napoleón.

173. El Código de Napoleón no presume que el desaparecido ha muerto : la vida y la muerte son del todo inciertas. (11)

---

(9) IV. 54. 11.

(10) La Corte Suprema del Ecuador manifestó, forzoso es decirlo, absoluta ignorancia del sistema del Código chileno al sustituir (en la edición de 1888) *ausente* á *desaparecido;* lo cual no sólo atañe á la redacción, sino que altera esencialmente los principios; y para ello no estuvo autorizada.

A las reformas concernientes á la redacción no precedió el estudio jurídico del Código civil, sino la manía de suprimir los *neologismos* y *galicismos*. En el Diccionario de la Academia Española no se halló la palabra desaparecido en la acepción en que la emplea D. Andrés Bello, y juzgóse muy acertado poner *ausente* donde se leía *desaparecido*, sin atenderse á la confusión entre dos situaciones que el Código chileno distingue, ni á las anomalías y aun absurdos que resultan. Cómo si la autoridad del redactor del *proyecto* no bastase para legitimar el uso de la voz desaparecido; cómo si no les fuera potestativo á los escritores eminentes, v. g. Bello y Montalvo, el crear palabras ó expresiones, que la ciencia y la literatura se apresuran á recibir en su vocabulario.

(11) Cuando se discutía, en el Consejo de Estado, el primer

174. Tanto el Código chileno como el de Napoleón distinguen tres períodos; pero hay, en cuanto á ellos, notabilísimas diferencias. El primero, fija un período de diez ó cuatro años (en los casos previstos en los números 6° y 7° de este artículo), en que el desaparecimiento surte el efecto de mera ausencia; la posesión provisional de los bienes del desaparecido; y la posesión definitiva. El Código de Napoleón (12) y sus intérpretes (13) distinguen tres períodos : el

---

proyecto del título *De los ausentes*, decía Tronchet: " Es ridículo declarar que el ausente ha muerto : según la ley el ausente no ha muerto ni vive. La ausencia puede ser presunción de muerte; pero, prescindiéndose de los casos de fraude, la ley no da por cierto sino lo probado. Asimismo sería muy singular que resucitase la persona á quien se ha declarado muerta.

" El principio más natural y más sencillo consiste en mirar la vida y la muerte del ausente como inciertas. " (Locré. IV. 40. 18.)

Al discutirse por segunda vez en el Consejo de Estado el mismo título *De los ausentes*, dijo Portalis : " El ausente no es reputado muerto ni vivo, y de ahí se deduce que debe probarse la vida ó la muerte del ausente, según que la acción se funde en la hipótesis de su existencia ó no existencia. "

" Boulay añadía : " El principio según el cual se reputa que el ausente no está vivo ni muerto, es un principio anómalo; pero es el resultado de la sabiduría de los siglos, y no se ha podido obtener uno mejor. " (73. 33.)

Por último, leemos en la exposición de Bigot-Préameneu ante el Cuerpo Legislativo : " Cuando no ha transcurrido mucho tiempo desde que un individuo abandonó su domicilio, la presunción de muerte no puede resultar de la ausencia y debe considerársele vivo.

" Pero si durante algunos años no se tienen noticias del ausente, se considera entonces que las relaciones de familia, de amistad, de negocios, se hallan tan arraigadas en el corazón y en las costumbres del hombre, que su interrupción absoluta se atribuye á causas extraordinarias, entre las cuales se cuenta el tributo mismo que se debe á la naturaleza.

" Entonces se presentan dos presunciones contrarias, la una de muerte, por falta de noticias; la otra de vida por su curso ordinario. La consecuencia lógica de las dos presunciones contrarias es el ESTADO DE INCERTIDUMBRE. " (127. 5.)

(12) " La ley, decía el Tribuno Leroy ", se divide en cuatro capítulos. El primero trata de la presunción de ausencia; el segundo, de su declaración; el tercero, de sus efectos; y el cuarto,

de la ausencia presunta; el de la ausencia declarada, que conduce á la posesión provisional, y el de la posesión definitiva.

www.libtool.com.cn

Nos limitamos á determinar, por ahora, esos períodos; y en el comentario de los respectivos artículos examinaremos los efectos que, en cada período, surte la presunción de muerte por desaparecimiento. Esa presunción, como todas las meramente legales, admite prueba en contrario; y

---

de la vigilancia sobre los hijos menores del padre que ha desaparecido.....

" Ya sabéis que por presunción de ausencia se entiende el estado de una persona que no se halla en el lugar de su residencia acostumbrada, y de quien no se han tenido noticias, pero cuyo desaparecimiento no ha durado aún cinco años.....

" Pasemos al análisis del capítulo segundo. En esta parte del proyecto es donde se determina cómo se convierte la ausencia en un hecho auténtico y legal. Cuatro años han transcurrido sin que una persona se halle en el lugar de su domicilio ó de su residencia, y sin que se tengan de ella noticias. Entonces los interesados pueden comparecer ante los tribunales para que la ausencia se declare. " (Locré. IV. 153.-4.5.9.)

(13) " El Código ha dividido la ausencia en tres períodos principales : la presunción de ausencia, la declaración de ausencia ó ausencia propiamente dicha, y la ausencia que se puede denominar definitiva.

" El primer período comienza al instante del desaparecimiento ó de las últimas noticias; dura cinco años á lo menos, si el ausente no ha constituído procurador y once cuando le ha constituído. Este período termina cuando se expide el fallo que declara la ausencia.

" El segundo período, que data de la sentencia de declaración, comienza el día de esa sentencia, la cual no puede pronunciarse sino á la expiración de los plazos de que acabamos de hablar.

" El tercer período comienza á la expiración de treinta años, que transcurren desde la posesión provisional, esto es, á la expiración de los treinta y cinco años á lo menos, ó de cien años á partir del nacimiento del ausente, y dura hasta el regreso del ausente ó hasta la acción reivindicatoria que sus hijos ú otros descendientes pueden deducir dentro de treinta años, contados desde la posesión definitiva. " (Plasman. I. pág. 90.)

" La ley distingue tres períodos : la presunción de ausencia, la declaración de ausencia á que sigue la posesión provisional de los bienes del ausente, y la posesión definitiva. " (Laurent. II. 119.)

por lo mismo tan luego como conste plenamente que el desaparecido vive ó que ha muerto, procédese á devolverle los bienes, ó á distribuirlos entre sus herederos.

175. Con sumo acierto procedió, á nuestro ver, D. Andrés Bello al determinar, en el art. 80, el principio fundamental en esta materia: *Se presume muerto el individuo que ha desaparecido ignorándose si vive*, y á deducir, en los artículos siguientes, todas las consecuencias del principio.

I.

Art. 81. La presuncion de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles dilijencias para averigüarlo, i que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han trascurrido á lo menos cuatro años. (*)

REFERENCIAS.

Presunción. 47. 1712.
Domicilio. 59. 62.
Justificándose. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. I. La presuncion de muerte debe declararse por el juez, justificándose previamente que se ignora el pa-

---

(*) Locré. IV. 29. art. 1°.—35. 4. 5.—38. 12.—48. art. 4.—49. art. 6.—50. art. 12.—55. 10. 11.—56. 13.—57. 19.—79. art. 1°.—80. art. 4.—81. 3. 4.—87. 10.—104. art. 1°.—105. art. 4.—118. art. 7.—128. 7.—154. 9.—170. 11.—Merlin. Absent. art. CXV. — Dalloz. Absence. 31. 35. 36. 53. 57. 141. 153-159.—Plasman. I. pag. 13-21. 96-101.—Moly. 64-66. — Toullier. I. 390. 400. 401.—Laurent. II. 119. 135. 136(D.C.I.) VI. 334. 342. VII. 92-94. —Demolombe. II. 14 *bis* (1). 14 bis(2). 17. 20. 50-57. — Zachariae. (M. V.)I. § 95.—Zachariae. (A. R.)I. § 149. 151.—Marcadé. I.—art. 112. V. art. 115. I. III-VI.—Huc. I. 398. 401. 407.—Baudry-Lacantinerie. I. 1075.1078.—1317-1325.—Freitas. art. 144. 270. 271. —Fiore. I. 426. 429.—Despagnet. 240. 241.—Weiss. III. chap. III. t. III. p. 282-295.

radero del desaparecido, que se han hecho las posibles dilijencias para averigüarlo, i que desde la fecha de las últimas noticias de su existencia, han trascurrido á lo menos cuatro años. (b)

C. E. 78. I. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el ausente haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averigüarlo; y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del ausente, han transcurrido, á lo menos, cuatro años.

C. de N. 112. S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées.

112. Si fuere necesario proveer á la administración de los bienes de un presunto ausente, que no ha constituído mandatario, conocerá en la causa el juez de primera instancia, á petición de los interesados.

115. Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée.

115. Cuando una persona desapareciere de su domicilio ó residencia, y transcurran cuatro años sin que se tengan de ella noticias, los interesados podrán solicitar ante el tribunal de primera instancia que la ausencia se declare.

C. Arg. 110. La ausencia de una persona del lugar de su domicilio ó residencia en la República, haya ó no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la presunción de su fallecimiento.

(b) La presuncion de muerte debe declararse por el juez, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averigüarlo, y que desde la fecha que tuvieron las últimas noticias de su existencia, han transcurrido á lo menos cuatro años. (Art. 83, 1, del Proyecto inédito.)

111. Los seis años serán contados desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticia del ausente, ó desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él.

C. C. 97. 1ª. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averigüarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido, á lo menos, dos años.

P. de G. 313. inc. 1° Pasados cuatro años sin haber tenido noticia del ausente, podrá declararse la ausencia.

C. M. 599. Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar en que se halle y quién le represente, el juez, á petición de parte ó de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos publicados en los principales periódicos de la República, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes.

618. Pasados cinco años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

C. de la L. 58. Cuando una persona desapareciere de su domicilio ó residencia, y transcurren cinco años sin que se tengan de ella noticias, sus herederos presuntivos, probando los hechos, pueden solicitar del juez competente la posesión provisional de los bienes que pertenecían al ausente cuando su partida ó cuando las últimas noticias, siempre que den fianza que asegure la administración.

C. Esp. 184. Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.

II.

Entre estas pruebas será de rigor la citacion del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones. (*)

(*) Locré. IV. 38. 12.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Pruebas. 1698.
Cuatro meses. 48.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. II. Entre estas pruebas será de rigor la citacion del desaparecido por la prensa de Chile i del país ó países en que se sepa que ha residido durante la última ausencia. (c)

C. E. 78. 2ª. Entre estas pruebas será de rigor la citación al ausente, que deberá repetirse hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

C. C. 97. 2ª. La declaración de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la Nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

C. M. 599. (Véanse las *Concordancias* del nº I.)

600. Al publicar los edictos, se remitirá copia á los cónsules mexicanos en el extranjero, á fin de que les den publicidad de la manera que crean conveniente.

624. Si el juez encuentra fundada la demanda, dispondrá que se publique durante tres meses, con intervalos de quince días, en el periódico oficial y en los demás de la República que crea conveniente, y la remitirá á los cónsules, conforme al artículo 600.

III.

La declaracion podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido seis meses al ménos desde la última citacion. (*)

(c) Entre estas pruebas, será de rigor la citacion del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones. (Art. 83, 2ª, del Proyecto inédito.)

(*) Locré. IV. 37. 7.—49. art. 7.—79. art. 1°.—129.—9.—Daloz. Absence. 51. 64-85. 168-182. 247.—Plasman. I. pág. 28-30 124-132.—Moly. 102-147.—Toullier. I. 394. 397-399.—Laurent II. 137.—Zachariae. (M. V.) I. §95. 97.—Zachariae. (A. R) I. §149 151.—Demolombe. II. 22-28. 59-62.—Marcadé. I. art 112. III. art 115. II.—Delvincourt. I. pág. 256 (7).—Huc. I. 399.—Baudry-La

REFERENCIAS.

www.libtool.com.cn

Seis meses. 48.

CONCORDANCIAS.

P. P. de B. 83. III. La declaracion podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella. (d)

C. E. 78. 3ª. La declaración podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido seis meses, á lo menos, desde la última citación.

C. de N. 112. 115. (Véanse las *Concordancias* del nº I.)

C. C. 97. 3ª. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, á lo menos, desde la última citación.

P. de G. 313. inc. 2º. Esta acción solo puede intentarse por los herederos presuntivos legítimos ó instituídos en testamento abierto, y por cualquiera otro que tenga sobre sus bienes algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

317. La declaración de ausencia no podrá decretarse hasta pasado un año, desde que se anuncie su reclamación en el papel oficial del Gobierno : decretada que sea, se la dará igual publicidad que á la reclamación.

C. M. 623. Pueden pedir la declaración de ausencia :

I. Los presuntos herederos legítimos del ausente :

II. Los herederos instituídos en testamento abierto :

III. Los que tengan algún derecho ú obligación que dependa de la vida, muerte ó presencia del ausente :

IV. El Ministerio público.

625. Pasados seis meses desde la fecha de la última publicación, y no antes, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

C. Esp. 185. Podrán pedir la declaración de ausencia :

---

ntinerie. I. 1073-1075. 1110.—Weiss. III. chap. II. t. III. pág. 3.

(d) La declaracion podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan trascurrido seis meses al menos desde la última citacion. (Art. 83, 3ª, del Proyecto édito.)

1°. El cónyuge presente.
2°. Los herederos instituídos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.
3°. Los parientes que hubieren de heredar abintestato.
4°. Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

www.libtool.com.cn

IV.

Será oido, para proceder á la declaracion, i en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes; i el juez, á peticion del defensor, ó de cualquiera persona que tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exijir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan. (*)

REFERENCIAS.

Pruebas. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. IV. Será oído, para proceder á ella i en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes, ó el defensor de menores si fuere menor el desaparecido; i el juez, á peticion del respectivo defensor, ó de cualquiera persona que tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exijir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que segun las circunstancias convengan. (e)

(*) Locré. IV. 29. art. 2. 4. 5.—37. 9.—49. art. 7. 8.—56. 14.—80. art. 3. 6.—87. 11.—105. art. 5. 6.—133. 14-16.—154. 9.—169. 9.—Merlin. Absent. art. CXIV. CXV. CXVII.—Dalloz. Absence. 58-63. 185-202.—Plasman. I. pág. 106-111.—Toullier. I. 402-405.—Laurent. II. 138-160.—Demolombe. II. 52. 63-67. Zachariae. (M. V.) I. § 97.—Zachariae. (A. R.) I. § 151.—Marcadé. I. art. 112. VI.—Demante. I. 148 bis. I-III.—Baudry-Lacantinerie. I. 1099.

(e) Será oido, para proceder á la declaracion, y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes, ó el defensor de menores, si fuere menor el desaparecido; y el ju á peticion del respectivo defensor, ó de cualquiera persona q tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exigir, además de pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no estimare satisfactorias, las otras que según las circunstanc convengan. (Art. 83, 4ª, del Proyecto inédito.)

C. E. 78. 4ª. Será oído, para proceder á la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes; y el juez, á petición del defensor, ó de cualquiera persona que tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias, convengan.

www.libtool.com.cn

C. de N. 114. Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent.

114. El ministerio público está especialmente obligado á velar por los intereses de los presuntos ausentes, y será oído en todas las demandas que les conciernen.

115. (Véanse las *Concordancias* del nº. I.)

117. Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent.

117. El tribunal que conozca en la causa entrará en cuenta los motivos de la ausencia, y los que han podido obstar á que se tengan noticias del presunto ausente.

C. Arg. 115. El juez debe nombrar un defensor al ausente y un curador á sus bienes, si no hubiese administrador de ellos, y citar al ausente por los periódicos cada mes, por espacio de seis meses.

C. C. 97, 4ª. Será oído, para proceder á la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, á petición del defensor, ó de cualquiera persona que tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

C. M. 626. Si hubiere algunas noticias ú oposición, el juez no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones que establece el art. 624, y hacer la averigüación por los medios que el oponente proponga y por los que el mismo juez crea oportunos.

C. de la L. 61. La posesión provisional puede ordenarse antes que expiren los plazos anteriores, cuando se justi-

fique que hay grave presunción de que el ausente ha muerto.

www.fbtool.com.cn

62. Al resolver el juez esta demanda entrará en cuenta los motivos de la ausencia y los que han podido impedir que se tengan noticias del ausente.

V.

Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. V.

C. E. 78. 5ª. Todos los autos y sentencias se insertarán en el periódico oficial.

C. de N. 118. Le procureur du Roi enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la Justice, qui les rendra publics.

118. Tan luego como se pronuncien sentencias así interlocutorias como definitivas, el Ministerio público las enviará al Ministro de justicia para que las haga publicar.

P. de G. 316. Si el juez encuentra fundada la reclamación, remitirá al Gobierno un testimonio de ellas, para que se anuncie en los papeles oficiales, y se la dé la conveniente publicidad.

C. M. 627. La declaración de ausencia se publicará tres veces por los periódicos, con intervalo de quince días, remitiéndose á los cónsules como está prevenido respecto de los edictos. Ambas publicaciones se repetirán cada cinco años, hasta que se declare la presunción de muerte.

C. Esp. 186. La declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

192. La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

(*) Locré. IV. 30. art. 1. 4.—38. 12.—49. art. 9.—63. 23.—10[illegible] art. 7.—118. art. 7.—134. 17.—169. 9.—Merlin. Absence. ar[illegible] CXVIII. CXX. n. VII.—Toullier. I. 406.—426.—Demolombe II. 67.—Zachariae. (M. V.) I. § 97.—Baudry-Lacantinerie. I. 110[illegible]

www.libtool.com.cn

VI.

El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; i trascurridos diez años desde la misma fecha, concederá la posesion provisional de los bienes del desaparecido. (*)

REFERENCIAS.

Diez años. 48.
Posesión provisoria. 84.
Bienes. 565.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. VI. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; i trascurridos diez años desde la misma fecha, concederá la posesion provisoria de los bienes del desaparecido, cumplidos que sean diez años desde la fecha de las últimas noticias. (f)

C. E. 78. 6ª. El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos diez años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del ausente.

C. de N. 120. Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles,

120. Si el ausente no ha constituído mandatario para la administración de sus bienes, en virtud de la sentencia definitiva que hubiere declarado la ausencia, sus herederos presun-

(*) Locré. IV. 30. art. 6.—39. 13.—40. 18.—49. art. 10.—69. 28.—81. art. 8.—90. 14. 15.—97. 38.—106. art. 8.—137. 20. —170. 11.—Merlin. Absent. art. CXX.—Dalloz. Absence. 142-150.—Plasman. I. p. 90-98. 119-123.—Moly. 209-223. 242. 358-362.—Toullier. I. 418. 419.—Laurent. II. 122.—Demolombe. I. 79-82.—Zachariae. (M. V.) I. 97.—Zachariae. (A. R.) I. § 148. 151. 152.—Demante. I. 156 bis.—Huc. I. 417.—Freitas. art. 257.—Rolin. II. 540.

(f) El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias (Art. 83, 6ª, del Proyecto inédito.)

pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration.

tivos el día de su desaparición ó de sus últimas noticias podrán solicitar la posesión provisional de los bienes que pertenecían al ausente el día de la partida ó de sus últimas noticias; siempre que den fianza para la seguridad de la administración.

www.lipool.com.cn

C. Arg. 117. En el caso del artículo 110, el juez fijará, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia, ó del día en que se tuvo de él la última noticia, y en el caso del artículo 112, el día del conflicto de guerra, naufragio, terremoto, etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió ó pudo haber ocurrido.

118. Fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, á la época del presuntivo fallecimiento del ausente, ó los herederos de éstos y los legatarios, entrarán en la posesión provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal y fianzas, que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, ó poner los bienes bajo la administración de un tercero.

C. C. 97... 6ª. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

C. P. 67. Si no se tiene, durante diez años, noticia alguna de un ausente, sus herederos testamentarios ó legales podrán pedir la posesión provisional de sus bienes, conforme al Código de enjuiciamientos.

C. A. 278. El día en que la declaración de muerte se ejecutoríe, se reputa día legal del fallecimiento del ausente.

VII.

Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcacion en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, i han trascurrido desde entonces cuatro años i practicádose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como dia presuntivo de la muerte el de la accion de guerra naufrajio ó peligro, ó, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; i concedera immédiatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 83. VII. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcacion en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, i han trascurrido desde entonces cuatro años, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufrajio ó peligro, ó, no siendo enteramente determinado el día del desaparecimiento, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la epoca en que pudo ocurrir; i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido. (g)

C. E. 78. 7ª. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcación en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, y practicádose la justificación y citaciones prevenidas

---

(*) Locré. IV. 31. art. 12. — Freitas. art. 258. — Rolin. II. 541.

(g) Con todo si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcacion en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años, y practicádose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufragio ó peligro, ó, no siendo enteramente determinado ese dia, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir; y concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido. (Art. 83, 7ª del Proyecto inédito.)

en los números precedentes, fijará el juez, como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio ó peligro. No siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del ausente.

C. Arg. 112. Causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquiera persona domiciliada ó residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido ó reputado por tal, ó que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto, ú otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, ó desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido.

113. En los casos de los artículos anteriores, el cónyuge del ausente, los presuntos herederos legítimos, los instituídos por tales en un testamento abierto, ó los legatarios, los que tuviesen derecho á bienes poseídos por el ausente, ó los que tuviesen sobre sus bienes algún derecho subordinado á la condición de su muerte, el Ministerio fiscal y el Cónsul respectivo, si el ausente fuere extranjero, pueden pedir una declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento del ausente, al juez del último domicilio ó residencia de aquel.

117. (Véanse las *Concordancias* del n° VI.)

C. A. 24. No se reputa que el ausente ha muerto sino en los siguientes casos...

3°. Si fue gravemente herido en una batalla, ó estuvo en un navío que naufragó ó en peligro de perder la vida, y no se han tenido noticias de él durante tres años...

COMENTARIO.

176. Si bien la complicación del artículo exigía que las *concordancias* se refiriesen á cada uno de sus números, debemos comprenderlos todos en un solo comentario.

El número primero encierra dos reglas:

1ª. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido tuvo en Chile:

2ª. A la declaración debe preceder prueba de los siguientes hechos:

www.libtool.com.cn

a). Que se ignora el paradero del desaparecido:

b). Que se han hecho las posibles diligencias para averigüarlo; y

c). Que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido á lo menos cuatro años. (1)

177. La primera regla es importantísima, por cuanto determina á punto fijo el único juez que tiene jurisdicción para declarar la muerte presunta.

Como lo hemos visto en las concordancias, el Código de Napoleón no determina el juez que debe declarar la ausencia de la persona que durante algunos años ha dejado su domicilio y cuyo paradero se ignora; (2) y de ahí proviene

---

(1) " Tres circunstancias son rigorosamente necesarias para que pueda pedirse la declaración de ausencia: que el ausente haya desaparecido del lugar de su domicilio ó de su residencia; que de él no se tengan noticias, y que hayan transcurrido cuatro años desde su ausencia ó desde las últimas noticias que se recibieron. Estas tres circunstancias han de concurrir simultáneamente; y, á faltar una sola, debe ser rechazada la demanda de ausencia. " (Dalloz. Absence. 154.)

(2) " Discútese en el consejo de Estado el art. 1° (a) El Ministro de Justicia. Para evitar dudas y prevenir conflictos entre el tribunal del domicilio y el del lugar donde los bienes están situados, propone se declare que el tribunal de primera instancia de que se habla en el artículo, es el del domicilio.

M. Berenger. " En efecto; si dos ó más tribunales pudiesen proveer á la administración de los bienes, fuera de temerse fallos contradictorios: uno podría declarar que hay prevención de ausencia; otro que no la hay. El tribunal del lugar donde el individuo habita es sin duda el que puede juzgar mejor si éste debe ser tenido por ausente."

M. Regnier. " No se trata aún de fallar sobre la ausencia,

(a) Art. I^er^. S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne prévenue d'absence, et qui n'a pas laissé de procuration, ou à la conservation des droits qui lui sont échus depuis son départ, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées. " (Locré. IV. pág. 79.)

que están discordes los jurisconsultos sobre la jurisdicción del juez que debe declarar la ausencia. Pero prevalece la

www.libtool.com.cn

---

sino de proveer provisionalmente á la conservación de los bienes, y es mejor que cada tribunal emplee las precauciones necesarias respecto de los bienes situados en su jurisdicción. "

El Ministro de Justicia. " Es conveniente simplificar el procedimiento, y no obligar á los interesados, á cuya solicitud se provee á la administración de los bienes, á dirigirse á dos ó más tribunales y suscitar dos ó más litigios. "

M. Regnier. " El tribunal del domicilio no tiene jurisdicción sobre los bienes situados en el territorio de otro tribunal. "

" El Ministro de Justicia objeta ese principio; juzga que en caso de ausencia la jurisdicción debe determinarse como en el de apertura de la sucesión. "

M. Tronchet. " Antes de proveer á la administración de los bienes es preciso decidir el hecho de la prevención de ausencia; el cual no puede juzgarse bien sino donde el individuo es conocido, esto es, en su domicilio. En el lugar donde los bienes están situados talvez ni se le ha visto nunca, y no es ahí donde puede decidirse si debe reputársele ausente. "

" Acéptase el artículo con la reforma de M. Regnier. " (Locré. IV. 84. 2. 3.)

" La dificultad ", dice Laurent, " fue prevista cuando la discusión y resuelta por el Consejo de Estado; mas, por negligencia ú olvido, la decisión no fue formulada en el proyecto del Código. " (II. 136.)

" ¿Por qué no dió el artículo esta explicación? ¿El Consejo cambió acaso de parecer? No; provino de las siguientes circunstancias.

" En la sesión de 12 frimario año 10, el Consejo aceptó la redacción del artículo en estos términos : " Si hay necesidad de proveer, total ó parcialmente, á la administración de los bienes de un presunto ausente, en virtud de sentencia del tribunal de primera instancia de su domicilio, y que no ha dejado mandatario debidamente constituído, se resolverá, á petición de los interesados, por el tribunal de primera instancia del lugar donde estén situados los bienes. "

" Las modificaciones que esta redacción presentaba no se habían insertado, empero, en el proyecto impreso, que el Consejo tuvo á la vista cuando lo discutió; y como se habían agregado de letra del relator, de ahí provino la omisión.

" En efecto, la discusión del Código civil se suspendió el año 10 antes que el título *De los ausentes* se hubiese presentado; y no continuó sino el año 11. Entonces se examinaron de nuevo todos los títulos. El de los ausentes se discutió según la última redacción impresa, en la cual, como se ha dicho, no estaban in-

opinión de que el juez del domicilio es quien debe declararla. (3)

www.libtool.com.cn

---

sertas las reformas del art. 113 (1° del proyecto). Un lapso de diez meses las había puesto en olvido, y se omitieron en la ley. " (Locré. E. I. p. 554.)

(3) " El legislador ha manifestado claramente la voluntad de que el tribunal del domicilio decida sobre la presunción de ausencia. Expedido el fallo, entonces cada tribunal puede proveer, en su territorio, y si hay necesidad, á la administración de los bienes que en él se hallen. " (Plasman. I. pág. 21.)

" Ninguna ley decide cuál es el tribunal competente. Puede haber dudas si lo es el tribunal del domicilio, ó, á falta de domicilio, el de la última residencia de la persona que ha desaparecido, ó los tribunales de los territorios donde estén situados los bienes á cuya administración se trata de proveer.

"¿Es preciso, en todo caso, y en cualquier lugar donde los bienes estén situados, acudir al tribunal del domicilio? ¿Se puede, al contrario, intentar la demanda ante el tribunal del lugar donde los bienes están situados?

" Las opiniones, á este respecto, no están conformes. Acuérdanse, á la verdad, en reconocer la competencia del tribunal del domicilio; pero están divergentes cuando se trata de saber en qué consiste esa competencia, y si es ó no privativa.....

" Paréceme que el tribunal del domicilio es competente para dictar todas las providencias, aun las concernientes á los bienes situados en otro territorio. " (Demolombe. II. 20.)

" El tribunal competente es el de primera instancia del domicilio, ó, á falta de domicilio conocido, el de la última residencia del ausente. Pero si hubiere urgencia, ó se trata sólo de ejecutar las providencias dictadas por el sobredicho tribunal, puede acudirse al del lugar donde están situados los bienes, para que provea á su administración. " (Zachariae. (A. R.) I. § 149.)

" ¿Cuál es el tribunal competente para dictar, á petición de los interesados, las providencias conducentes á la conservación del patrimonio del presunto ausente? La ley dice, y eso es indudable, que el tribunal de primera instancia. Esta omisión ha originado dificultades que no se presentan sino cuando el domicilio del presunto ausente y sus bienes están en territorios de tribunales distintos; porque la duda no es posible sino entre el tribunal del último domicilio (ó, á falta de éste, de la última residencia) del presunto ausente y el del territorio donde los bienes están situados.....

" Opinamos que es competente el tribunal del último domicilio, ó si ese domicilio no es conocido, el de la última residencia del presunto ausente. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1078.)

" ¿A qué juez pertenece proveer á la administración de los

178. En el art. 83 del Proyecto de D. Andrés Bello tampoco se determinó el juez competente para declarar la presunción de muerte; la Comisión Revisora lo reformó en el número primero del artículo 81. Nada más conveniente ni más jurídico. En el domicilio es donde el individuo tiene su familia, el principal asiento de sus negocios, y es generalmente conocido; donde pueden recibirse noticias del desaparecido, y suministrarse todos cuantos datos conduzcan á determinar á punto fijo si él vive ó ha muerto.

Cuando el individuo tiene domicilio general y dos ó más domicilios especiales, el único juez competente para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento es el del domicilio general; ya porque se trata de un asunto que se refiere al individuo mismo y á todo su patrimonio, ya porque á concederse la posesión provisional á los herederos presuntivos, en el último domicilio general es donde se abre la sucesión.

Si el individuo carece de domicilio, el juez de la última residencia es el competente para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento.

179. Cuando un extranjero domiciliado en Chile ha desaparecido dejando bienes en el territorio de la República, preséntanse dos cuestiones:

1ª. Si los jueces de Chile son competentes para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento; y

2ª. Qué leyes serían aplicables.

---

bienes del presunto ausente? El problema es controvertido. Unos atribuyen siempre competencia al juez del territorio donde los bienes están situados, como que se halla en aptitud para apreciar las circunstancias. Otros la atribuyen al del domicilio, para decidir sobre el estado de la presunción de ausencia, y al del territorio donde los bienes están situados, para dictar las providencias concernientes á los bienes. En fin, la mayoría de los autores se decide, y con razón á nuestro ver, por el juez del último domicilio; el cual, colocado al centro de los negocios del presunto ausente, puede conocer mejor que cualquier otro todo cuanto concierne á sus intereses. " (Weiss. III. chap. III. t. III. pág. 282.)

" El tribunal del domicilio del ausente, y en caso en que el domicilio sea desconocido, el de su residencia, es el que debe declarar la ausencia; porque él tiene á su disposición los datos necesarios para saber si el ausente vive. " (Despagnet. 243.)

La regla que comentamos es clara y terminante : la presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido tuvo en Chile. Según el art. 14 la ley obliga á todos los habitantes de la República, comprendiéndose aún á los extranjeros; y como procedemos ahora sobre el supuesto de que el extranjero, cuando el desaparecimiento, tenía su domicilio en la República, es evidentísimo que los jueces de la misma serían competentes para declarar en tal caso la presunción de muerte por desaparecimiento.

Además, el art. 955 expresa que la sucesión de toda persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; y los trámites sobre la presunción de muerte por desaparecimiento conducen á que se conceda la posesión provisional, y se abra la sucesión en los bienes del desaparecido.

Las leyes chilenas determinan, pues, así los trámites del juicio como los efectos que el desaparecimiento surte.

Si el desaparecido tuviere bienes en otras naciones, se librarán exhortos para que se dicten las providencias conducentes á la conservación de los bienes.

El curador nombrado para que los administre durante los diez ó cuatro años, que los números 6° y 7° de este artículo fijan, y los herederos provisionales, serían reconocidos, en cualquier otro Estado, como representantes legales del desaparecido.

Pero si los jueces de la nación á que el desaparecido pertenece ya hubieren pronunciado sentencia sobre la ausencia ó presunción de muerte, concediendo la posesión provisional ó definitiva; los principios sobre los efectos que surten las sentencias exigirían que los jueces de Chile se limitasen á expedir el auto de *exequatur*.

Estas consecuencias, que se deducen del sistema del Código civil chileno, no son conformes á las doctrinas de los expositores del Derecho internacional privado; los cuales opinan generalmente (4) que si bien el juez del do-

---

(4) Y el mismo autor añade : " La ley nacional es la que fija los plazos y los requisitos de la declaración de ausencia. Los otros tribunales son incompetentes, en virtud de la naturaleza

micilio puede declarar la ausencia ó la presunción de muerte del extranjero domiciliado desaparecido, sus efec-

---

misma de las cosas, y no pueden contradecir la declaración hecha por el juez del domicilio: de donde resulta que la declaración emanada de este último tribunal debe aceptarse en cualquier otra nación donde no haya pruebas ciertas, ya de la muerte, ya de la existencia del ausente.

" Como la ausencia es declarada por el tribunal del domicilio, trátase de saber si se aplicará la ley personal del ausente ó la *lex rei sitae*, para determinar las personas á quienes se entregan esos bienes, los derechos que en ellos tienen, el tiempo durante el cual los administran etc.

" Dos opiniones se han manifestado sobre este punto.

" Según la primera, aplícase la ley del lugar donde los bienes están situados, *lex rei sitae;* pero se demuestra esa solución de diferentes maneras.

" Unos dicen que la posesión provisional de los bienes del ausente constituye una especie de apertura anticipada de la sucesión, y que, por lo mismo, debe aplicarse la ley del lugar donde los inmuebles están situados, y la del domicilio en cuanto á los muebles, conforme á la doctrina que, admitida por los jurisconsultos estatutarios en materia de sucesión, el Código civil acepta en su artículo 3º.

" Aun suponiéndose que la posesión provisional que sigue á la declaración de ausencia fuese una apertura anticipada de la sucesión, pudiera dudarse que la antigua teoría de los estatutos fuese en tal caso aplicable; pues nada es menos cierto que el Código civil hubiese aceptado esa teoría en el artículo 3º.....

" Para manifestar que la ley nacional del ausente es la aplicable en cuanto concierne á las providencias que deben dictarse respecto á su patrimonio después de la declaración de ausencia, se ha dicho que la ausencia constituye una modificación en el estado jurídico de las personas, y que por eso se comprende en el estatuto personal. La razón no es fundada, porque si el ausente vive, conserva la condición jurídica que tenía antes de su desaparecimiento, ó bien esa condición no se ha modificado sino á consecuencia de circunstancias independientes de la ausencia, por ejemplo el haber cumplido veintiún años. Si ha muerto, no puede tratarse de su estado en cuanto atañe al derecho.

" La verdadera razón que induce á declarar que los efectos de la declaración de ausencia se rigen por la ley nacional del ausente, consiste en que las disposiciones expedidas por el legislador tienen en tal caso por objeto proteger al ausente, precautelar sus intereses y los de su familia, á la cual no puede éste atender.....

" En cuanto á la práctica, la aplicación de la ley nacional del

tos se rigen por las leyes de la nación á que el extranjero pertenece. www.libtool.com.cn

180. Pasemos á la regla segunda.

De todo punto necesaria la prueba de que se ignora el paradero del desaparecido, pues ante todo deben dirigirse a él los interesados. Si no se ignora tal paradero, la existencia no es incierta, y entonces, lejos de desaparecido, hubiera un mero ausente que ha dejado de estar en comunicación con su familia.

---

ausente presenta manifiestas ventajas. Si, en efecto, se supone un ausente que tenga immuebles en distintos Estados, se seguirán, según la opinión contraria, leyes distintas; podrá aplicarse la *lex rei sitae* á los inmuebles, y la ley personal á los muebles. Ahora bien, atenta la diversidad de las leyes sobre la ausencia, se hallarán dificultades insuperables. Hé aquí algunos ejemplos. Los plazos para declarar la ausencia son más ó menos largos según las legislaciónes: en un mismo Estado podrá conferirse la posesión, mas no en otros: de ahí diferencias en la gestión de las diversas partes del patrimonio, complicaciones, y mala administración por falta de unidad.

" En algunos Estados el ausente se reputa muerto en ciertas circunstancias, y se abre la sucesión; en Francia no se efectúa tal cosa sino cuando se justifica la muerte: un individuo podrá, pues, ser reputado muerto en una nación y en otra vivo, y la sucesión no se abrirá sino en cuanto á ciertos bienes." (243-244.)

" Las reglas que rigen la presunción de ausencia son aplicables á todos los bienes situados en Francia, sea cual fuere la nacionalidad del propietario, prescindiéndose de las disposiciones de la ley á que éste se halle sujeto.

" Según la ley nacional del ausente debe proceder el tribunal de su domicilio á indagar su ausencia, y expedir después, según el tenor de esa ley, bien una mera declaración de ausencia, bien una declaración de muerte.

" La declaración emanada de juez competente surte efectos extraterritoriales, en cuanto debe aceptarse dondequiera que la existencia del ausente es incierta, y en cuanto resuelve sobre esa incertidumbre." (Baudry-Lacantinerie. I. 1321.)

" Como las disposiciones que conciernen á la ausencia misma conducen á proteger los intereses de la persona y los de su familia, la competencia legislativa para proveer á tal protección debe atribuírse, en principio, á la soberanía del Estado cuyo ciudadano es el ausente, y por tanto reconocemos en la ley á ella relativa el carácter predominante del estatuto personal." (Fiore. I. 329.)

Necesaria también, por lo mismo, la prueba de que se han hecho las posibles diligencias para saber el paradero del desaparecido. Todos los trámites prescritos en los cinco primeros números del art. 81 conducen sólo á investigar dónde está el desaparecido.

La misma regla segunda exige, por último, se pruebe plenamente que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido han transcurrido por lo menos cuatro años.

181. ¿Cuál es la fecha de las últimas noticias? La del día en que se recibieron en el domicilio del desaparecido. Dice la ley que los cuatro años se cuentan desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia; y tiénense noticias, no el día en que ellas se dan en el lugar del suceso, sino el día en que se reciben en aquel donde hay interés en averigüarlo.

Esta interpretación es conforme no sólo al tenor literal de la ley, sino también á su espíritu; pues la ley exige que los interesados hagan las posibles diligencias para averigüar el paradero del desaparecido, y en virtud de esas diligencias se reciben las últimas noticias.

El art. 115 del Código de Napoleón es menos claro que el art. 81, nº 1, del Código chileno; y sin embargo los más notables expositores del derecho francés (5) opinan que los

---

(5) " Los autores reconocen que el plazo debe correr desde el día en que se recibieron las últimas noticias; y hé aquí por qué. Presúmese que el individuo ausente sabe que le basta dar noticias de su existencia cada cinco años para impedir la declaración de ausencia y la posesión provisional. Supongamos que haya escrito la primera carta en 7 de enero de 1828 y la segunda en noviembre de 1832; no hay entre las dos cartas un intervalo de cinco años. Sin embargo la carta de 7 de enero de 1828 no se ha recibido sino en el mes de diciembre siguiente; y por lo mismo es posible que la de noviembre de 1832 no llegue sino en octubre de 1833.

" Si se contasen los cuatro ó cinco años desde la fecha de la primera carta, se seguiría que la demanda pudiera intentarse e 8 de enero de 1832, y que la declaración de ausencia y la posesión provisional podrían expedirse en enero de 1833, es decir nueve meses antes de la época en que pudiera llegar la segunda carta, aunque entre tanto el ausente haya dejado pasar cinco años sin dar noticias. " (Plasman. I. pág. 97.)

cuatro años se cuentan, no desde la fecha en que se hubieren dado las noticias, sino desde aquella en que se recibieron.

Una de las circunstancias más importantes y decisivas en el sistema de la presunción de muerte por desaparecimiento, consiste en determinar á punto fijo la fecha de las últimas noticias; pues desde entonces se cuentan los cuatro años para que pueda declararse la presunción de muerte, y desde entonces corre el bienio cuyo último dia es el de la muerte presunta.

182. Transcurridos los cuatro años, declárase la presunción de muerte del desaparecido.

Después veremos (II. 193) los efectos que ello surte.

Según el art. 112 del Código de Napoleón, los cuatro años son el período de la ausencia presunta, y, expirado éste, puede solicitarse la declaración de ausencia, (6) á no ser que

---

" Debemos investigar si la ausencia deberá contarse desde el dia en que las noticias sean recibidas, ó desde la fecha de las cartas ó papeles que las contengan.

" Leemos en la ley : 'Cuando una persona no esté en el lugar de su domicilio ó de su residencia, y durante cuatro años no se han tenido de ella noticias'.

" Estas palabras : no se han tenido noticias, inducen á juzgar que la ausencia debe contarse desde la recepción de las noticias, mas no desde la fecha de los escritos que las encierran. " (Moly. 47.)

" ¿Deben contarse los plazos desde la fecha de las últimas noticias ó desde el dia en que se han recibido? Puede haber un intervalo más ó menos considerable entre las dos épocas á causa de la distancia del lugar de donde están datadas las últimas noticias. Juzgo que el plazo debe correr desde el dia en que las noticias se recibieron. " (Delvincourt. I. pág. 259.)

(6) El art. 1° del primer proyecto del título *De los ausentes* (a) habia fijado el plazo de cinco años.

M. Defermon. " El plazo de cinco años es demasiado largo; al ausente le interesa que la administración de sus bienes no permanezca abandonada tanto tiempo.

(a) Art. Ier. Celui qui, après avoir quitté le lieu de son domile ou de sa résidence, n'aura point reparu depuis cinq années, ı dont on n'aura reçu aucune nouvelle depuis ce temps, pourra re déclaré absent. (Locré. IV. pág. 29.)

el ausente hubiere constituído procurador; porque, en tal caso, no puede exigirse declaración de ausencia sino después de diez años.

183. Entre las pruebas de que se han hecho las posibles diligencias para averigüar el paradero del desaparecido,

---

M. Tronchet. "Al contrario, se perjudicaría el ausente si se abreviase el plazo. Peligroso es manifestar el inventario de los asuntos del ausente á colaterales codiciosos. Pregúntase quién administrará entre tanto los bienes si no hay mandatario; á lo cual respondemos que aun cuando la ley protege la propiedad de los ciudadanos, no dirige sus negocios: ella no es el guardador sino de los que son incapaces de administrarlos. El mayor de edad ausente, si no vela por sus intereses, se halla, en cuanto á la ley, en el mismo caso que el individuo presente que los administra con negligencia. Sólo en una circunstancia procede la ley representándole; cuando se abandona el cultivo de las tierras: entonces las leyes de policía rural prescriben que se atienda á ellas; pero esa disposición no es en beneficio del ausente; fúndase en que la sociedad tiene interés en asegurar su propia subsistencia.

M. Regnier. "La humanidad y la justicia exigen que la sociedad auxilie al ciudadano cuya ausencia es forzada, y cuya duración no ha previsto. Muy injusto sería dejar sus bienes abandonados. Si bien nadie puede entrar en el goce de ellos, es necesario velar por su conservación.

M. Real. "No puede proveerse á la administración de los bienes del ausente tan luego como parte, ni pedirse que al día siguiente se abran sus puertas; es menester dejar que transcurra algún tiempo, y mientras tanto habrá todas las dificultades que se quiere prevenir...

M. Regnier. "Según el antiguo sistema, el ministerio público era el defensor de los ausentes y velaba por sus intereses. La ley subsiste todavía, y sería muy útil repetir ahora la disposición.

M. Tronchet. "El ministerio público no interviene en los negocios del ausente sino cuando se defiere una herencia. La ordenanza de 1667 había suprimido, y con razón, la práctica de nombrar curador al ausente; la cual era peligrosa: 1°. Porque debía formarse inventario que daba á conocer el estado de sus negocios; y 2°. Porque las sentencias contra el curador pasaban con autoridad de cosa juzgada, y bastaba corromper al curador para arruinar al ausente.

"El plazo de cuatro años ha parecido suficiente para que se proceda á las diligencias que pueden conducir á declararse la presunción de muerte." (Locré. IV. 35. 3. 4.)

es de rigor la citación del mismo; la cual debe repetirse hasta por tres veces en el Periódico Oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

www.libtool.com.cn

Conveniente y aun necesario que se cite al ausente en el Periódico Oficial, órgano de comunicación entre el Estado, los habitantes de la República y los agentes diplomáticos ó consulares.

De la primera citación á la última transcurren por lo menos ocho meses dos días, y atenta la facilidad de comunicación entre los pueblos, basta aquel plazo para que el ausente reciba la citación, por remoto que sea el paraje en donde se halle.

184. La lógica exige que alteremos el orden de las reglas puntualizadas en el nº III :

1ª. No se procede á declarar la presunción de muerte por desaparecimiento, mientras no hayan transcurrido seis meses á lo menos desde la última citación; y

2ª. La declaración puede pedirse por cualquiera persona que tenga interés en ella.

185. Si es necesaria, como lo es, la citación, nada más natural que no continúe el juicio mientras no transcurra un término razonable dentro del cual pueda el ausente, que se halle en lugares remotos, ponerse en comunicación con su familia ó constituír procurador.

Sea cual fuere la fecha de las últimas noticias, no prosigue el juicio sino transcurridos catorce meses dos días desde la última citación. La fecha de ésta es la del Periódico Oficial en que se efectúa.

186. Todos los interesados en la presunción de muerte pueden pedir que el juez la declare. Entiéndese por interesados los que á causa de la presunción de muerte experimentan provecho ó perjuicio pecuniario; pues los interesados deducen en realidad una acción (7) para que se

---

(7) La voz provocar, empleada en el nº III, es impropia; pues provocar no significa sino mover ó incitar á que se siga el juicio. Los interesados son en realidad de verdad partes; intervienen en todos los trámites del juicio, y pueden interponer los recursos que el Código de enjuiciamientos concede. Nos parece, pues, acertada la reforma del Código ecuatoriano : "La declaración podrá ser *pedida* por cualquiera persona que tenga interés en ella....."

declaren los derechos que de la presunción de muerte nacen. Por tanto, son interesados el cónyuge, los socios, los herederos presuntos, legatarios, fideicomisarios; los que tienen la nuda propiedad de bienes usufructuados por el desaparecido, &. &.

www.libtool.com.cn

Según el sistema del Código chileno no se cuenta entre los interesados á los acreedores del desaparecido; pues ellos tienen derecho para pedir, conforme al art. 473, se nombre curador de bienes que representando al ausente intervenga en los respectivos juicios.

Como el Código de Napoleón no crea curadores de bienes del ausente, según su sistema sí son interesados los acreedores, y lo son también las personas que acabamos de enumerar.

Si bien los redactores del Código de Napoleón expresaron que basta un interés de parentesco (8) para solicitar que se declare la ausencia, los intérpretes (9) se acuerdan

---

(8) " El Cónsul Cambacérès pregunta quién podrá solicitar la información.

M. Tronchet. " Las personas interesadas que soliciten la declaración de ausencia.

" El Cónsul Cambacérès vuelve á preguntar si la comisión se propone conceder á los herederos de grado posterior el derecho de provocar la ausencia cuando los de primer grado no la piden.

" M. Tronchet replica que ese derecho pertenece á todo pariente, sea cual fuere su grado." (Locré, IV. 37. 7.)

" El que se ausenta sin haber dejado procurador", añadía Bigot Préameneu, " puede tener asuntos urgentes como desahucios de arrendamiento, pago de pensiones ó de otras deudas exigibles; puede tener interés en inventarios, cuentas, liquidaciones, particiones.

" Todas estas son otras tantas circunstancias en que los acreedores ú otros interesados, no deben ser privados del ejercicio de sus derechos. Tienen el de acudir á la justicia; y todo lo que los tribunales pueden hacer en beneficio de la persona que, por su ausencia, se ha expuesto á esas persecuciones, es limitarse á los actos absolutamente necesarios para que, con los bienes, se satisfaga á justas demandas." (129. 9.)

(9) El derecho de provocar las providencias que no pue ordenarse de oficio, se concede :

1°. Á todas las personas que tienen interés pecuniario, act ó eventual.....

al afirmar que no son interesados sino los que tienen, en la declaración de ausencia, un interés pecuniario.

187. El nº. IV prescribe:

1º. Que para procederse á la declaración y en todos los trámites posteriores se oiga al defensor de ausentes; y

2º. Que el juez, á petición del mismo defensor, ó de cual-

2º. Al procurador general, á quien se encomienda especialmente el velar por los intereses del presunto ausente.".(Zachariae. A. R. I. 159.)

"Como el tribunal no puede proceder de oficio, es menester, según la regla general, que se entable demanda en forma por los interesados.

"¿Quiénes son éstos? La ley no lo dice, y de ahí nuevas disputas.

"Paréceme que estas palabras comprenden aquí á todos cuantos tienen interés pecuniario, bien actual y presente, bien futuro y eventual.

"El interés pecuniario es, en efecto, el único que origina una acción en juicio; un mero interés de benevolencia y de afección no podría originar una acción de los vecinos amigos ó parientes." (Demolombe. II. 22. 23.)

"¿A quiénes denomina la ley interesados? Ante todo es incuestionable que esta palabra comprende, no á las personas que sólo tienen interés de afección, sino á las que tienen interés pecuniario en los bienes del presunto ausente.....

"Porque es un principio que sólo los intereses pecuniarios originan acción en juicio, y, como falta ley expresa que lo modifique, no hay razón para no aplicarlo. Los amigos ó parientes del presunto ausente no pueden, pues, como tales, entablar la demanda de que se trata.

"Pero son interesados, además de las personas que tienen interés pecuniario actual, las que lo tienen futuro y eventual en la conservación de los bienes que pueden deteriorarse.

"Aceptado el principio, son interesados:

"1º. Los acreedores del presunto ausente, aun aquellos cuyo crédito es á plazo ó condicional.....

"2º. Los socios del ausente, ó las personas que tienen al mismo tiempo que él un derecho real sobre ciertos bienes, como el nudo propietario de una cosa cuyo usufructo le pertenece;

"3º. El cónyuge del presunto ausente.....

"4º. Los herederos presuntos.....

"5º. Los legatarios.....

"6º. En fin aun los deudores del presunto ausente, en el caso extraordinario en que tuviesen cualquier interés en aprovechar del art. 112". (Baudry-Lacantinerie. I. 1073-1075.)

quiera persona interesada en ello, ó de oficio, exija, además de las pruebas que se le presentaren, las que según las circunstancias convengan.

www.jbtool.com.cn

Óyese al defensor de ausentes porque el asunto es en extremo trascendental, y debe intervenir una persona que evite colusión entre las parientes interesados en perjudicar al desaparecido.

Del tenor literal del número que comentamos se deduce que el defensor de ausentes es parte en el juicio, y que, por lo mismo, tiene derecho para interponer todos los recursos que el Código de enjuiciamientos concede.

Las precauciones en beneficio del desaparecido son consecuencia del principio que el Estado debe proteger á todos cuantos se hallen en imposibilidad de administrar sus bienes. Hubiera convenido, pues, que además del defensor de ausentes intervenga el funcionario que representa al ministerio público; el cual ofrece más garantías de independencia, probidad é ilustración.

También hubiera convenido (y ello podría ordenarse en el Código de enjuiciamientos) nombrar un abogado que, como curador *ad litem*, represente y defienda al desaparecido. Sólo entonces se harían todas las gestiones conducentes á evitar que la colusión y el fraude perjudiquen al desaparecido, cuyos bienes pueden dispertar á la codicia.

Concédense al juez amplísimas facultades para apreciar las pruebas. Como las circunstancias del desaparecido son muy excepcionales; era preciso que el juez no se decidiese sino por un conjunto de pruebas de donde pudiera deducirse que el desaparecido había muerto; y no convenía fijarle reglas restringidas y precisas, que le obliguen á declarar que se presuma muerta la persona cuya existencia es probable. (10)

---

(10) Cuando se presentó el proyecto sobre los ausentes (Código de Napoleón) los artículos 3 y 4 decían :

" Las últimas noticias del ausente deben resultar de instrumentos públicos ó de instrumentos privados que, suscritos por él, en caso de controversia se confrontarán.

" La existencia del presunto ausente en una época determi-

188. Todas las sentencias tanto definitivas como interlocutorias, dice el nº V, "se insertarán en el Periódico Oficial".

---

nada puede probarse, sin embargo, por testigos, ó presentándose cartas escritas por terceros fidedignos, cuya letra puede confrontarse".

El Primer Cónsul. "Estos artículos son en extremo absolutos. Puede haber una creencia general y un conjunto de datos que resulten de otras circunstancias que de las enunciadas en los dos artículos. Conviene, pues, dejar la apreciación al arbitrio del tribunal.

M. Portalis. "El juez no recibe declaraciones sino cuando la ley le autoriza, y es necesario permitirle que emplee todos los medios conducentes á su convicción.

" M. Thibaudeau, que acepta el parecer del Primer Cónsul, propone se supriman los dos artículos, y se diga que la ausencia se probará con una información que el tribunal aprecie según las circunstancias.

" Acéptase la proposición de M. Thibaudeau." (Locré. IV. 37. 9.)

Suprimidos esos artículos, en la tercera redacción del proyecto el artículo 6 decía : "El tribunal atenderá á las causas de la ausencia, á la duración presunta, y á los motivos que han podido influir en que se tengan noticias del presunto ausente. Apreciará las pruebas que resulten de la información y de los instrumentos. La sentencia se expedirá oido el ministerio público".

" M. Berenger juzga que el artículo en discusión deroga toda la legislación sobre los ausentes, pues autoriza á los jueces para aplicar las reglas que ella establece, apreciando las pruebas que resulten de la información y de los instrumentos. Si bien las reglas demasiado absolutas producen inconvenientes porque pecan en su aplicación, mayores son los inconvenientes de no establecerlas.

El Primer Cónsul. " En el curso de la discusión del Código civil son frecuentes las quejas de que son muy limitadas las atribuciones de los jueces. El inconveniente de restringirlas demasiado se ha conocido en todos los pueblos, que han declarado en sus leyes principios generales, luminosos y fecundos en consecuencias. Háse juzgado que los casos de aplicación varían á lo infinito; que en vano se procurara enumerarlos todos, y que si alguno se omitiese, las leyes redactadas en sentido absoluto serían necesariamente incompletas; que, por otra parte, fueran con frecuencia viciosas en su aplicación. Razonablemente se inculpa esa falta al proyecto del Código civil, que en muchas circunstancias pugna con la equidad.

" M. Berenger conviene en que las leyes demasiado absolutas

Según el clarísimo tenor de esta regla, puede haber más de una sentencia, y así es efectivamente. En sentencia se

www.libtool.com.cn

---

lastiman los intereses, pero la dificultad consiste en saber si ese inconveniente es más peligroso que el sistema según el cual los intereses privados quedan al arbitrio del juez. Opina que si bien no pueden determinarse todos los casos especiales, deben sacrificarse aquellos que no hubieren podido comprenderse en las reglas.

El Cónsul Cambacérès. " Esa idea argüiría injusticia en la ley. Es necesario que los jueces hallen en la ley los elementos de la decisión, y no la decisión ya formada.

" M. Berenger reconoce que su sistema originaría injusticias; pero que la ley debe reglarse por consideraciones de utilidad pública más bien que por miras particulares; y la utilidad pública no permite que se amplien las atribuciones de los tribunales. Los jueces que no están sujetos á reglas fijas pueden prevaricar impunemente; cuando, al contrario, las reglas limitan sus atribuciones, el ciudadano, que conoce esas reglas, puede determinar su conducta y sus negocios, procurando la aplicación de aquéllas si le son favorables, y evitándola, si adversas. Se lastiman entonces ciertos intereses, sin que haya culpa ni imprevisión; pero ese inconveniente debe prevalecer sobre otro mucho más general.

El Primer Cónsul. " Tal sistema supone que la ley es injusta y ello basta para derogarla. La injusticia puede cometerse por los jueces porque son hombres; pero es contrario á la naturaleza de las cosas que la ley sea injusta, y que obligue al juez á serlo contra su voluntad.

" Por otra parte, el problema está mal planteado. El se reduce á saber si son mayores los inconvenientes de sujetar á los tribunales á reglas absolutas, las cuales no obstan á que sean injustos si quieren serlo, que de referirse á la aplicación de principios generales declarados conforme á la experiencia. No se puede vacilar entre los dos inconvenientes, á considerarse que es imposible expedir leyes que prevean todos los casos, y que no dejen al arbitrio del juez el mayor número de aquellos en que debe conocer ".

El Cónsul Cambacérès. " La proposición de M. Beranger no puede admitirse. Se ha visto ya que de todas las materias comprendidas en el Código civil, la de la ausencia es la menos susceptible de reglas muy absolutas : en general el sistema de todo legislador ilustrado debe consistir en asentar los principios que sc la base de sus decisiones.

M. Thibaudeau. " Estos principios son sobre todo aplicables á la materia de los ausentes, cuya legislación no puede fundarse sino en presunciones; luego, es imposible fijar reglas absolutas

declara la presunción de muerte del desaparecido y se concede la posesión provisional; en sentencia se concede la posesión definitiva.

Tan previsora es la ley, que no conceptúa suficiente publicar en el periódico oficial las citaciones al desaparecido; ordena, además, que en el mismo periódico se inserten (11) los autos y sentencias (12); los cuales harían saber al desaparecido, si viviese, que si no constituye procurador ó no se comunica con su familia, va á disponerse de sus bienes.

189. El nº VI, consecuencia de los precedentes, encierra dos reglas que, en cuanto á esta materia, son acaso las más trascendentales:

---

que no permiten á los jueces decidir según las circunstancias; las cuales deben ser de gran peso cuando no se presenten hechos positivos en que fundar la sentencia.

" Acéptase el artículo con las modificaciones ya admitidas y la reforma indicada por el Primer Cónsul. " (87. 11.)

No puede darse un comentario más completo y luminoso del artículo 81, nº IV, del Código chileno; pues D. Andrés Bello aceptó los principios que prevalecieron en el Consejo de Estado.

(11) La idea de publicar los autos y sentencias fue del Primer Cónsul; quien expuso que convendría insertar en el boletín el fallo que declare la ausencia, y no ponerlo en ejecución sino después de un año : " Esas precauciones son necesarias para asegurar la publicidad sobre todo en lugares remotos y poco populosos, donde no puede haber noticias del ausente.

" M. Thibaudeau dice que cuando había menos relaciones entre los pueblos, y cuando las comunicaciones eran menos fáciles y menos frecuentes, esa precaución pudo ser necesaria. Pero como ahora todas las partes del mundo están abiertas al comercio, y como las relaciones políticas ligan á todas las naciones; la publicación de la sentencia no es útil.

" El Primer Cónsul insiste en que es indispensable conceder á los herederos la posesión provisional; pero que debe dársele la mayor publicidad para dispertar la atención en las ciudades comerciales. El regreso del ausente es algunas veces tan difícil, que no debe omitirse precauciones. " (Locré. IV. 38. 12.)

(12) Parece acertada la reforma hecha en el Código ecuatoriano. " Todos los autos y sentencias... " *Auto* significa la resolución interlocutoria, ó que se refiere á un incidente de la causa; y *sentencia*, el fallo definitivo sobre los derechos mismos puestos por las partes en tela de juicio.

1ª. El juez fija como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; (13) y

www.tbtool.com.cn

2ª. Transcurridos diez años desde la misma fecha, concede la posesión provisional de los bienes del desaparecido.

Como ya lo hemos visto (II. 181), el día inicial de los diez años es aquel en que se recibieron las últimas noticias en el domicilio del desaparecido. De todo punto necesario fijar con suma exactitud la fecha de la muerte presunta: "Si se dejase al juez la facultad de fijar la fecha de la muerte presunta", dice D. Andrés Bello, (14) "no podría casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles i que abrirían gran campo á la arbitrariedad. Es verdad que, segun la disposicion del inciso 6°, pudieran ser alguna vez llamadas á la sucesion del desaparecido personas que por no haberle sobrevivido no tuviesen derecho á sucederle, i, por el contrario, serán alguna vez

---

(13) "Es necesario fijar el dia de la muerte presunta para calificar por él los derechos de los que sobreviven al desaparecido, derechos que pueden nacer ó extinguirse de un momento á otro.

"En el Código francés, se refiere la muerte presunta al dia de las últimas noticias. No se determina si por este dia se entiende el de la fecha de las últimas noticias, ó el de la fecha en que se reciben. Admitida la primera suposicion, si la última noticia es una carta del desaparecido, ¿qué motivo habria para presumir su fallecimiento en la misma fecha de la carta? I en la segunda, pudiendo transcurrir mucho tiempo entre la fecha de las últimas noticias i la de su recibo, ¿qué motivo habria para excluir de la herencia á todos los herederos presuntivos que hubiesen fallecido en el tiempo intermedio?

"Se ha tenido presente el Código francés, titulo *De los ausentes* con los comentarios de Rogron y de Delvincourt, Favard de l'Anglade, palabra *absence;* le Código de la Luisiana, calcado en esta parte sobre el de los franceses, etc.

"La diferencia de más bulto entre estos códigos i el presente Proyecto consiste en que segun aquéllos, la posesion definitiva no se pronuncia sino á la expiracion de los treinta años, contados desde el nacimiento del desaparecido." (Nota al art. 83, n° 6°, del Proyecto inédito.)

(14) Nota al artículo 83, número 6° del Proyecto.

excluídas de la sucesion personas que por haberle realmente sobrevivido tenían derecho á ella. Pero, ¿qué regla podrá adoptarse que no esté sujeta á ninguno de estos inconvenientes? Por otra parte, el que ha sido excluído no tiene de qué quejarse, puesto que para hacer valer su derecho le es necesario probarlo. Ahora bien, con esta prueba es admitido á la sucesion; i aun en el caso menos favorable puede hacer valer hasta cierto punto sus derechos, si no han prescrito.

" Finalmente, el derecho de sucesion es una creacion de la lei, i debe sujetarse á las condiciones que ella tenga á bien imponerle.

" La necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesion del desaparecido. Supóngase que el desaparecido ha dejado solamente dos hermanos; uno de ellos fallece el 1° de noviembre de 1847. Si la fecha de la muerte presunta es posterior, verbigracia el 20 de diciembre de aquel año, el hermano que sobrevive al 20 de diciembre heredará todos los bienes, á menos que el hermano premuerto haya dejado hijos; pues en este caso serán admitidos éstos á la porcion paterna por derecho de representacion. I si su padre hubiese fallecido despues del 20 de dicembre, no serían ya admitidos por derecho de representacion, sino de trasmision, para el cual se necesita que los hijos acepten la herencia paterna, circunstancia que no es necesaria para ejercer el derecho de representacion. "

El art. 120 del Código de Napoleón (a) concede la posesión provisional á los herederos presuntivos que lo eran el día del desaparecimiento ó de las últimas noticias. Más conforme á la naturaleza misma de las cosas es la disposición del Código chileno; en la cual se procede sobre el supuesto muy probable de que el desaparecido vivió después de la fecha de las últimas noticias.

La sentencia que declara la presunción de muerte del desaparecido, se limita á fijar como día de la muerte presunta el último del primer bienio contado desde la fecha

---

(a) Véanse las *Concordancias* del n° VI (art. 81).

en que se recibieron las últimas noticias; día que tiene grande importancia, pues, según el art. 85, son herederos presuntivos del desaparecido los que lo eran ese mismo día. Luego, si bien se declara la presunción de muerte, tal declaración se suspende hasta que pasen diez años desde la fecha de las últimas noticias. Mientras tanto la presunción de muerte y el desaparecimiento sólo surten los efectos de la ausencia.

Al comentar el art. 83 volveremos á los efectos que, durante los diez años, surten la presunción de muerte y el desaparecimiento. Transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, y declarada la presunción de muerte, el juez concede á los herederos presuntivos la posesión provisional; cuyas consecuencias se puntualizan en el art. 84.

190. El n°. VII prevé, por último, otro caso importante, esto es, la presunción de muerte de una persona que se hubiere hallado en inminentísimo peligro de perecer.

No puede el juez declarar la presunción de muerte sino probándose las siguientes circunstancias:

1ª. Una persona estuvo en inminentísimo peligro de morir á causa de un suceso como naufragio, incendio, terremoto, acción de guerra:

2ª. Desde entonces no ha vuelto á saberse de la misma persona:

3ª. Se han hecho las posibles diligencias para averigüar su paradero:

4ª. Debe citarse al desaparecido en el periódico oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones:

5ª. También se insertan los autos en el periódico oficial:

6ª. Desde la fecha del suceso han transcurrido cuatro años. Si el día del suceso no puede determinarse á punto fijo, el juez toma un término medio entre el principio y el fin de la época en que él pudo ocurrir. (15)

---

(15) Por ejemplo, el desaparecido, segun las últimas noticias, se embarcó el día 1° de octubre de 1845 en Cádiz con destino á México i desde entonces no se han tenido noticias suyas, ni del buque en que se embarcó. Es de presumir naufragio; pero ¿en qué día? La determinacion judicial de este día no puede menos

Aun rendidas todas estas pruebas, el juez ejerce la facultad de apreciarlas; y si conceptúa que las sobredichas circunstancias constan plenamente, pronuncia sentencia, declarando como día presuntivo de la muerte aquel en que ocurrió el suceso (ó el término medio de que ya hemos hablado), y concede la posesión definitiva de los bienes.

Absurdo hubiera sido proceder entonces á la posesión provisional, que se concede esperándose que el desaparecido reaparezca, ó que por lo menos se tengan noticias fidedignas de la fecha de su fallecimiento.

Como lo observa D. Andrés Bello, y lo hemos visto en las *Concordancias*, esta importantísima modificación del sistema del derecho francés se debe al Código austriaco, cuyo art. 24 declara en casos semejantes la presunción de muerte.

191. Salvos insignificantísimos defectos, provenientes de las graves dificultades que la materia presenta, el art. 81 puede servir de modelo de un conjunto de reglas en que se concentran todos los principios que rigen un sistema. Sin pretender que nuestra opinión sea decisiva,

---

de ser hasta cierto punto arbitraria. Un término medio en la duracion ordinaria del viage es el que más razonablemente podrá elegir el juez, cuando no haya presunciones peculiares á favor de otra determinada época de la travesía; como, por ejemplo, si se supiese haber habido recios temporales ó huracanes en que hubieren zozobrado otros buques, navegando al mismo tiempo i por el mismo derrotero.

" So sabe que el individuo estaba en Paris en octubre de 1845, i desde entonces no ha vuelto á saberse de él. Si en esa época, ó poco después, hubiese prevalecido una epidemia destructora en Paris, pudiera conjeturarse que habia perecido en la epidemia, i fijarse, como en el caso anterior, un término medio en la duracion de ella; no habiendo habido otras circunstancias, i probándose, por otra parte, que el individuo solía escribir á los suyos cada dos ó tres meses, i que durante cuatro años no se habia recibido carta suya, ni noticia de su paradero, pudiera fijarse, para la muerte presunta, un término medio en el primer trimestre subsiguiente á la última fecha de su correspondencia.

" Se sabe que un individuo se encontró en una batalla, después de la cual ha desaparecido completamente: en este caso, empieza á ser presumible la muerte desde el mismo día de la batalla ". (Nota al art. 83, nº VII del Proyecto inédito.)

juzgamos que en cuanto á la *presunción de muerte, por desaparecimiento*, el Código chileno es muy superior no sólo al de Napoleón y al austriaco, sino también á los redactados posteriormente, como al argentino, mexicano, español.

www.libool.com.cn

Art. 82. El juez concederá la posesion definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, trascurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese, á la espiracion de dichos treinta años, la edad del desaparecido si viviese. (*)

REFERENCIAS.

Posesión definitiva. 90. 91.
Provisoria. 84.
Los diez años. 81, 6º. 48.
Probare. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 84. El juez concederá la posesion definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido (a).

(*) Savigny. II. § 63.—Locré. IV. 31. art. 12.—32. 19.—42. 23.—83. art. 16.—126. 4.—145. 29.—174. 16.—Dalloz. Absence. 426-440.—Moly. 650-655.—Toullier. I. 441-446.—Laurent. II. 121. 222-224.—Zachariae. (M. V.) I. § 102.—Zachariae. (A. R.) I. § 156.—Demolombe. II. 128. 149. 153. 160. 161.—Demante. I. 169. 169 *bis*. I.—Huc. I. 442.—Baudry-Lacantinerie. I. 1215. 1217.—Brocher. II. 541.

(a) El Juez concederá la posesion definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos diez años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido (art. 84 del Proyecto inédito).

Podrá asimismo concederla, transcurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese á la espiracion de dichos treinta años, la edad del desaparecido si viviese. (Art. 85 del mismo Proyecto.)

C. E. 79. El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los diez años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del ausente. Podrá, asimismo, concederla, transcurridos que sean los treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, á la espiración de dichos treinta años, la edad del ausente, si viviere.

C. de N. 129. Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées; tous les ayant-droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance.

129. Si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional, ó desde la época en que el cónyuge casado según el régimen de la comunidad entró en la administración de los bienes del ausente, ó si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente; extínguense las fianzas; todos los sucesores podrán pedir la partición de los bienes del ausente, y exigir se conceda la posesión definitiva por el tribunal de primera instancia.

C. Arg. 122. Pasados quince años desde la desaparición del ausente, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, podrá dar la posesión definitiva de los bienes del ausente á los herederos instituídos, si hubiese testamento, y no habiéndolo, á los herederos presuntivos el día del presunto fallecimiento del ausente, á los legatarios y á todos los que tengan derechos subordinados á la condición de su muerte.

P. de G. 322. Pasados treinta años desde la desaparición del ausente, y desde que se recibieron las últimas noticias de él, ó cien desde su nacimiento, el tribunal, á instancia de las partes interesadas, declarará la presunción de muerte.

C. C. 98. El juez concederá la posesión definitiva en lugar de la provisoria, si cumplidos dos años desde el día presuntivo de la muerte, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá así-

mismo concederla transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, á la espiración de este término, la edad del desaparecido, si viviese.

C. de la L. 71 (129 del Código de Napoleón).

C. Esp. 191. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte. . . .

C. A. 24. No puede presumirse que un ausente ha muerto sino en estos casos.:

1°. Si tiene ochenta años, y si de él no se han recibido noticias desde su desaparecimiento :

2°. Si treinta años no se han tenido noticias del ausente sea cual fuere su edad.....

COMENTARIO.

192. Transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, debe concederse, en vez de la posesión provisional, la posesión definitiva de los bienes del desaparecido :

1°. Si éste, á vivir, tuviera ochenta años :

2°. Si han pasado treinta años desde la fecha de las últimas noticias.

Estas reglas difieren algún tanto de las que fija el Código de Napoleón, el cual concede la posesión definitiva cuando han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, ó treinta desde la posesión provisional. (1)

---

(1) " Hay un término ", decía Bigot-Préameneu, " transcurrido el cual no sería equitativo ni conforme al interés público dejar á los herederos en estado tan precario.

" Cuando han transcurrido por lo menos treinta y cinco años desde el desaparecimiento, por una parte el regreso sería un suceso de lo más extraordinario; y, por otra, es menester que la posición de los herederos se fije definitivamente. El estado de su familia puede haber experimentado transformaciones p matrimonios, muertes y otros sucesos que se efectúan en t. largo intervalo de tiempo. Es necesario, en fin, que los bien del ausente entren en el comercio.....

" Por estas razones se han establecido como reglas de ord público, á que debe subordinarse el interés particular del ausen

La mayor longevidad á que el hombre llega, por lo regular no pasa de ochenta años; (2) y nos parece más conforme á la naturaleza y al interés público no prolongar por veinte años más los efectos de la posesión provisional.

Según el Código de Napoleón transcurren treinta y cinco ó cuarenta y un años desde la fecha de las últimas noticias hasta que se concede la posesión definitiva; pues no puede solicitarse la posesión provisional sino á los cuatro años de las últimas noticias, ó á los diez si el ausente hubiere constituído procurador; expirado ese término, se aguarda un año para que el juez conceda la posesión provisional, y de ésta á la definitiva hay un lapso de treinta años.

---

que si han transcurrido treinta años desde que los herederos ó el cónyuge han entrado en posesión de los bienes del ausente, pueda cada uno, según su derecho, pedir al juez la posesión definitiva.

" Si después de concedida la posesión provisional, y antes de la posesión definitiva, el ausente hubiere llegado al término más largo de la vida ordinaria, el de cien años cumplidos, entonces la presunción de muerte es tal, que no hay inconveniente alguno en que se conceda á los herederos la posesión definitiva. " (Locré. IV. 145. 29.)

" La posesión definitiva se efectúa en dos casos : si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional ó desde la época en que el cónyuge ha entrado en la administración de los bienes del ausente; y si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente. " (Laurent. II. 222.)

" En dos casos se concede la posesión definitiva :

" 1°. Cuando han transcurrido treinta años, sin noticias del ausente, desde la posesión provisional ó desde la época en que el cónyuge entró en la administración del patrimonio del ausente; y

" 2°. Si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente.

" En este caso no es necesario que se haya obtenido la posesión provisional; pero á lo menos debe preceder la declaración de ausencia. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1216. 1217.)

(2) Presúmese que el ausente ha muerto, si han pasado setenta os desde su nacimiento; presunción fundada en el siguiente lmo : *Nuestra vida dura setenta años.* Si el ausente era ptuagenario cuando el desaparecimiento, la presunción de uerte comienza después de los cinco años; y, según esta regla, presume que el ausente murió tan luego como principió la esunción legal de su fallecimiento. " (Savigny. II. § 63.)

El Código chileno es consecuente con su sistema al fijar los treinta años desde la fecha de las últimas noticias; pues treinta años es el mayor tiempo que pueden durar los derechos que obsten á la libre enajenación de los bienes.

Al comentar los arts. 90 y 91 veremos qué efectos surte la posesión definitiva.

Art. 83. Durante los diez o cuatro años prescritos en el art. 81, núm. 6 i 7, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, i cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados ó sus representantes legales. (*)

REFERENCIAS.

Mera ausencia. 473. 487. 490.
Apoderados. 2116.
Representantes legales. 43.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 87.

Durante el primer decenio, contado desde la fecha de las últimas noticias, no habiendo lugar á la regla del artículo 83, inciso 7, seguirá mirándose el dasaparecimiento como mera ausencia, i cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados ó sus representantes legales (j).

C. E. 80. Durante los diez ó cuatro años prescritos en el artículo 78, números 6 y 7, se mirará la desaparición como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados ó sus representantes legales.

(*) Locré. IV. 30. art. 7.—50. art. 11. 12.—63. 27.—70. 29.—81. art. 10.—90. 14. 15.—106. art. 9. 10.— 135. 19.—155. 10.—Dalloz. Absence. 159-167.—Plasman. I. p. 196-205.—Moly. 99. 100.—Toullier. I. 424.—Laurent. II. 155.—Demolombe. II. 19. 50. 50 *bis*. 54-56.—Zachariae. (M. V.) I. § 97. 98.—Zachariae. (A. R.) I. § 151.—Baudry-Lacantinerie. I. 1066. 1067. 1087 1092.—Freitas. art. 259.

(j) Durante los diez ó cuatro años, prescritos en el art. 8 números 6 y 7, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia i cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados sus representantes legales. (Art. 86 del Proyecto inédito.)

C. de N. 121. Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles.

122. Il en sera de même si la procuration vient à cesser; et, dans ce cas, il sera pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme il est dit au chapitre premier du présent titre.

121. Si el ausente hubiere constituído mandatario, sus herederos presuntivos no podrán solicitar la declaración de ausencia ni la posesión provisional, sino transcurridos diez años, contados desde su desaparecimiento ó desde las últimas noticias.

122. Lo mismo será si termina el mandato. En este caso se proveerá á la administración de los bienes del ausente según lo prescrito en el capítulo primero de este título.

C. de la L. 59. Si el ausente ha constituído mandatario, sus herederos presuntivos no pueden pedir la posesión provisional sino después de siete años contados desde la fecha de las últimas noticias.

60. (El art. 122 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

193. " Durante el primer decenio ", dice el art. 87 del Proyecto de Bello, " contado desde la fecha de las últimas noticias, no habiendo lugar á la regla del artículo 83, inciso 7, seguirá mirándose el desaparecimiento como mera ausencia, i cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados ó sus otros representantes legales. " Como tal artículo deja mucho que desear, la Comisión Revisora procedió bien al modificarlo; pero no acertó en la reforma, pues el art. 83 del Código civil oscurece el sistema sobre esta materia. Efectivamente, el art. 80 declara que *se presume la muerte* del desaparecido, y el art. 81, nº VI, prescribe que el juez fije como día de la *muerte presunta* el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias. De estas dos disposiciones, cuyo tenor y espíritu no originan ni la más leve duda, se deduce, como ya lo hemos observado (I. 175), que uno de los principios fundamentales en este título es la *presunción de muerte* del desaparecido. Ahora bien, declarada la presunción de muerte, el desaparecido no

puede ser á un mismo tiempo muerto presunto y ausente cuyos bienes son administrados por sus mandatarios ó por sus representantes legales.

www.libtool.com.cn

De ahí proviene que es necesario conocer á ciencia cierta todo á el sistema para convencerse de que la Comisión Revisora se propuso enunciar, en el art. 83, las siguientes ideas : *Mientras no transcurran los diez ó cuatro años puntualizados en el art.* 81, *n*os 6° *y* 7°, *el desaparecimiento y aun la presunción de muerte no surtirán, en cuanto á la administración de los bienes, sino los efectos de la mera ausencia. Cuidarán, pues, de los propios bienes los mandatarios constituídos por el desaparecido, ó á falta de éstos, sus representantes legales.* Si no fuesen estas ideas las que el art. 83 enuncia, hubiera, insistimos en ello, la más palmaria contradicción entre el art. 83 y los arts. 80 y 81.

194. Á virtud de lo dispuesto por el art. 83, que completa el sistema de los arts. 80 y 81, se distinguen los tres períodos de que ya hemos hablado (II. 168) :

1°. El de la ausencia :

2°. El de la posesión provisional; y

3°. El de la posesión definitiva.

195. El art. 83 se refiere implícitamente al art. 473, cuyas disposiciones debemos estudiar ahora para comprender todo cuanto concierne al primer período.

" En general ", dice, " habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente cuando se reunan las circunstancias siguientes :

" 1ª. Que no se sepa de su paradero, ó que á lo menos haya dejado de estar en comunicacion con los suyos, i de la falta de comunicacion se orijinen perjuicios graves al mismo ausente ó á terceros;

" 2ª. Que no haya constituído procurador, ó solo le haya constituído para cosas ó negocios especiales. "

196. Combinadas estas disposiciones con las de la presunción de muerte por desaparecimiento, vemos que en cuanto á la ausencia pueden ocurrir dos casos :

1°. El ausente ha constituído mandatario; y

2°. No le ha constituído.

Copiando el Código chileno las acertadísimas disposiciones del Código de Napoleón, que prevén la constitución

procurador, (1) dispone que aun cuando se declare la muerte presunta, el mandatario general continúe administrando los bienes del desaparecido hasta que el juez conceda la posesión provisional, esto es, durante diez años contados desde la fecha en que se recibieron les últimas noticias.

www.libroot.com.ar

---

(1) " Discútense, en el Consejo de Estado, los arts. 11 y 12. (a)

" El Primer Cónsul pregunta en qué se funda la diferencia, que aquellos artículos establecen, en cuanto á la posesión provisional, entre el ausente que ha constituído procurador y el que no le ha constituído.

M. Thibaudeau. " Fúndase en que el administrador constituído por la voluntad del ausente debe ser preferido al que la ley pudiera nombrarle.

El Primer Cónsul. " Puede fundarse la diferencia en la presunción de que el ausente regrese. Como esta esperanza subsiste, si la procuración termina durante los cinco años que preceden á la declaración de ausencia, ¿podrían los herederos provocar, dentro de los términos ordinarios, la sentencia sobre posesión provisional, y esa sentencia surtiera efecto un año después de pronunciada? "

M. Tronchet. " Las disposiciones concernientes al caso en que hubiere procurador, forman excepción á la regla general, y cesando tal excepción, el derecho común es el aplicable. "

M. Defermon. " La ley no tiene sino un solo objeto, este es, velar por los intereses del ausente; luego, cuando hay procurador, sea cual fuere el tiempo en que la procuración hubiere terminado, los herederos no deben entrar en posesión sino después de diez años; hasta entonces no pueden reclamar sino la aplicación del art. 4. (b)

(a) Art. 11. Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront demander l'envoi en possession provisoire qu'après dix années révolues depuis sa disparition, ou depuis ses dernières nouvelles, et qu'après avoir fait déclarer l'absence dans les formes prescrites par les articles ci-dessus.

Art. 12. Si, après les cinq ans de la disparition, ou des dernières nouvelles de l'absent, la procuration vient à cesser par la mort, la renonciation du procureur fondé, ou toute autre cause, les héritiers présomptifs pourront se pourvoir pour faire déclarer l'absence. (Locré. IV. p. 50.)

(b) " S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne éloignée de son domicile, et non encore déclarée absente, ou à la conservation des droits qui

197. Si el ausente no ha constituído madatario, vuelven á distinguirse dos casos :

www.libtool.com.cn

M. Thibaudeau. " Antes de continuar discutiendo precisemos la cuestión proveniente de la observación del Primer Cónsul; á saber, si cuando termina la procuración después de los cinco años, el día mismo en que la procuración ha terminado pueden los herederos solicitar la declaración de ausencia y la posesión provisional, ó si están obligados á esperar durante cuatro años, según el art. 6 (c).

M. Tronchet. " Si estuviesen obligados á esperar ese plazo, los bienes del ausente quedarían abandonados mucho tiempo.

El Primer Cónsul. " Según el proyecto, la condición de los herederos no es una misma en los dos casos. Cuando no hay procuración, ellos perciben y consumen los frutos, salvo el deber de restituírlos después de un lapso de cinco años; cuando le hay no los perciben ni los consumen sino después de diez años. Ahora bien, si no se concede ninguna gracia al ausente que ha provisto á la administración de los bienes durante su ausencia, deben entregarse á los herederos las rentas de todos los ausentes sin distinción después de un mismo plazo. Si se juzga, al contrario, que la previsión de un ausente debe acarrearle ventajas, no se le puede privar de sus rentas cuando cualquier suceso termine la procuración y vuelva nugatorias las precauciones que él había tomado. Sería injusto no tratarle mejor que al ausente imprevisivo, y durante diez años no convertir sus rentas en capitales que existan á su regreso. " (Locré. IV. 63, 27.)

Cuando el mismo artículo se discutió en otra sesión del Consejo de Estado, leemos : " M. Lacuée pregunta si el ausente ha constituído procurador, y el cargo de éste termina, el plazo para proveer á la administración de sus bienes corre desde el día de su partida ó desde el día en que ha cesado la procuración.

M. Thibaudeau. " Al principio se había propuesto conceder la posesión tan luego como el mandato terminara. Pero observóse que entonces eran de igual condición el ausente que había dejado procurador y el que no le había constituído; que se contravenía al principio según el cual, respetándose la voluntad del ausente, subsisten por diez años los efectos de la procuración;

---

lui sont échus depuis son départ, il y sera pourvu par le tribunal de première instance, sur les conclusions du commissaire du gouvernement. " (Locré. IV. p. 48.)

(c) Art. 6. Celui qui, après avoir quitté le lieu de son domicile ou de sa résidence, n'aura point reparu depuis quatre années ou dont on n'aura eu aucune nouvelle depuis ce temps, pourra être déclaré absent. (Locré. IV. p. 49.)

a). Si á la sentencia que fija la fecha de la muerte presunta, ha precedido el nombramiento de curador de los bienes del ausente; y

b). Si no ha precedido tal nombramiento.

198. Si lo primero, el curador general continúa administrando los bienes; y decimos el *curador general*, porque el art. 474, que concede á los acreedores del ausente el derecho de exigir que se nombre curador á los bienes para que responda á las demandas, autoriza al juez para designar *curador especial*, que debe limitarse á intervenir en los litigios que contra el ausente se susciten.

Aunque los interesados que hubieren pedido el nombramiento de curador de los bienes del ausente, pueden ser distintos de los que sigan el juicio sobre presunción de muerte por desaparecimiento; el curador de bienes que ya se hubiere nombrado es quien continúa administrándolos hasta que se conceda la posesión provisional á los herederos presuntivos.

199. Si á la sentencia que declara la presunción de muerte no hubiere precedido el nombramiento de curador de bienes, bastará tal sentencia para que el mismo juez designe el curador que los administre hasta la posesión provisional; y juzgamos que se simplificaría el juicio si en un mismo fallo declarase el juez la presunción de muerte por desaparecimiento y nombrase curador para que admi-

---

que se le privaban de los frutos á los cinco años de su desaparecimiento, como en el caso en que no hubiese constituido procurador, lo cual no parecía justo ni consecuente; que, á cesar la procuración, sería más equitativo proveer, durante el tiempo que faltaba para expirar los diez años, á la administración de los bienes como cuando hay mera presunción de ausencia. Estas ideas se han adoptado, y procedidose á la redacción del artículo que se discute. Respétase la voluntad manifestada por el ciudadano que ha constituído procurador. Si no reaparece, empero, después de diez años, no debe obstar la procuración á la presunción de ausencia que corre contra él, ni esperarse cinco años más para que se le declare ausente, pues tal plazo sería nugatorio. A la expiración de los diez años, los herederos tienen el derecho de provocar la declaración de ausencia. La prudente lentitud que el título II emplea en el procedimiento que se observa es garantía que asegura al presunto ausente." (90. 11.)

nistre los bienes durante los años que falten para completar los diez.

200. Cuando se trata de desaparecimiento por haber estado una persona en un suceso que acarreaba peligro inminente de morir, el curador de bienes no puede ser nombrado sino antes que transcurran los cuatro años. Transcurridos, al declararse la presunción de muerte se concede la posesión definitiva (II. 190), y, por lo mismo, cesa el cargo del curador de bienes.

Salva la excepción prevista en el nº VII del art. 81, el período de la ausencia dura siempre diez años; evitándose así el conceder muy en breve la posesión provisional de los bienes.

El Código de Napoleón, que prolonga hasta por cuarenta y un años el tiempo que puede transcurrir desde las últimas noticias hasta la posesión definitiva, incurre en la anomalía de conceder la posesión provisional tan luego como expiran los cinco años. Los redactores de ese Código se fundaron en que las curadurías de bienes habían surtido pésimos efectos; pero el Código chileno los evita sujetándolas á las reglas que, concernientes á las tutelas y curadurías en general, aseguran la buena administración ó por lo menos la responsabilidad del guardador.

Art. 84. En virtud del decreto de posesion provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá á la apertura i publicacion del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; i se dará la posesion provisoria á los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad á lo prevenido para igual caso en el Libro III, título De la apertura de la sucesion. (*)

(*) Locré. IV. 30. art. 8.—32. art. 15.—34. art. 27.—39. 16-18.—42. 20.—51. art. 18.—71. 30-33.—75. 35.—81. art. 10.—106. art. 8. 12.—112. 1. 2.—119. art. 13.—137. 20.—138. 22-25.—155. 10-12.—171. 12-14. — Merlin. Absent. CXX. CXXIII. CXXV. —Dalloz. Absence. 203-208. 238-249. 267. 292-296. 315. 316.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Posesión provisoria. 81, 6°.
Quedará disuelta la sociedad conyugal. 1715. 1718. 1764.
Apertura. 1025.
Publicación. 1020.
Testamento. 999.
Herederos. 954.
Título de la apertura de la sucesión. 1240.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 88. Decretada la posesion provisoria, pondrá fin á la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido.

89. Se dará la posesion provisoria á los herederos presuntivos, i al cónyuje presente en razon de la cuarta conyugal que le corresponda.

90. No presentándose herederos presuntivos, ni cónyuje, se nombrará curador á la herencia yacente (k).

C. E. 81. En virtud del decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el ausente; se procederá á la apertura y publicación del testamento, si el ausente hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisional á los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformi-

318-324. 355. 370-427. 456. 475.—Plasman. I. p. 133-136. 143-145.—Moly. 461-465.—Toullier. I. 434. 435. 460-472.—Laurent. II. 120. 124-130. 132. 143. 144. 152. 195-198.—Demolombe. II. 71-76. 88. 100-102. 128-132.—Zachariae. (M. V.) I. § 98-100. —Zachariae. (A. R.) I. § 152. 153. 155.—Marcadé. art. 120. I. art. 123. I.—Duranton. I. 438. 483. 487.—Demante. I. 150 *bis*. II. III. 155. 156-156 *bis* V. 159-159 *bis* II.— Huc. I. 409-417.—Baudry-Lacantinerie. I. 1101. 1102. 1105. 1109. 1110. 1121. 1151-1171.—Lacoste. 136.—Freitas. art. 260.—Brocher. I. 86.—Rolin. II. 540. 544.

(k) En virtud del decreto de posesion provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá á la apertura y publicacion del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno, y se dará la posesion provisoria á los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se nombrará curador á los bienes hereditarios. (Art. 87 del Proyecto inédito.)

dad á lo prevenido para igual caso en el libro 3º, título *De la apertura de la sucesión.*

C. de N. 120 (Véanse las *Concordancias* del art. 81. VI).

123. Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur du Roi près le tribunal; et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution.

124. L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite.

125. La possession provi-

123. Obtenida por los herederos presuntivos la posesión provisional, el testamento, si lo hubiere, se abrirá á petición de los interesados ó del Ministerio público; y los legatarios ó donatarios, así como todos los que tengan en los bienes del ausente derechos subornados á su muerte, podrán ejercerlos provisionalmente con la obligación de dar fianza.

124. Si el cónyuge casado según el régimen de comunidad exige que ésta continúe, podrá impedir la posesión provisional y el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados á la muerte del ausente, y tomar ó conservar con preferencia la administración de los bienes del ausente. Si el cónyuge pide la disolución provisional de la sociedad, ejercerá todos sus derechos legales y convencionales, debiendo constituír fianza por las cosas susceptibles de restitución.

Si la mujer opta por la continuación de la sociedad conyugal, conserva el derecho de renunciarla.

125. La posesión provi-

soire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.

sional no será sino un depósito, que confiere á los que la obtengan la administración de los bienes y que los constituya responsables para con el ausente en caso que reaparezca ó que de él se reciban noticias.

www.libtool.com.cn

C. Arg. 116. Pasados los seis meses, y recibidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaración del día presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oído el defensor de éste, declarará la ausencia, y el día presuntivo del fallecimiento del mismo, y mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado.

123. Con la posesión definitiva queda concluída y podrá liquidarse la sociedad conyugal.

P. de G. 314. El cónyuge presente podrá impedir la declaración de ausencia del otro cónyuge, ó ejercitar, después de hecha la declaración de ausencia, los derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente.

318. Declarada la ausencia, si existe un testamento cerrado, se abrirá á instancia de cualquiera que crea tener derecho en él.

Los herederos testamentarios, y en su defecto los legítimos del ausente al tiempo de la desaparición ó de sus últimas noticias, serán puestos en posesión provisional de sus bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración.

Los legatarios, donatarios, y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte, podrán también ejercitarlos dando fianza.

C. P. 68. Al concederse la posesión provisional se hará partición de bienes de la sociedad conyugal.

C. M. 629. Declarada la ausencia, si hubiere un testamento cerrado, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al juez dentro de quince días, contados desde la última publicación de que habla el art. 627.

630. El juez, de oficio, ó á instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia, y con las demás so-

lemnidades prescritas para la apertura de los testamentos cerrados.

www.libtool.com.cn

631. Los herederos testamentarios, y en su defecto los que lo fueron legítimos al tiempo de la desaparición del ausente, ó al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, serán puestos en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración, si fueren mayores ó estuvieren emancipados. Si estuvieren bajo patria potestad ó tutela, se procederá conforme á derecho.

C. de la L. 63 (El 123 del Código de Napoleón.)

14. Si en el testamento hubiere institución universal, el heredero ó herederos instituídos universalmente serán preferidos á los herederos presuntivos, que no sean herederos forzosos, y entrarán en posesión provisional de los bienes del ausente, dando fianza para seguridad de la administración.

65. (El 124 del Código de Napoleón.)

66. (El inciso primero es idéntico al 125 del Código de Napoleón.)

En consecuencia, la fianza que deben dar los que entren en posesión provisional, no excederá del monto probable de los perjuicios que su mala administración pudiera ocasionar.

COMENTARIO.

201. Determinemos ante todo las personas á quienes se concede la posesión provisional de los bienes del desaparecido. El art. 84 expresa que se confiere ella á los herederos presuntivos. Los redactores del Código de Napoleón, (1) atendiendo á los intereses del ausente, confirieron la posesión provisional á los herederos presuntivos, porque

---

(1) " Es necesario " (decía Bigot-Préameneu) " llegar á la época en que los ausentes declarados tales por sentencia, sean desposeídos.

" Debe determinarse á quién se entregan los bienes.

" Basta que la ley reconozca que hay incertidumbre en cuanto á la vida, para que el derecho de los herederos, sin dejar de ser eventual, sea ya probable; y por cuanto los bienes deben pasar á otras manos que las del propietario, los herederos se presentan con un título natural preferente.

ellos son interesados en la conservación de los bienes que, á efectuarse la muerte del ausente ó á no reaparecer, les corresponderían en virtud del testamento ó de la ley. Pero D. Andrés Bello se fundó, á no dudarlo, en la presunción de muerte al conferir la posesión provisional á los herederos presuntivos.

Presumiéndose la muerte, nada más lógico ni más jurídico que concederse la posesión provisional á los herederos presuntivos, esto es, á las personas que llegarían á adquirir el domino absoluto de los bienes en caso de no rendirse prueba contra la presunción que la ley establece. Esta diferencia es importantísima porque de ella se deducen consecuencias en extremo trascendentales.

202. Si la ley llama á la posesión provisional á los herederos presuntivos, necesario determinarlos á punto fijo; y para ello se procede á la apertura y publicación del testamento, (2) si el desaparecido hubiere dejado alguno. Tratándose de herederos, debe acudírse al testamento, porque los herederos testamentarios son preferidos á los here-

---

" La jurisprudencia ha sido siempre uniforme á este respecto; pues siempre se ha preferido á los herederos.

" Nadie puede tener más interés en la conservación y en la buena administración de los bienes que los que aprovecharían de ellos si el ausente no volviese.

" Felizmente la afección y confianza entre parientes son sentimientos muy naturales, y puede presumirse que son los del ausente.

" Propónese, pues, que subsista la regla sobre la preferencia á los herederos presuntivos. " (Locré. IV. 137. 20.)

(2) " La ley propuesta ha decidido el punto; hasta ahora dudoso, relativo á la ejecución provisional del testamento que el ausente hubiere otorgado antes de su partida.

" En general los testamentos no deben ejecutarse sino cuando mueren los otorgantes. La ley romana es tan severa que castiga como á falsario al que hubiere abierto el testamento de una persona viva; pero al misno tiempo decide que á dudarse sobre la existencia del testador, el juez, previas las precauciones necesarias, puede permitir la apertura.

" La apertura de los testamentos y su ejecución provisional deben autorizarse por las mismas razones que inducía á dar la posesión de los bienes á los herederos presuntivos. " (Locré. IV. 138. 22.)

deros *abintestato*, á menos que el testador contravenga á las disposiciones legales concernientes á las asignaciones forzosas; y, aun en tal caso, la acción de reforma no surte efecto en cuanto á la porción de bienes de que el testador ha podido disponer libremente.

www.libtool.com.cn

Nos limitamos por ahora á insinuar estas circunstancias, pues el art. 85 es el que determina quiénes son los herederos presuntivos del desaparecido.

203. Los redactores del Código de Napoleón conceden la posesión provisional no sólo á los herederos presuntivos, sino también á otras personas que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente, (3) como los nudo propietarios, fideicomisarios, legatarios.

El Código chileno, al determinar en el art. 84 los efectos de la posesión provisional, guarda silencio en cuanto á los legatarios, donatarios, ú otras personas cuyos derechos se subordinan á la muerte del desaparecido. Pero del art. 91 se deduce (II. 237) que durante la posesión provisional no pueden ejercerse estos derechos; pues no se conceden sino á virtud de la posesión definitiva.

204. Puede suceder que otras personas, distintas de los herederos, hubiesen pedido se declarara la presunción de muerte por desaparecimiento, y que, transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, los herederos no exijan que se les conceda la posesión provisional. " No presentándose herederos ", dice el art. 84, " se procederá

---

(3) " Obtenida por los herederos presuntivos la posesión provisional, ábrese el testamento del ausente, si lo hubiere dejado; los legatarios, donatarios, así como todos los que tienen en los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte, podrán ejercerlos provisionalmente, rindiendo fianza.

" Al principio se juzgó que había muchos inconvenientes en autorizar la apertura del testamento del ausente.....

" Pero, por otra parte, fuera injusto que los legatarios y donatarios carecieran de una propiedad que les pertenece; que concediéndose á los herederos presuntivos la posesión provisional de los bienes del ausente, lo cual equivale á una sucesión anticipada, como consecuencia necesaria y justa debía, y solo en caso de posesión á los herederos, darse á los legatarios y donatarios, también anticipadamente, el goce de los legados y de las cosas donadas siempre que rindan fianza. " (Locré. IV. 171. 12.)

en conformidad á lo prescrito para igual caso en el Libro III Título *De la apertura de la sucesión* ". En extremo indeterminada nos parece la cita de todo el Título *De la apertura de la sucesión*; pues muchas de sus disposiciones no son ahora aplicables. D. Andrés Bello había dicho, en el art. 90 de su *Proyecto*, que no presentándose herederos presuntivos ni cónyuge, se nombraría curador á la herencia yacente; y en el art. 87 del *Proyecto inédito*, que no presentándose herederos, se nombraría curador á los bienes hereditarios. Tales disposiciones pecaban por carta de menos. No bastaba nombrar curador á los bienes hereditarios; pues eran necesarias providencias que condujeran á investigar si hay ó no herederos. Siendo deficiente el proyecto, debieron fijarse reglas precisas que determinasen todo cuanto concernía al asunto; pero el art. 84 sólo ordena que se observen las disposiciones del sobredicho Título, muchas de las cuales en nada atañen á esta materia.

Veamos, pues, las reglas aplicables al presente caso :

1ª. Si los herederos testamentarios, ó, á falta de éstos, los llamados en primer lugar á la sucesión abintestato, no solicitaren la posesión provisional, los demás herederos pueden exigir que conforme al art. 1232 se señale un plazo para que los otros expresen si entran ó no en la posesión provisional; y, vencido el plazo, tienen derecho á la misma posesión :

2ª. Si declarada la muerte presunta, y transcurridos diez años desde las últimas noticias, dentro de los quince días nadie pide la posesión provisional, se declara yacente la herencia y se le nombra curador ; y

3ª. El curador de la herencia yacente es entonces el administrador de los bienes.

205. Determinadas las personas á quienes se concede la posesión provisional, pasemos á otro punto más importante todavía, á saber, qué efectos surte esta posesión.

No puede desconocerse que el art. 84 es oscuro y deficiente; lo cual proviene de que habiéndose modificado el proyecto de D. Andrés Bello suprimiéndose algunos de sus artículos, no se redactaron otros que los reemplazaran. Según lo hemos visto en las concordancias, el art. 93 del proyecto de D. Andrés Bello dice : " La posesión provisoria

confiere los derechos é impone las obligaciones de la *curaduría de bienes*, sin perjuicio de las modificaciones que en este título se expresan ". Evidentísimo, pues, que el insigne jurisconsulto se limitó á declarar que los poseedores provisionales no tenían sino la administración de los bienes del desaparecido; que el art. 93 del proyecto expresaba la misma idea que el art. 125 del Código de Napoleón, y que los depositarios, meros administradores de los bienes del desaparecido, no pueden ejercer ninguno de los derechos provenientes del dominio.

Evidente asímismo que el art. 93 del proyecto pugnaba con el principio fundamental de que se presume la muerte del desaparecido. Según el Código de Napoleón, durante el primer período no se provee de curador á los bienes del ausente, y cuando fuere absolutamente preciso, se nombra á un notario para que intervenga en inventarios, particiones, &. Ahora bien, si durante la posesión provisional los herederos presuntivos son los que administran los bienes, no cabe ponerse en duda que hay diferencia esencialísima entre el primero y el segundo período. Mas, según el sistema de D. Andrés Bello, en el primer período había curador de los bienes del ausente; en el segundo, los herederos presuntivos tenían las mismas facultades que los curadores de bienes, y por lo mismo tales curadores debían limitarse á ejercer estas facultades durante el dilatadísimo tiempo de veinte años. ¿ Que ganaría la administración si durante los primeros diez años los bienes son administrados por un curador, y si en los veinte años siguientes, los poseedores provisionales no tuviesen sino las muy restringidas facultades de los curadores de bienes? Por otra parte, como ya lo observamos, el considerar á los poseedores provisionales como curadores de bienes, ¿ no es de todo punto incompatible con los efectos que surte la presunción de muerte del desaparecido? ¿ En qué consistiría esa presunción, si los herederos presuntivos, lejos de ejercer los derechos de tales herederos, siguiesen administrando los bienes como absolutamente ajenos, sin pasar nunca de los límites señalado á los administradores? Luego, D. Andrés Bello, que siempre tuvo á la vista el sistema del Código de Napoleón en cuanto á la ausencia, vaciló al deducir las consecuencias del fecundísimo principio de presumirse la muerte del desa

parecido, y la Comisión Revisora procedió bien eliminando el citado artículo 93 del proyecto, mera reminiscencia del artículo 125 del Código de Napoleón, que concede á los poseedores un mero depósito de los bienes del ausente.

Eliminado el art. 93, que aun cuando incompatible con los arts. 80 y 81, reglaba con toda claridad y exactitud los derechos y las obligaciones de los poseedores provisionales; era necesario determinar á punto fijo tales derechos y obligaciones. Pero el art. 84, que enumera todos los efectos de la posesión provisional, los limita en realidad de verdad á la disolución de la sociedad conyugal si la hubiere con el desaparecido; pues, en cuanto á la posesión provisional, ya la había concedido el nº VI del art. 81.

206. La historia fidedigna de la ley y el sistema mismo del título *De la presunción de muerte por desaparecimiento* evidencian, pues, que los poseedores provisionales no son meros administradores de los bienes; y como la ley no declara en qué calidad proceden tales poseedores, el intérprete debe determinarla atendiendo al conjunto de las disposiciones. Y atendiéndose á éste se puede aseverar á ciencia cierta que los *poseedores provisionales son dueños de los bienes bajo la condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca, ó se tengan noticias que motiven la distribución de sus bienes* según las reglas generales.

Como ya lo hemos visto, la ley ha empleado todos cuantos medios están á sus alcances para investigar el paradero del desaparecido, y si vive ó no vive. Si la ley adolece de algún defecto, consiste él en las muchas precauciones para que el desaparecido llegue á saber que va á disponerse de sus bienes, y en la extrema lentitud de los trámites que preceden á la declaración de la muerte presunta. Declarada ésta, la ley emplea todavía nuevas precauciones en beneficio del desaparecido : el determinar el día de la muerte presunta no surte ningún efecto durante los diez años contados desde la fecha de las últimas noticias; pues si el desaparecido constituyó procurador, éste continúa administrando los bienes; á no constituírle, los administran, no os herederos, sino sus representantes legales. Pero si ese den de cosas ha continuado durante el dilatadísimo empo de diez años, es natural y conforme al bien público ue terminando tan precario estado, los herederos pasen á

ejercer los derechos que como á tales les concede la ley.

www.libtool.com.cn

Hemos visto también que á pesar de la infinidad de precauciones en beneficio del desaparecido, la ley declara que la presunción de muerte admite prueba en contrario; por lo cual dicta todas las providencias conducentes á la seguridad de los intereses del desaparecido para el caso de rendirse tal prueba. Inventaríanse los bienes, exígese caución á los herederos presuntivos, prohíbese la enajenación de los bienes. Pero todas estas precauciones no obstan al dominio, porque son consecuencia lógica y jurídica de la condición resolutoria prevista por el legislador; la cual no surtiría ningún efecto si se concediese á los herederos provisionales el derecho de disponer libremente de los bienes. Pero, en virtud del dominio, los herederos no están sujetos á otras restricciones que las puntualizadas por la ley : exígeseles caución de conservación y restitución; y siempre que cumplan con la obligación de conservar los bienes para restituírlos si la condición se efectúa, en todo lo demás proceden como dueños.

Efectivamente, de las disposiciones de la ley se deduce que los poseedores provisionales son herederos del desaparecido; esto es, dueños de los bienes en virtud del título de herencia, enumerado por el art. 582 entre los modos de adquirir el dominio; y es indudable que la herencia puede adquirirse bajo condición suspensiva ó resolutoria.

En cuanto á los derechos que adquieren los herederos provisionales, la ley no distingue entre la posesión provisional y la definitiva; pues las restricciones impuestas durante la primera, mas no la segunda, no provienen sino de que mientras la posesión provisional es menos difícil que, rendida prueba contra la presunción de muerte, llegue á cumplirse la condición resolutoria prevista por el legislador. Luego, si la posesión provisional no transfiriese el dominio de los bienes, tampoco lo transferiría la posesión definitiva; y vendríamos entonces á la consecuencia manifiestamente absurda, de que ni los poseedores definitivos son dueños bajo la misma condición resolutoria.

207. Hay otra circunstancia que por sí sola sería de todo punto decisiva para evidenciar que, concedida la posesión

provisional, los herederos presuntivos son dueños de los bienes hereditarios; circunstancia que consiste en que á virtud de la posesión provisional se abra la sucesión en los bienes del desaparecido. Cierto que el art. 84 incurre en la inexplicable anomalía de no expresar terminantemente que uno de los efectos de la posesión provisional es abrir la sucesión en aquellos bienes. Pero el mismo artículo se refiere al título *De la apertura de la sucesión;* y, por otra parte, el artículo 90 no deja, sobre este punto, ni la más leve duda: "Si no hubiere precedido posesión provisional", dice, " por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido según las reglas generales". Lo cual significa que si la posesión provisional hubiere precedido á la definitiva, no se abre la sucesión, porque la posesión provisional surtió ya el efecto de abrirla.

Ahora bien, abierta la sucesión, por el ministerio de la ley se trasmiten á los herederos todos los derechos y obligaciones del difunto.

Aunque durante la posesión provisional se restringen los efectos de la apertura de la sucesión, pues los acreedores testamentarios y las personas que tenían derechos subordinados á la condición de la muerte del desaparecido, no pueden exigir los créditos ni ejercer los derechos; tal restricción es en beneficio del desaparecido, y tampoco obsta al dominio que se confiere á los poseedores provisionales.

Parécenos oportuno indicar que en esta parte hay asímismo diferencia esencial entre el Código de Napoleón y el Código chileno; pues, según el primero, no se abre la sucesión cuando se concede la posesión provisional, ya que los poseedores provisionales son, no herederos, sino depositarios de los bienes. Aun cuando algunos jurisconsultos notables como Dalloz, (5) Demolombe, (6) Aubry y Rau, (7) opinan que en virtud de la posesión provisional se abre la sucesión en los bienes del ausente; parece, según lo mani-

---

(5) Absence. 322.
(6) II. 71.
(7) I. § 152.

fiestan Laurent (8) y Baudry-Lacantinerie, (9) que en Derecho francés no hay ni sombra de apertura de la sucesión durante la posesión provisional, y que los poseedores provisionales no pueden ejecutar sino los actos de administración.

208. Si los poseedores provisionales son dueños de los bienes, dedúcese que hay impropiedad en denominar *posesión provisional* (10) á la herencia conferida á los here-

---

(8) "¿Cuáles son los efectos de la posesión provisional? Demolombe responde: 'Vamos á presenciar una especie de apertura provisional de la sucesión del ausente. Tal es en efecto la imagen que presenta la posesión que sigue á la declaración de ausencia. De los arts. 120 y 123 se deduce esta regla fundamental, á saber: todos los derechos que, probada la muerte, nacerían de una manera definitiva en los bienes que pertenecían al ausente cuando sus últimas noticias, declarada la ausencia nacen provisionalmente.' No puede haber sucesión de una persona viva. Si la sucesión del ausente se abriese, aun cuando no fuera sino provisionalmente, sería necesario que en virtud de la declaración de ausencia hubiera presunción de muerte." (II. 124.)

(9) "La naturaleza de las relaciones de los poseedores provisionales entre sí es dudosa, y por consecuencia difícil determinarla. Proviene la duda de que, por una parte, de la posesión nacen provisionalmente todos los derechos subordinados á la muerte del ausente, al paso que, por otra, los poseedores provisionales no son sino administradores de su patrimonio. ¿Debe deducirse de la primera proposición que en sus relaciones mutuas se hallen exactamente en la situación en que estarían si la sucesión del ausente se hubiese abierto, ó de la segunda que, aun en esas relaciones, predomina la calidad de administradores? Planteado así el problema nos parece que no comporta sino una solución. En efecto, no hay motivo alguno para que los poseedores provisionales tengan entre sí distinta relación de la que les corresponde en cuanto al ausente. Ahora bien, la ley, atentos los intereses del ausente, no les confiere sino la administración de sus bienes, y no supone que la sucesión se abre. Luego, no se les debe considerar, en cualquier aspecto que el asunto se examine, sino como administradores, y no pueden aplicarse á sus relaciones las reglas que determinan la de los coherederos legatarios. Esta solución se funda en las disposiciones legales y carece de fundamento el principio asentado por algunos autores, de que la posesión es una especie de posesión provisional de la *sucesión*." (I. 1151.)

(10) "Según los términos mismos de la ley, pedir la po-

deros presuntivos. Los herederos presuntivos ejercen el derecho real de herencia, esta trasmite el dominio de los bienes cuyo propietario era la persona de cuya sucesión se trata, y el heredero es efectivamente dueño del derecho de herencia. (a)

Acaso hubiera sido más propio denominar el segundo y el tercer período *herencia provisional y herencia definitiva.*

209. El determinar con toda exactitud la calidad de los herederos provisionales es de lo más importante y trascendental. Si son dueños de los bienes, síguese que pueden ejercer todos los derechos de tales, sujetándose sólo á las restricciones por la ley puntualizadas. Juzgamos, pues, que los poseedores provisionales pueden ejecutar ó celebrar todos los actos ó contratos que, expresa ó tácitamente, no se les hubiere prohibido por la ley; y decimos expresa ó tácitamente, porque debe atenderse no sólo á las disposiciones de este título, sino también á todos los demás que á ellas se refieran. Así, por ejemplo, como los poseedores provisionales no pueden vender sin autorización judicial, tampoco pueden transigir sin ella, pues según el art. 2447 no es hábil para la transacción sino la persona capaz de disponer de los objetos en la misma comprendidos.

Prescindiéndose de las restricciones legales, los poseedores provisionales, como dueños de los bienes, pueden todo cuanto del dominio se desprenda: arrendar los inmuebles aun por largo tiempo, proceder á la partición de la herencia, bajo la misma condición resolutoria de que el dominio depende, &. &.

Muy diverso es el sistema del Código de Napoleón; y

---

sión provisional es pedir la administración provisional de los bienes del ausente. Si en esta materia se habla de posesión, no conduce ello sino á expresar la idea vulgarísima de que para administrar una cosa es preciso tenerla á la disposición, esto es, poseerla. Trátase, pues, de la posesión como necesaria para la administración. " (Huc. I. 417.)

(a) Sobre las cosas incorporales hai tambien una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo. (Art. 583 del Código civil chileno.)

se procedería de la manera más errónea aplicándose á la posesión provisional concedida según el Código chileno, los preceptos del primero y las opiniones de sus intérpretes. Ya hicimos notar (II. 206) que el art. 125 del Código de Napoleón declara que la posesión provisional es mero depósito, y que de ahí se desprenden los derechos y obligaciones de los poseedores. El depositario no posee los bienes; sólo por excepción se le concede la facultad de administrarlos; es responsable de los bienes mismos, y no puede proceder á la partición ni á ninguno de los demás actos que del dominio se deducen. (11)

---

(11) " Determinando el legislador la denominación de depósito para aplicarla á la posesión provisional, no tanto se propone definir la posesión del heredero presuntivo, como disipar las dudas que según la antigua jurisprudencia se suscitaban. En efecto, entonces no se sabía si, aun en cuanto al ausente, el poseedor provisional era dueño; y cesa la incertidumbre atendiéndose á la disposición legal que le declara depositario.

" Recordemos que la palabra depósito no se emplea aquí en el sentido que le da el Código en el título del depósito, sino solamente para dar á conocer que el poseedor provisional no es propietario.....

" Los poseedores provisionales, dice el art. 125, son depositarios, administradores. Quien dice depósito, dice tenencia precaria, mera custodia. Esta expresión excluye la idea de derecho; el depositario no tiene derechos, no tiene sino obligaciones..... El administrador, aunque sujeto á cargas, no ejerce derechos. Cuando los ejerce, lo hace á nombre de aquel cuyo patrimonio administra..... Deducimos, pues, que los herederos provisionales no tienen derecho real ni propiedad, que son meros administradores, tanto en sus mutuas relaciones como respecto de terceros y del ausente. " (Laurent. II. 126, 127.)

" Pero, considerando la esencia de la posesión provisional, se ve que envuelve la idea de mandato y la de depósito. La posesión provisional tiene mucha analogía, en efecto, con la gestión de negocios. A diferencia del *negotiorum gestor*, que espontáneamente toma la administración de los bienes de su mandante, el poseedor provisional debe acudir á la justicia, y ella da á su cargo el carácter de mandato judicial, que se ri también por algunos de los principios relativos al depósito. (Dalloz. Absence. 315.)

" Aceptemos por un instante el carácter que la ley quie dar al poseedor provisional, y reconozcamos que si bien la pos sión provisional no es un depósito perfecto, es análoga al dep

210. " En virtud del decreto de posesión provisional ", dice el art. 84, " quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido. "

Importante cuanto de grande trascendencia es determinar á punto fijo la fecha en que, declarada la muerte presunta, se disuelve la sociedad conyugal contraída por el desaparecido.

El art. 1764, especialísimo á la disolución de lá sociedad conyugal, enumera entre las causales de disolución el presumirse la muerte de uno de los cónyuges, según lo prescrito en el título *Del principio y fin de las personas*. La disposición del art. 84, que acabamos de copiar, no origina ni la más leve duda, pues expresa con suma claridad que en virtud *del decreto que concede la posesión provisional se disuelve la sociedad conyugal.* Ahora bien, como lo hemos visto, al comentar el art. 19, (I. 285) cuando el sentido de la ley es claro, no puede el juez desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu; y el tenor literal, lo repetimos, es evidentísimo: la sentencia que concede la posesión provisional es lo que disuelve la sociedad conyugal entre el consorte presente y el desaparecido.

Á reflexionarse en el sistema de la sociedad conyugal, parece conforme á la equidad que ella continúe hasta que se conceda la posesión á los herederos presuntivos. Cuando el marido es quien desaparece, á la mujer le corresponde la administración extraordinaria de la sociedad (a); administración que subsiste mientras el desaparecimiento surta los efectos de la mera ausencia; y si la mujer hubiese procedido sobre el supuesto de que la so-

---

sito propiamente dicho; pues el poseedor recibe, según la ley, la cosa de otro, y la misma ley le impone la obligación de conservarla y restituirla, ó á lo menos la de restituir su valor si de ella hubiere dispuesto. " (Plasman. I. p. 135.)

(a) La mujer que en el caso de interdiccion del marido, ó por larga ausencia de éste sin comunicacion con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, ó curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administracion de la sociedad conyugal..... (Art. 1758, inc. 1°, del Código civil chileno.)

ciedad conyugal se disolvería á la fecha de la muerte presunta, hubiera podido pedir la separación de bienes conforme al art. 1762 (b).

Cuando la mujer es la que desaparece, el marido continúa en la administración ordinaria de la sociedad conyugal durante los ocho años que siguen á la fecha de la muerte presunta, y por lo mismo tampoco fuera equitativo retrotraer á esa fecha la disolución de la sociedad conyugal.

Salta á la vista que la regla que comentamos no obsta en manera alguna á que la mujer pida la disolución de la sociedad conyugal conforme al citado art. 1762.

Como la ley declara que el patrimonio en que se presume que suceden los poseedores provisionales se compone de todos los bienes, derechos y acciones cuales eran á la fecha de la muerte presunta; síguese que los gananciales que corresponderían al desaparecido desde la misma fecha hasta la disolución de la sociedad conyugal, se acumulan á sus bienes y pertenecen á los herederos presuntivos.

La disolución de la sociedad conyugal en virtud de la posesión provisional es, como lo hemos insinuado, consecuencia de las dos reglas establecidas en este título :

1ª. Presúmese la muerte del desaparecido; y

2ª. Mientras no se conceda la posesión provisional, la muerte presunta surte los efectos de la mera ausencia.

Y siendo distinto el sistema del Código de Napoleón, declara éste que la mujer del ausente tiene derecho para oponerse á la disolución de la sociedad conyugal y á que se conceda la posesión provisional á los herederos presuntivos. (12)

(b) Art. 1762. La mujer que no quisiere tomar sobre sí la administracion de la sociedad conyugal, ni someterse á la direccion de un curador, podrá pedir la separacion de bienes; i en este caso se observarán las disposiciones del título VI, § 3 del Libro I, sustituyéndose la aprobacion de la justicia á la del marido, en los casos en que allí se requiere esta última.

(12) En la respectiva acta del Consejo de Estado leemos : "El Primer Cónsul. El proyecto de ley debe tratar de la mujer del ausente, é impedir que los herederos provisionales la expelan de la casa del marido.

M. Boulay. "La suerte de la mujer del ausente es la misma

Art. 85. Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios ó lejítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

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

REFERENCIAS.

Herederos. 954.

Testamentarios ó legítimos. 952. 980. 983.

---

que la de sus herederos; pues ella ejerce provisionalmente los derechos que la muerte de su marido le confiere.

El Primer Cónsul. "Esta opinión no basta. Es necesario, además, proveer á que la mujer no pierda sus costumbres ni sus afecciones; pues no puede ser á un mismo tiempo casada y viuda; y no debe depender de la voluntad de los herederos del marido privarla de su nombre y su estado, si quiere conservarlos.

" M. Portalis pregunta si los herederos serán compelidos á continuar en sociedad con la mujer.

M. Boulay. "Es necesario que la mujer administre los bienes del marido ó que los ceda á los herederos.

M. Thibaudeau. "El art. 13 es terminante (c). Sólo la mujer puede pedir la disolución de la sociedad conyugal ó continuarla. La ley le concede la elección.

M. Tronchet. "Es imposible obligar á los herederos á continuar contra su voluntad en un contrato de sociedad.

M. Thibaudeau. "Los herederos no tienen en este caso ningún derecho personal; no tienen el goce de los bienes sino representando al ausente; entran provisionalmente en sus derechos y contraen sus obligaciones. La continuación de la sociedad conyugal no es, por lo mismo, contraria á los principios." (Locré. IV. 71. 30. 31.)

(*) Locré. IV. 33. art. 22.-42. 21.—Dalloz. Absence. 209-237. 252-254.—Moly. 351-353.—Toullier. I. 422. 423. 425. 429.—Laurent. II. 158. 162. 163. 166. 184-187.—Demolombe. II. 71-78. 133.—Zachariae. (M. V.) I. § 98.—Zachariae. (A. R.) I. § 152.—Duranton. I. 438. 439.—Demante. I. 156 *bis*. IV.—Huc. I. 412. 418.—Baudry-Lacantinerie. I. 1105-1107. 1111. 1112.—Freitas. art. 261. 262.

(c) Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, l'époux de l'absent pourra demander la dissolution provisoire de la communauté, et exercer également, à titre de provision, tous les droits résultant de son contrat de mariage à la charge de donner caution. (Locré. IV. p. 50. art. 13.)

Que lo eran á la fecha de la muerte presunta. 81, 6°, 7°.
Bienes. 565.
Derechos. 576.
Acciones. 577. 578.

www.libreriadelcongreso.com.cn

CONCORDANCIAS.

P. de B. 91. Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los que lo eran ab intestato á la fecha de la muerte presunta.

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

C. E. 82.

COMENTARIO.

211. Este artículo encierra dos reglas :

1ª. Son herederos presuntivos del desaparecido, los testamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta :

2ª. Presúmese que el desaparecido les trasmitió sus bienes, derechos y acciones, cuales eran á la fecha de la muerte presunta.

212. Habiendo alterado D. Andrés Bello, en el tantas veces citado artículo 93, las consecuencias que se deducen del principio de presumirse la muerte del desaparecido; dispuso, en el art. 91, que fuesen herederos presuntivos del desaparecido los que le eran *abintestato* á la fecha de la muerte presunta, y en el art. 101, que el testamento se abriera sólo en virtud de la *posesión definitiva*. Mas la Comisión Revisora corrigió, en parte, las anomalías del sistema vacilante del *proyecto*, y, ordenando que á consecuencia de la pesesión provisional se procediera á la apertura del testamento que el desaparecido hubiere dejado, declaró, en el art. 85, que son heredos presuntivos los *tes-*

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

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran á la fecha de la muerte presunta. (Art. 88 del Proyecto inédito.)

tamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

El principal efecto que surte el fijar la fecha de la muerte presunta consiste, pues, en que también se fija con toda exactitud la fecha en que se determina quiénes son los herederos.

Ya hemos visto, al comentar el art. 83, que declarada la presunción de muerte, los efectos de la declaración se suspenden durante ocho años, porque mientras tanto continúan administrando los bienes del desaparecido sus apoderados ó sus representantes legales. Pero, transcurridos los diez años desde la fecha de las últimas noticias, se concede la posesión provisional á los herederos presuntivos, testamentarios ó legítimos, que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

Atiéndese ante todo al testamento, porque, como también lo observamos (II. 202), la voluntad del testador es la que prevalece en cuanto fuere de derecho; y, pagadas las asignaciones forzosas, no suceden en los bienes sino las personas llamadas en el testamento.

Si no lo hubiere, entonces se aplican las reglas de la sucesión abintestato; pues se entiende por herederos legítimos los enumerados en el art. 983. (a)

Si hubiere muerto alguno de los herederos, testamentarios ó legítimos, que lo eran á la fecha de la muerte presunta, sus herederos suceden ejerciendo el *derecho de trasmisión*. (b)

Según el Código de Napoleón se determinan los herederos, no por la fecha de la muerte presunta, sino por la del

---

(a) Son llamados á la sucesion intestada los descendientes lejítimos del difunto; sus ascendientes lejitimos; sus colaterales lejítimos; sus hijos naturales; sus padres naturales; sus hermanos naturales; el cónyuje sobreviviente; i el Fisco.

(b) Si el heredero ó legatario cuyos derechos á la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado ó repudiado la herencia ó legado que se le ha deferido, trasmite á sus herederos el derecho de aceptar ó repudiar dicha herencia ó legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.

No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite. (Art. 957 del Código civil chileno.)

www.libtool.com.cn

desaparecimiento ó de las últimas noticias. (1) Salta á la vista que es más conforme á los principios y á la naturaleza misma de las cosas la disposición del Código chileno.

Pudiera muy bien ocurrir que los herederos abintestato hubiesen entrado en posesión provisional de los bienes, y que después se presentase el testamento. La sentencia que concedió á los herederos abintestato la posesión provisional no pasaría en autoridad de cosa juzgada en cuanto á los herederos testamentarios, ya porque no se pronunció en juicio contradictorio, ya porque la sentencia no surte efecto sino en cuanto á las partes. Luego, los herederos testamentarios podrían deducir contra los poseedores provisionales la acción de petición de herencia conforme á las reglas generales.

213. Determinados los herederos, testamentarios ó legítimos, que tienen derecho á suceder en los bienes del desaparecido, pasa la ley á determinar en qué consisten esos bienes. Consisten, dice, en los que correspondían al desaparecido á la fecha de la muerte presunta. (2) De manera

---

(1) " El Primer Cónsul pregunta á qué herederos se concederá la posesión provisional. ¿Serán los llamados á la sucesión cuando el individuo se ausenta, ó los que lo eran cuando la sentencia le declara ausente?

" M. Tronchet responde que son herederos los que lo eran en el instante de la ausencia. " (Locré. IV. 42. 21.)

" El artículo 120 dice que los herederos presuntivos del ausente el día de su desaparecimiento ó de sus últimas noticias, pueden, en virtud de la sentencia que declara la ausencia, obtener la posesión provisional de los bienes. ¿Por qué llama la ley á los herederos presuntivos en esa época, más bien que á los parientes que son herederos cuando se declara la ausencia? Á primera vista parece que la ley es absurda. En efecto, conceder la posesión á los herederos presuntivos el día del desaparecimiento ó de las últimas noticias, ¿ no lleva consigo la suposición de que el ausente ha muerto el día mismo en que dejó su domicilio ó el día en que escribió la última carta? Hé aquí una presunción que ciertamente no se fundaría en ninguna probabilidad, y por lo mismo no sería verdadera presunción. Pero era necesario fijar una época, y en la absoluta incertidumbre sobre la muerte del ausente, se decide la ley por la época en que ha manifestado el último signo de vida. " (Laurent. II. 167.)

(2) ¿Qué se entiende por bienes pertenecientes al ausente cuan-

que si en el intervalo entre el último día del primer bienio y la fecha en que se concedió la posesión provisional, hubiere fallecido una persona á quien el desaparecido tenía derecho de heredar, en la sucesión se prescindirá absolutamente del desaparecido, y, en los respectivos casos sus descendientes legítimos ejercerían el derecho de representación.

Dedúcese también que en virtud del art. 85 los poseedores provisionales tendrían derecho para exigir que los curadores de bienes ú otras personas que hubieren administrado los del desaparecido, les rindan cuenta de los frutos que tales bienes hubieren producido desde la fecha de la muerte presunta hasta el día en que se les conceda la posesión provisional.

Art. 86. Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, ó revisarán i rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista. (*)

REFERENCIAS.

Poseedores provisorios. 84.
Inventario solemne. 1253.
Bienes. 565.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 92. (a).

---

do su desaparecimiento? Todos los que forman su patrimonio, y poco importa que tenga en ellos un derecho actual ó eventual. Un derecho condicional forma el patrimonio del ausente así como un derecho puro y simple, pues se trasmite á los herederos; y como los poseedores provisionales son herederos, pueden ejercer ese derecho (167).

(*) Locré. IV. 30. art. 10.—82. art. 14.—119. art. 15.—138. 21.—Dalloz. Absent. 279. 282. 327-333.—Plasman. I. 145. 146.—Moly. 426-440.—Toullier. I. 426. 430.—Zachariae. (M. V.) I. § 100.—Zachariae. (A. R.) I. § 153. n. 1°.—Baudry-Lacantinerie. I. 1116. 1119.

(a) Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, ó revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista. (Art. 89 del Proyecto inédito.)

C. E. 83. Los poseedores provisionales formarán, ante todo, un inventario solemne de los bienes, ó revisarán y rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista.

www.libtool.com.cn

C. de N. 126. Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par le dit procureur du Roi.....

Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur du Roi; les frais en seront pris sur les biens de l'absent.

126. Los que hubieren obtenido la posesión provisional, ó el cónyuge que haya continuado en sociedad conyugal, deberán proceder al inventario de los muebles y papeles del ausente, con intervención del Ministerio público de primera instancia, ó de un juez de paz delegado por el Ministerio público.....

Los que hubieren obtenido posesión provisional, pueden exigir, para su seguridad, que un perito, nombrado por el tribunal, haga constar el estado en que se hallan los bienes raíces. Su informe se homologará oído el Ministerio público; y los gastos que ello ocasione se imputarán á los bienes del ausente.

C. Arg. 118. (Véanse las *Concordancias* del art. 82.)

P. de G. 331. Los que obtengan la administración ó posesión de los bienes del ausente, provisional ó definitivamente, formarán inventario y le representarán en juicio y fuera de él, como demandante y demandado.

C. P. 69. El heredero que obtiene la posesión provisional está obligado, como el guardador, á practicar inventario y tasación de los bienes, á dar fianza por su valor, y á no enagenar ni hipotecar, en ningún caso, los bienes raíces; pero podrá enagenar los muebles con licencia judicial.

C. de la L. 68. (El inciso primero del art. 126 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

214. También este artículo encierra dos reglas :

1°. Los poseedores provisionales formarán ante todo inventario de los bienes :

2°. Si hubiere inventario, lo revisarán y rectificarán solemnemente.

Las palabras *ante todo* evidencian que el legislador se propuso que tan luego como se conceda la posesión provisional de los bienes del desaparecido, los herederos procedan á inventariarlos. Pero no se dictó una disposición eficaz para que la ley se cumpliera. Debió disponerse que en la misma sentencia sobre la posesión provisional se prescriba que se forme el inventario, designándose una persona que, representando los derechos eventuales del desaparecido, vele por la exactitud del inventario.

El Código de enjuiciamientos pudiera reparar estas omisiones. De los preceptos del Código civil no se deduce que el defensor de ausentes esté obligado á intervenir en la formación del inventario, ni menos á exigir que ella preceda á la entrega de los bienes hereditarios.

215. Como los poseedores provisionales son herederos del desaparecido, y, en calidad de tales, ejercen todos sus derechos y contraen todas sus obligaciones trasmisibles, dedúcese que el inventario prescripto por el art. 86 puede considerarse en dos aspectos :

1°. En cuanto al desaparecido; y

2°. Respecto de terceros.

En cuanto al desaparecido, si los poseedores provisionales omitiesen la formación del inventario, aquél pudiera rendir aun la prueba de testigos (1) para manifestar qué bienes formaban su patrimonio cuando se concedió á los herederos la posesión provisional.

Respecto de terceros, si los herederos provisionales omitiesen el inventario, estarían obligados al pago de todas las deudas hereditarias, aun cuando excediesen ellas al monto de los bienes pertenecientes al desaparecido.

---

(1) " Los poseedores provisionales están obligados á proceder al inventario de los muebles y papeles del ausente concurriendo el ministerio público ó un juez de paz por él delegado. La falta de inventario surtiría el efecto de autorizar á las personas interesadas á rendir prueba, aun por pública voz y fama, en cuanto á los bienes no inventariados. " (Zachariae. (A. R.) I. § 153.)

Formado el inventario solemne, que se practicaría conforme á los arts. 382, 383 y 384 y á los requisitos que el Código de enjuiciamientos prescriba para los inventarios solemnes, (2) los poseedores provisionales no estarían obligados al pago de las deudas del desaparecido sino con los bienes puntualizados en el inventario.

Art. 87. Los poseedores provisorios representarán á la sucesion en las acciones i defensas contra terceros. (*)

REFERENCIAS.

Poseedores provisorios. 84.
El artículo. 1240.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 93. La posesion provisoria confiere los derechos e impone las obligaciones de la curaduría de bienes, sin perjuicio de las modificaciones que en este título se expresan (a).

C. E. 84. Los poseedores provisionales representarán á la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.

C. de N. 134. Après le jugement de déclaration d'ab- | 134. Declarada la ausencia, toda persona que tenga

---

(2) " El inventario debe practicarse conforme á las reglas establecidas por los arts. 941 y siguientes del Código de enjuiciamientos para los inventarios después de la muerte. " (Dalloz. 269).

(*) Locré. IV. 33. art. 20.—84. art. 21.—116. 9.—177. 19.—Merlin. Absence. Art. CXXXIV.—Dalloz. Absence. 302. 341-351.—Plasman. p. 205-211.—Moly. 489-505.—Toullier. I. 426.—Laurent. II. 188.—Demolombe. II. 110. 114-117.—Zachariae. (M. V.) I. § 100—Zachariae. (A. R.) I. § 153 n° 3°.—Baudry-Lacantinerie. 1130-1132.

(a) Los poseedores provisorios representarán á la sucesion en las acciones y defensas contra terceros. (Art. 90 del Proyecto inédito.)

sence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront l'administration légale.

derechos que ejercer contra el ausente, no podrá perseguirlos sino contra los que han obtenido la posesión de los bienes ó que tengan su administración legal.

C. Arg. 119. Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.

P. de G. 320. Los derechos y obligaciones del que ha obtenido la posesión provisional de los bienes del ausente, se regulan por los del curador de los bienes del incapaz; supliéndose la intervención del consejo de familia por la aprobación judicial.

C. C. 102.

C. de la L. 76 (El 134 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

216. Del art. 87, cual está redactado, se deducen las siguientes reglas:

1ª. En todos los litigios contra la sucesión del desaparecido, deben intervenir como reos los poseedores provisionales:

2ª. Los poseedores provisionales serán demandantes en todas las acciones que conciernan á la sucesión del desaparecido; y

3ª. Si hubiere dos ó más herederos presuntivos, y sólo alguno ó algunos hubieren entrado en posesión de la herencia, éstos representarán á la sucesión. (a)

217. Tales reglas son un rezago del sistema vacilante formulado en los arts. 91, 93 y 98 del *proyecto* de D. Andrés Bello.

Como lo observamos al comentar el art. 84 (II. 205), el art. 93 del proyecto se halla en la más abierta pugna con

(a) Mientras no hayan aceptado todos (los herederos) las faltades del heredero ú herederos que administran serán las ismas de los curadores de la herencia yacente. (Art. 1240.)

el principio de que se presume la muerte del desaparecido. De ahí que lo suprimió la Comisión Revisora; la cual no supo reemplazarlo con reglas claras y precisas que determinasen todos los derechos y obligaciones de los poseedores provisionales.

www.libtool.com.cn

Hemos demostrado (II. 206) que á pesar de las omisiones del art. 84, no puede desconocerse que según el Código chileno los poseedores provisionales son herederos del desaparecido, y, por lo mismo, dueños de los bienes, bajo la condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca ó se tengan noticias que motiven la distribución de sus bienes, según las reglas sobre la sucesión por causa de muerte.

Ahora bien, si los poseedores provisionales son en realidad herederos, proceden como herederos, y es inexacto que representen á la sucesión. D. Andrés Bello, lo repetimos, había dicho en el art. 93 que la posesión provisional confiere los derechos é impone las obligaciones de la curaduría de bienes; y como consecuencia lógica de esa regla expresaba, en el art. 98, que los mismos poseedores representan á la sucesión en las acciones y defensas contra terceros. Mas, modificado el sistema del art. 93, y concedida la herencia á los poseedores provisionales, los herederos, lejos de representar á la sucesión, litigan en virtud de los derechos y obligaciones que la ley les confiere e impone. (1)

De lo cual se deduce que el art. 87 del Código civil es en realidad una anomalía, y que habrá necesidad de reformarlo cuando se proceda á la necesaria revisión del propio Código. Si el art. 84 se completara declarándose que en virtud de la sentencia que confiere la posesión provisional á los poseedores, éstos son herederos, y, como tales, dueños de los bienes bajo condición resolutoria; se suprimiría, como un mero ripio, el art. 87.

---

(1) " Cuando hay posesión provisional ó definitiva, todos l acciones contra el ausente deben dirigirse contra los poseedor porque entonces sólo ellos son los representantes legales del a sente. " (Locré. IV. 177. 19.)

Art. 88. Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles ó todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesion definitiva, sino por causa necesaria ó de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, i con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta. (*)

REFERENCIAS.

Poseedores provisorios. 84.
Vender. 1793.
Muebles. 567.
Bienes raíces. 568.
Hipotecarse. 2407. 2109. 2410.
Posesión definitiva. 90. 91.
Defensor. 81, 4°.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 95. Los poseedores provisorios podrán vender una parte de los muebles ó todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes ó el defensor de menores en su caso.

96. Los bienes del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse, sino por causa necesaria ó de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, i con audiencia del respectivo defensor.

97. La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta (a).

(*) Locré. IV. 30. art. 10.—31. art. 12.—50. art. 17.—83. art. 16.—120. art. 17.—138. 21.—Merlin. Absent. art. CXXVI. CXXVIII.—Dalloz. Absence. 283-289. 296-301. 317.—Plasman. I. pág. 147-154. 168-172.—Moly. 466-479.—Toullier. I. 427. 428.—Laurent. II. 175-183.—Demolombe. II. 95-97. 103. 111-113.—Zachariae. (M. V.). I. § 100.—Zachariae. (A. R.) I. § 153.—Demante. 160-160 *bis*. II. 162 *bis*. IV.—Baudry-Lecantinerie. I. 1107. 133-1135. 1140. 1164.

(a) Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una

C. E. 85. Los poseedores provisionales podrán, desde luego, vender una parte de los muebles ó todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.....

www.lstosi.com.cn

C. de N. 126..... Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix; ainsi que des fruits échus.....

128. Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent.

126.....: El tribunal, según su prudencia, ordenará que se vendan todos los muebles ó parte de ellos. En caso de venta, se invertirá el precio así como los frutos percibidos.....

128. Todos los que no tengan el goce de los bienes sino en virtud de la posesión provisional, no podrán enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente.

C. Arg. 121. Los herederos presuntivos ó los herederos instituídos, después de dada la posesión provisoria, pueden hacer división provisoria, de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles ó raíces, sin autorización judicial.

C. C. 103.

C. P. 69. (Véanse las *Concordancias* del art. 86.)

C. de la L. 170. (El 128 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

218. El art. 88 encierra tres disposiciones:

1ª. Los poseedores provisionales pueden vender parte de los muebles ó todos ellos, si, oído el defensor de ausentes, el juez les concediere autorización para tal contrato:

2ª. Los bienes raíces del desaparecido no pueden enajenarse ni hipotecarse sino por causa necesaria ó de utilidad

---

parte de los muebles ó todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes ó el defensor de menores en su caso.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesion definitiva, sino por causa necesaria ó de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento causa, i con audiencia del respectivo defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido hará en pública subasta. (Art. 91 del Proyecto inédito.)

evidente, declarada por el juez con audiencia del defensor de ausentes; y

www.libtool.com.cn

3ª. La venta de los bienes, muebles ó raíces, debe efectuarse en subasta.

219. Las atribuciones del juez, en cuanto á la autorización para enajenar los bienes muebles, son del todo discrecionales; pues hubiera sido muy difícil, acaso imposible, prever todos los casos. Muchas veces la venta es necesaria, como cuando se trata de bienes que pueden deteriorarse por el transcurso del tiempo, ó cuando el desaparecido hubiere dejado deudas cuyo monto pudiera pagarse con el precio de los bienes muebles. Otras, la venta de los muebles sería del todo perjudicial al desaparecido si reapareciese como cuando haya alhajas ó otros objetos que tengan valor de afección, ó cuando el desaparecido hubiere dejado colecciones científicas, bibliotecas, cuya reposición es muy difícil aún invirtiéndose ingentes sumas de dinero.

De ahí que aun cuando los herederos provisionales son dueños de los bienes, la prudencia aconsejaba que en virtud de la condición resolutoria tantas veces mencionada, se conservasen ciertos muebles hasta que el desaparecido reaparezca ó se conceda la posesión definitiva.

220. Si algunos muebles deben conservarse para restituírlos al desaparecido cuando reaparezca, con más razón las fincas, cuyo dominio es siempre tan apetecido. El legislador prescribe, pues, que los bienes raíces no pueden enajenarse sino por causa de necesidad absoluta ó de utilidad evidente.

Los poseedores provisionales deben probar la necesidad, como cuando hay que satisfacer deudas del desaparecido, ó la utilidad evidente, como si hubiere predios que, situados en lugares remotos, no pueden administrarse bien por los herederos, ó si se trata de adquirir predios contiguos á los del desaparecido, ó de subrogarse ciertos inmuebles á otros más valiosos ó mejor situados.

Para precautelar los intereses del desaparecido, debiera intervenir un defensor que, nombrado por el juez, vigile las ruebas que se rindan.

Pero téngase presente la circunstancia importantísima de ue la sentencia que autoriza para vender los bienes raíces el desaparecido, no pasa en autoridad de causa juzgada (I.

17), y que, por lo mismo, el desaparecido ó sus herederos pueden manifestar que no hubo la pretensa necesidad ó utilidad.

www.libtool.com.cn

La principal de las precauciones para que la venta se efectúe en su justo precio es la subasta, que despierta el interés individual, establece la competencia, y evita la colusión entre compradores y vendedores.

221. Si los poseedores provisionales no son hábiles para enajenar los bienes raíces del desaparecido, tampoco lo serían, como ya lo hemos dicho (II. 205), para transigir acerca de los mismos bienes.

222. Cuando los poseedores provisionales enajenan los bienes raíces sin autorización judicial ó sin subasta, la enajenación adolece de *nulidad relativa;* pues el vicio del contrato consiste en la *incapacidad particular* del vendedor.

Como los poseedores provisionales son dueños de los bienes, ni ellos ni sus herederos podrían alegar la nulidad de que el contrato adolece.

Conforme al Código de Napoleón los poseedores provisionales son meros depositarios de los bienes, y por lo mismo serían hábiles para deducir contra el vendedor la acción de nulidad. (1)

---

(1) " Si los poseedores enajenan un inmueble del ausente, la venta será nula. Han ejecutado lo que no podían, y por lo mismo el contrato es nulo. Es evidente que lo mismo se aplicara á cualquier administrador: la venta hecha por el tutor ó por el marido sería nula. ¿Por qué no lo sería la enajenación efectuada por los poseedores provisionales.....? Si hay nulidad, ¿quién puede pedirla? En esto consiste la dificultad. Si el ausente regresa, no tiene necesidad de pedir la nulidad; puede reivindicar; la venta efectuada ilegalmente por los poseedores no le obliga. ¿Pueden las partes contratantes pedir la nulidad de la venta? Concédese ese derecho solamente al comprador, pero se niega al vendedor, porque estando obligado al saneamiento, no puede proceder á la evicción. De antemano hemos refutado este argumento. Los poseedores provisionales pueden y aun deben pedir la nulidad para conservar los derechos del ausente; pero responden de la evi ción. " (Laurent. II. 182.)

www.libtool.com.cn

Art. 89. Cada uno de los poseedores provisorios prestará caucion de conservacion i restitucion, i hará suyos los respectivos frutos é intereses. (*)

REFERENCIAS.

Poseedores provisorios. 84.
Caución. 46.
Frutos é intereses. 644. 647.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 99. Los frutos se dividirán anualmente entre los herederos presuntivos i el conyuje á prorrata de sus intereses. (a)

C. E. 86. Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos é intereses.

C. de N. 120. 125. (Véanse las *Concordancias* del art. 81, n. VI).

127. Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui

127. Los que hubieren obtenido la posesión provisional ó la administración legal de los bienes del ausente, no estarán obligados

(*) Locré. IV. 30. art. 10.—31. art. 11.—33. art. 24.—63. 27.—82. art. 13.—83. art. 15.—93. 27-32.—107. art. 15.—119. art. 14.—120. art. 16.—143. 28.—159. 13. 14.—173. 15.—Merlin. Absent. art. CXX.—Dalloz. Absence. 267-278. 303-314. 326-332. 589. 590.—Toullier. I. 431-433. 452.—Laurent. II. 120. 168-171.—190-194.—Demolombe. II. 91-93. 120-127.—Zachariae. (M. V.) I. § 98-100.—Zachariae. (A. R.) I. § 153.—Plasman. I. p. 157-167. 190-196.—Delvincourt. I. p. 261. (9).

(a) Cada uno de los partícipes de la sucesion, á cualquier título qué lo sea, prestará caucion de conservacion i restitucion; i aquellos á quienes hubieren cabido bienes raices, los poseerán fiduciariamente.

Todos los partícipes de la sucesion harán suyos los respectivos frutos é intereses. (Art. 93 del Proyecto inédito.)

rendre que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans.

Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra.

á restituírle sino el quinto de los frutos, si reaparece antes de los quince años transcurridos desde el día de su desaparición, y el décimo, si no reaparece sino después de los quince años.

Transcurridos treinta años de ausencia, les pertenecerá la totalidad de los frutos.

www.libtool.com.cn

C. Arg. 124. Si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, ó los que con el valor de ellos se hubiesen comprado; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.

P. de G. 321. Si el ausente se presenta ó se prueba su existencia antes de declararse la presunción de su muerte, le serán entregados los bienes con deducción del quinto de sus frutos y rentas, que quedará á beneficio del que ha obtenido la posesión provisional.

C. C. 104.

C. P. 70. El poseedor provisional hace suya la mitad de los frutos naturales, industriales y civiles, reservando la otra mitad para el dueño de los bienes.

C. de la L. 64, 65 y 66 (Los arts. 120, 125 y 127 del Código de Napoleón).

C. Esp. 198. Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causa habientes.

COMENTARIO.

223. Analicemos las reglas que este artículo encierra:

1ª. Los poseedores provisionales deben prestar caución de conservar y restituír los bienes; y

2ª. Hacen suyos los frutos. (1)

---

(1) " Don José Gabriel Ocampo, miembro de la junta encargada de la revisión de este Proyecto, hizo respecto á este artículo las siguientes observaciones:

" Atendida la filiación de las ideas, parece que el artículo 93

224. La caución es consecuencia del principio que ni por un instante debe perderse de vista, á saber, que si bien los poseedores provisionales son dueños de la herencia, la adquieren bajo condición resolutoria.

Sabido es que la palabra caución comprende la fianza, hipoteca y prenda (I. 337). La fianza y la hipoteca asegurarían plenamente los derechos eventuales del desaparecido; pero la prenda no bastara por valiosos que fuesen los muebles en que ella consistiera. Acaso se copió del artículo 120 del Código de Napoleón la palabra *caution* sin atenderse á que ella significa sólo fianza.

Si la caución consiste en prenda ó hipoteca, los bienes deben ser suficientes para responder por el valor de lo inventariado, mas no por los frutos; los cuales corresponden en todo caso á los herederos presuntivos. A rendirse fianza, deberá reunir ésta los requisitos enumerados en el art. 2350 (a).

---

debería colocarse á continuación del 89, poniendo en lugar de *partícipes de la sucesión, partícipes provisorios ó poseedores provisorios.*

" Se duda si los poseedores fiduciarios están obligados á prestar caución. "

D. Andrés Bello contestó:

" El artículo 93 debe seguir al 92, porque no solo se refiere á los poseedores provisorios ó herederos presuntivos, sino á nudos propietarios y fideicomisarios de bienes en que el desaparecido ha tenido un usufructo ó una propiedad fiduciaria, y, además, á los legatarios. La filiación de las ideas es esta:

" Derechos y deberes de los herederos presuntivos: 89, 90 y 91:

" Derechos y deberes de los partícipes de la sucesión, sean ó no herederos presuntivos: 92 y 93. " (Nota al art. 93 del Proyecto inédito.)

(a) El obligado á prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, i que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdiccion de la respectiva Corte de Apelaciones.

Para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, escepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada es módica.

Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados ó

No expresa la ley quién debe gestionar para que la caución asegure plenamente los derechos eventuales del desaparecido. El defensor de ausentes no interviene en el juicio sino hasta que se declare la presunción de muerte, y aun cuando interviniese después, no bastaría ello para precautelar todos los intereses del desaparecido. El Código de enjuiciamientos podría reparar estas omisiones, ordenando que se oiga el ministerio público y que sea parte un defensor de los derechos eventuales del desaparecido.

225. La ley no ha previsto el caso de que los poseedores provisionales no puedan constituír *caución* para conservar y restituír los bienes, ni tampoco lo prevé el art. 120 del Código de Napoleón.

Algunos de los comentadores de este Código opinan que entonces son aplicables las disposiciones que, concernientes al usufructo, determinan cómo ha de procederse cuando el usufructuario no rindiere la fianza que como requisito esencial debe preceder siempre á la administración de los bienes, y que, á omitirse él, los poseedores provisionales no pueden recibir el depósito. (2)

Y el art. 89 del Código chileno parece todavía más claro en este punto : " Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los frutos é intereses ". Es evidente que no puede hacer suyos los frutos sino bajo la condición prevista en la primera parte del artículo. En el caso especialísimo del usufructo, la ley determina cómo se subsana la falta de

---

litijiosos, ó que no existan en el territorio del Estado, o que se hallen sujetos á hipotecas gravosas ó á condiciones resolutorias.

Si el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles hipotecados á ellas, tampoco se contará con éstos.

(2) " ¿Cómo se procederá si los poseedores provisionales de los bienes del ausente no hallan fianzas? Delvincourt propone que se aplique por analogía lo que el Código civil prescribe en cuanto al usufructo... ; y si bien su opinión es generalmente aceptada, nos parece inadmisible. ¿Cuál es el objeto de la posesión provisional? Que la administración de los bienes del ausente se confíe á los que tienen más interés en proceder con diligencia, por cuanto en cierta manera ellos administran su patrimonio;

fianza; (b) mas ahora nada dice en cuanto á ella, y, lo repetimos, los herederos no pueden adquirir el dominio de

www.libtool.com.cn

---

y si se aplica el art. 602, (c) se quita la administración á los herederos; lo cual pugna con el espíritu de la ley. " (Laurent. II. 171.)

" Cuando las partes no pueden dar fianza, la sentencia no surte efecto, y las cosas quedan, en cuanto á la administración de los bienes, tales como estaban antes de declararse la ausencia.

" La Corte de Metz, en sus observaciones al art. 120, había previsto ese caso, y pedido que la ley determinase á quién se confiaría entonces la administración de los bienes; pero el legislador guardó silencio. De ahí debe deducirse que la presunción de

---

(b) Art. 776. Mientras el usufructuario no rinda la caucion á que es obligado, i se termine el inventario, tendrá el propietario la administracion con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario.

Art. 777. Si el usufructuario no rinde la caucion á que es obligado dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez á instancia del propietario, se adjudicará la administracion á éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo i cuidados de la administracion.

Podrá en el mismo caso tomar en arriendo la cosa fructuaria, ó tomar prestados á interes los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario.

Podrá tambien, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, i dar los dineros á interes.

Podrá tambien, de acuerdo con el usufructuario, comprar ó vender las cosas funjibles, i tomar ó dar prestados á interes los dineros que de ello provengan.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario i de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies ó sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo i del uso lejítimo.

El usufructuario podrá en todo tiempo reclamar la administracion prestando la caucion á que es obligado.

(c) Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre;

Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées;

Les denrées sont vendus, et le prix en provenant est pareillement placé;

Les intérêts de ces sommes et le prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier.

los bienes sino asegurando previamente la conservación y restitución para el caso en que el desaparecido reaparezca.

www.libtool.com.cn

Síguese, pues, que á no rendirse la caución, los demás herederos llamados á la herencia deberían aceptarla, previos los requisitos legales.

226. Clarísima es la otra regla: Los poseedores provisionales hacen suyos todos los frutos que produzcan los bienes desde la posesión provisional.

Los frutos que los bienes hubieren producido desde la fecha de la muerte presunta, se acumulan á la herencia, y de ellos responden los herederos si el desaparecido reaparece.

El Código chileno les concede los frutos íntegros, porque presume la muerte del desaparecido; y el Código de Napoleón, que no la presume, sólo les da una cuota de los frutos como remuneración del trabajo. (3)

---

ausencia continúa. La sentencia que declara la ausencia y confiere la posesión queda como si no se hubiese pronunciado. El administrador continúa manejando los bienes, sin que sea necesario concederle nuevos poderes. La condición de que dependía la posesión no se ha cumplido, y la sentencia no surte efecto en cuanto al administrador.....

" M. Dalloz dice (d): La *equidad* exige que se tome un temperamento propio para socorrer á un hombre indigente, que tiene derecho á la administración de bienes cuyo dominio puede adquirir más tarde ".

" Esta palabra, empleada por Dalloz, induce á rechazar su opinión... Cuando impera el derecho, la equidad no es obligatoria, y, por otra parte, ¿ cómo poner en práctica este pensamiento filantrópico?

" Hay un administrador de los bienes del presunto ausente, y continúa administrándolos mientras no se rinda la fianza. Ahora bien, no querrá desprenderse de los frutos, y será necesario sentencia; y ¿ en qué ley podría fundarse el tribunal para compeler al administrador á entregar anualmente al heredero parte de los frutos...? (Plasman. I. p. 194. 195).

(3) " Un punto presentaba dificultades, " (decía Bigot-Préameneu) " y acerca de él era muy vario el uso, á saber, el de la

---

(d) Plasman se refiere al *Dictionnaire général* de Dalloz.

Así, cumplida la condición resolutoria de que el ausente reaparezca ó de que los bienes se devuelvan á los herederos que lo sean á la fecha de la verdadera muerte, los frutos pertenecerían á los poseedores provisionales. En ese caso pudiera considerarse como una remuneración del trabajo empleado en administrar los bienes del desaparecido; la cual cede en beneficio del mismo, pues sería difícil que nadie administrara los bienes con esmero durante largos años á contraer la obligación de rendir cuenta de los frutos y restituír al desaparecido ingentes sumas de dinero.

www.libtool.com.cn

Art. 90. Si durante la posesion provisoria no reapareciere el desaparecido, ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes segun las reglas jenerales, se decretará la posesion definitiva i se cancelarán las cauciones.

---

restitución de los frutos que habían percibido los poseedores provisionales.

" Todos están de acuerdo en que es en extremo oneroso para los herederos dar cuenta de frutos que percibieron durante muchos años. La existencia del ausente, que es más incierta á medida que el tiempo transcurre; las desgracias que á los herederos pueden sobrevenir; la acumulación de las cosas depositadas, la larga y esmerada administración, que sería injusto no remunerar; la negativa á soportar mucho tiempo una carga tan pesada, todas esas razones han inducido hasta ahora á decidir que después de algunos años los herederos deben aprovechar de los frutos....

" Este sistema era vicioso: la humanidad lo rechaza. ¿Cómo conciliar con las ideas de justicia la posición de un ausente que ve á los herederos presuntivos enriquecidos con sus rentas durante una larga serie de años, y que no puede exigirles nada para satisfacer las numerosas necesidades que su desnudez acarrea?

" Y, por otra parte, el conceder á los herederos los frutos íntegros pugna con su título, que no es sino el de depositarios. Tengan como remuneración parte de los frutos, y sea ésta más ó menos considerable á proporción del tiempo de la ausencia; pero pueda el ausente presentarse á los herederos como propietario, que tiene derechos á una porción de los frutos de que han gozado.

" Tales son las reglas adoptadas en la ley que se os propone. " (Locré. IV. 143. 28.)

En virtud de la posesion definitiva cesan las restricciones impuestas por el art. 88.

Si no hubiere precedido posesion provisoria, por el decreto de posesion definitiva se abrirá la sucesion del desaparecido segun las reglas jenerales.

REFERENCIAS.

Posesión provisoria. 81.
Bienes. 565.
Reglas jenerales. 951. 952. 980. 983.
Cauciones. 46. 89.
Se abrirá la sucesión. 955.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 100. Si durante la posesion provisoria no reapareciere el desaparecido, ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes segun las reglas jenerales, se decretará la posesion definitiva i se partirán los bienes. (a)

C. E. 87. Si durante la posesión provisional no volviere el ausente, ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribución de sus bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 86.

Si no hubiere precedido posesión provisional, por el

(*) Locré. IV. art. 10.—31. art. 11.—33. art. 24.—63. 27.—82. art. 13.—83. art. 15.—93. 27-32.—107. art. 15.—115. 6.—119. art. 14.—120. art. 16.—143. 28.—159. 13. 14.173. 15.—Merlin. Absent. art. CXX.—Dalloz. Absence. 267-278. 303-314. 326-332. 589.590.—Toullier. I. 431-433. 452.—Laurent. II. 121. 199. 222-232. 242-244.—Plasman. I. p. 219-228.—Demolombe. II. 47. 146. 148-163.—Zachariae. (M. V.) I. § 101. 103. 105.—Zachariae. (A. R.) I. § 154. 156. 167.—Demante. I. 169-173 *bis*.—Baudry-Lacantinerie. I. 1172-1179. 1215-1218.—Troplong. (C. de M.) II. 1274-1280. — Freitas. art. 260.

(a). Si durante la posesion provisional no reapareciere el desaparecido, ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes segun las reglas generales, se decretará la posesion definitiva y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesion definitiva, cesan las restricciones impuestas por el art. 91. (Art. 94. del Proyecto inédito.)

decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del ausente, según las reglas generales.

C. de N. 129 (Véanse las *Concordancias* del art. 82.)

130. La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127.

131. Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront, sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre 1er du présent titre, pour l'administration de ses biens.

130. Probado el día de la muerte del ausente, se abrirá la sucesión en beneficio de los herederos más próximos en esa época, y los que hubieren gozado de los bienes del ausente, estarán obligados á restituírselos, reservándose los frutos adquiridos por ellos en virtud del art. 127.

131. Si el ausente reaparece, ó si se prueba su existencia durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, en su caso, de las providencias conservativas prescritas en el capítulo primero del presente título para la administración de sus bienes.

P. de G. 323. Hecha la declaración de que trata el artículo anterior, se publicará el testamento del ausente, si no estuviere ya publicado á virtud de lo dispuesto en el artículo 313; se dará la posesión definitiva de los bienes á sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición, ó de las últimas noticias, sin fianza; y quedará cancelada la que se hubiere dado á virtud del artículo 318.

También se dará la posesión á los demás interesados comprendidos en el artículo 318.

324. Cuando se pruebe la muerte del ausente, se defiere su herencia á los que debieron heredarle en aquella época: el poseedor de los bienes hereditarios deberá restituírlos, reservando el quinto de los frutos correspondientes á la época de la posesión provisional; y el todo de ellos desde que obtuvo la posesión definitiva.

325. Si el ausente se presenta, ó se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, el precio de los enagenados ó los adquiridos con el mismo, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

C. C. 105.

C. P. 72. Obtenida la posesión definitiva, el heredero entra en el goce de todos los derechos de sucesión, incluyéndose en la masa hereditaria los frutos reservados según el artículo 70.

C. de la L. arts. 71, 72 y 73. (Los arts. 129, 130 y 131 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 193. Declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos.

COMENTARIO.

227. Si bien la redacción del art. 90 no es clara, juzgamos que atendiéndose al sistema sobre la presunción de muerte por desaparecimiento, de tal artículo se deducen estas reglas :

1ª. Si durante la posesión provisional reaparece el desaparecido, por el ministerio de la ley caducan sus efectos :

2ª. Si llega á ser cierto que murió el desaparecido, son aplicables todas las disposiciones concernientes á la sucesión por causa de muerte :

3ª. Si hubieren transcurrido treinta años desde la fecha de las últimas noticias ú ochenta desde el nacimiento del desaparecido, termina la posesión provisional, y concédese la definitiva :

4ª. En virtud de la sentencia que concede la posesión definitiva, los poseedores que la obtienen pueden enajenar libremente así los bienes muebles como los raíces que dejó el desaparecido, y declárase extinguidas las cauciones :

5ª. Si no hubiere precedido posesión provisional, por la sentencia de posesión definitiva se abre la sucesión del desaparecido.

228. I. Cuando consta la existencia del desaparecido, cúmplese la condición resolutoria de que dependía el dominio conferido por la ley á los poseedores provisionales; y éstos deben restituírle inmediatamente los bienes. (1)

---

(1) " Si el ausente reaparece durante la posesión provisiona

Como la presunción legal de muerte cede á la evidencia, los poseedores provisionales no tienen ya título alguno para continuar administrando los bienes cuyo dominio pertenece al desaparecido.

Á recibirse noticias ciertas de que el desaparecido vive, y éste no reanuda su comunicación con la familia, procédese, conforme al art. 473, á nombrar curador de bienes; el cual exige la restitución á los poseedores provisionales.

Hemos dicho que tan luego como el desaparecido reaparece, por el ministerio de la ley caducan los efectos de la posesión provisional, y que uno de ellos consiste en que la sociedad conyugal se disuelva por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, esto es, en virtud de la sentencia que concede la posesión provisional á los herederos presuntivos del desaparecido; y según el conjunto de las disposiciones concernientes á la disolución de la sociedad conyugal, ésta no se restablece sino en los casos enumerados por la ley taxativamente; entre los cuales no se cuenta el de la reaparición del cónyuge desaparecido.

229. Cuando la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de la separación total de bienes ó de divorcio, la ley misma prevé que la sociedad puede restablecerse conforme á los arts. 164 y 178 (a); mas, á disolverse la sociedad por la

---

extinguense los efectos de la sentencia que declaró la ausencia.'" (Locré IV. 175. 17.)

" La posesión provisional cesa por el regreso del ausente, por recibirse noticias de su existencia, por la prueba de su muerte, y por la posesión definitiva.

" Si reaparece, los poseedores provisionales deben rendirle cuenta de la administración; lo mismo es aplicable al ausente que si bien no regresa, hay prueba de que existe; entonces los efectos de la posesión cesan con los de la sentencia que ha declarado la ausencia, sin perjuicio de expedirse, respectivamente, las providencias conservativas prescritas en caso de ausencia presunta, y en el caso en que no se recibiesen noticias del ausente durante mucho tiempo, pero que haya de nuevo dudas fundadas sobre su existencia. " (Plasman. 1. p. 219.)

(a) La separacion de bienes, pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido, podrá terminar por decreto

sentencia que concede á los herederos presuntivos la posesión provisional de los bienes del desaparecido, la ley no autoriza á los cónyuges para pedir al juez el restablecimiento de la sociedad conyugal.

Ese restablecimiento surte efecto no sólo en cuanto á los cónyuges mismos, sino también respecto de terceros; y por eso en todos los casos en que, disuelta la sociedad conyugal se restablece, la ley prescribe que el juez expida sentencia de restablecimiento; y la fecha de la sentencia es la que determina, especialmente acerca de terceros, los efectos de la sociedad conyugal. Mas, tratándose del desaparecimiento, los efectos caducan por el ministerio de la ley, y por lo mismo aquella sociedad continúa disuelta.

Además, en el larguísimo tiempo transcurrido desde el desaparecimiento hasta que se concede la posesión provisional, los negocios del cónyuge presente pueden haber tomado un curso que no comporte el restablecimiento de la sociedad conyugal; y el cónyuge que á causa de su eterno y no excusable desaparecimiento ha motivado dicha posesión, no inspira ya confianza al legislador, que no le juzga idóneo para volver á la sociedad.

Porque debe tenerse presente que aun en los casos de separación de bienes previstos en el art. 155, el art. 164 no autoriza á los cónyuges para restablecer la sociedad conyugal sino cuando la separación hubiere sido motivada por el mal estado de los negocios del marido; mas no si ella proviniere de insolvencia ó de administración fraudulenta.

El Código de Napoleón expresa terminantemente, en su art. 124 (véanse las *Concordancias* del art. 84), que el cónyuge puede pedír la *disolución provisional* de la sociedad conyugal, esto es que tan luego como cesan los efectos de la

---

de juez, á peticion de ambos cónyujes; i sin este requisito continuará legalmente la separacion.

Si se reconciliaren los divorciados, se restituirán las cosas, por lo tocante á la sociedad conyugal i la administracion de bienes al estado en que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiese existido el divorcio.

Esta restitucion deberá ser decretada por el juez á peticion de ambos cónyujes, i producirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administracion del marido en el caso del art. 165.

declaración de ausencia, la sociedad conyugal se restablece. De ahí que al exponer Bigot-Préameneu (2) las razones en que se funda ese artículo daba á entender que terminada la posesión provisional la sociedad conyugal vuelve á su primitivo ser; y de ahí que Dalloz (3) opine en el mismo sentido.

Pero, según el Código chileno, lo repetimos, parece evidente que aun cuando ambos cónyuges estuvieren de acuerdo en reanudar la sociedad conyugal, la ley no concede al juez autorización para acceder á tal solicitud.

Á objetarse que esto último es en extremo duro, replicaríamos que, á nuestro ver, el cónyuge reaparecido no puede inspirar confianza al legislador; que el intérprete debe atenerse á los clarísimos términos de la ley, y que si ella es injusta, sólo aquél puede modificarla.

---

(2) " Ninguna disposición declara hasta ahora si la sociedad conyugal continúa cuando uno de ellos está ausente.

" Según la costumbre más general, la sociedad, en caso de ausencia de uno de los cónyuges, se disolvía provisionalmente el día en que expirado el respectivo plazo, los herederos presuntivos demandaban al cónyuge presente la posesión de los bienes del ausente. También se disolvía el día en que el cónyuge presente había procedido á este respecto contra los herederos del ausente.

" Si la ausencia cesaba, se procedía sobre el supuesto de que la sociedad nunca se había disuelto, y los herederos que habían entrado en posesión estaban obligados á rendirle cuenta de todos los bienes que la componían.

" La razón y la equidad exigen, empero, que al cónyuge presente, cuya suerte es tan desgraciada, no se le ocasione en los bienes de fortuna el menor perjuicio, y en especial que no lo experimente en provecho de los herederos y por la voluntad de los mismos.

" Conclúyese, pues, de estos principios que el cónyuge presente debe tener la facultad de optar por la continuación ó por la disolución de la sociedad conyugal. " (Locré. IV. 130. 23.)

(3) " La disolución de la sociedad conyugal es puramente provisional cuando resulta de la opción del cónyuge presente; por consecuencia la comunidad se restablecerá *ipso facto*, si el ausente reapareciere, ó si de él hay noticias ciertas. Procédese como si nunca se hubiese disuelto la sociedad conyugal; de manera que los bienes adquiridos por uno de los cónyuges después de la opción entran á la sociedad conyugal. Entonces se aplica-

230, II. Si durante la posesión provisional llega á ser cierta la muerte del desaparecido, pueden ocurrir dos casos:

www.libtool.com.cn

1°. Los herederos presuntivos son los herederos reales del desaparecido, ó porque éste no revocó el testamento en cuya virtud procedieron ellos á ocupar los bienes, ó porque los herederos abintestato á la fecha de la muerte presunta son los mismos llamados por la ley cuando la verdadera muerte.

Entonces la prueba de ésta no surte sino el efecto de conferir á los herederos el dominio absoluto de los bienes que adquirieron bajo condición resolutoria:

2°. Los herederos llamados á la fecha de la verdadera muerte son distintos de los herederos presuntivos.

En este caso también caducan por el ministerio de la

---

ría la disposición del art. 1451 del Código civil, (b) que también fuera aplicable á las enajenaciones hechas por la mujer durante la disolución; las cuales, por consecuencia, no podrían ser impugnadas por el marido, si, por otra parte, la mujer no hubiese traspasado los límites señalados por el art. 1449 (c) á su capacidad legal. (Absence. 412.)

(b) La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties.

Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme, en conformité de l'article 1449.

Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle.

(c) La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration.

Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner.

Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement mari, ou sans être autorisée en justice à son refus.

ley los efectos de la posesión provisional, y los herederos tienen derecho á exigir que los poseedores les entreguen en el acto los bienes. (4)

www.libroof.com.cn

Si se resistieren á ello, los herederos pueden deducir la acción de petición de herencia. (5)

Los poseedores provisionales no pudieran alegar prescripción contra los herederos reales si no hubieren transcurrido treinta años contados desde la fecha de la verdadera muerte. Mientras vivía el desaparecido no principió la prescripción; (6) porque su muerte es el evento de que depende la condición resolutoria prevista por el legislador, y sólo desde entonces tienen derecho los herederos para reclamar la herencia contra los poseedores provisionales.

Luego, sería rarísimo el caso en que estos poseedores pudiesen ganar la herencia por prescripción, pues no se efectuaría sino cuando los poseedores provisionales hubieran omitido pedir la posesión definitiva tan luego como transcurrieron los treinta años desde las últimas noticias.

231. Cuando los poseedores provisionales deben restituír los bienes al desaparecido ó á sus herederos, pueden presentarse dificultades en cuanto á las expensas necesa-

---

(4) " Si se prueba la muerte del ausente, lo provisional se convierte en definitivo en beneficio de los que obtuvieron la posesión provisional, siempre que sean los herederos más próximos cuando la muerte que origina la apertura de la sucesión. Si los poseedores provisionales ó algunos de ellos no son herederos presuntivos cuando la muerte, deben devolver los bienes á las personas que los excluyen, y conservan los frutos, no como herederos, sino como poseedores de buena fe. " (Plasman. I. p. 219. 220.)

(5) " La acción por la cual los herederos del ausente el día cierto de su muerte exigen á los poseedores provisionales la restitución de los bienes que formaban parte de la herencia es, según muchos autores, la acción de petición de herencia propiamente dicha. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1175.)

(6) " La acción de petición de herencia que pueden deducir los herederos del ausente prescribe en treinta años. Pero, ¿cuál es el día inicial de esa prescripción, que, por otra parte, puede suspenderse ó interrumpirse conforme al derecho común.....? El plazo corre desde el día mismo en que la sucesión se abre, y no desde aquel en que el demandado entre en posesión. " (I. 178.)

rias ó las mejoras útiles. Para evitar repeticiones, nos referimos al comentario del art. 94. (II. 248.)

www.libroslibres.com

232. El art. 89 prescribe que los poseedores provisionales presten caución de conservar y restituír los bienes. Esto es lo único á que están obligados los poseedores mismos y á que se extiende la responsabilidad de los fiadores.

En la conservación de los bienes debe emplearse la diligencia propia de un buen padre de familia, y se responde, por lo mismo, aun de la culpa leve.

Los poseedores provisionales tienen de rendir cuenta conforme al inventario. Si hubieren enajenado bienes, restituirán el precio, á menos que con éste se hayan pagado deudas del desaparecido, ó que aquéllos se hubieran subrogado á otros; los cuales pertenecerían al desaparecido ó á sus herederos.

Si los bienes se hubieren enajenado sin observarse las solemnidades prescritas por la ley, el desaparecido ó sus herederos, podrán, como ya lo hemos visto (II. 222), pedir que se declare la nulidad de los respectivos contratos. La acción rescisoria se dirige contra las personas que contrataron con los poseedores provisionales; y, declarada la nulidad, hay acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

233. III. Al comentar el art. 82 observamos (II. 192) que la posesión definitiva se concede cuando hubieren transcurrido treinta años desde la fecha de las últimas noticias ú ochenta desde el nacimiento del desaparecido.

Si hubiere precedido la posesión provisional, para obtener la definitiva basta probar el transcurso de los treinta ó de los ochenta años.

Puede suceder que los herederos del desaparecido, sin seguir el juicio sobre presunción de muerte, hayan continuado durante largos años en la administración y goce de los bienes; y que á la expiración de los treinta pidan la posesión definitiva. Entonces deben observarse los trámites prescritos en los cinco primeros números del art. 81. y se pronuncia sentencia declarándose la fecha de la muerte presunta y concediéndose la posesión definitiva.

También se observarían los mismos trámites aun cuand á vivir el desaparecido tuviera ochenta años; pues si bie á primera vista parece que tales trámites son innecesarios

no puede prescindirse de ellos atendiéndose á la circunstancia decisiva de que no sólo se trata de saber á punto fijo si el desaparecido vive ó ha muerto, sino también la fecha de la verdadera muerte; la cual determina la apertura de la sucesión, esto es, la trasmisión de todos los derechos y obligaciones del desaparecido á las personas llamadas por el testamento ó por la ley.

www.libtool.com.cn

Como lo hemos visto en las *Concordancias*, el art. 129 del Código de Napoleón expresa que, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional, puede solicitarse la posesión definitiva. Evidente, pues, que no se concede esta posesión sino cuando ha precedido la posesión provisional. Escritores tan distinguidos como Dalloz (7) y Demolombe (8) opinan, empero, que

---

(7) " Por regla general, todos aquellos á quienes la ley concede el derecho de obtener la posesión provisional del patrimonio del ausente, pueden pedir la posesión definitiva; y conviene notar que no es requisito necesario que se les hubiese concedido la posesión provisional. La posesión definitiva es del todo independiente de la otra, y si bien de ordinario se habrá obtenido ella por las personas á quienes se confirió la posesión provisional, debe reconocerse que no siempre será así. En efecto, puede suceder que los herederos presuntivos que hubieran concurrido con los que pidieron la posesión provisional hayan guardado silencio, bien porque estaban ausentes, bien porque hubiesen ignorado, bien porque no hubiesen querido obtener la posesión provisional. Ahora pues, nada obsta á que dichos herederos se presenten cuando la posesión definitiva y la obtengan, sin que los poseedores provisionales, cuyo goce precario no hubiera durado aún treinta años, puedan alegar la prescripción. " (Absence. 431.)

(8) " ¿ Cuéntanse los treinta años desde la posesión provisional ó desde la declaración de ausencia?

" Si nos atuviésemos al tenor literal del art. 129, el punto de partida sería la posesión provisional; mas parece que esta no es la verdadera intención de la ley. ¿ Por qué se concede la posesión definitiva? Porque la presunción de muerte ha llegado, por decirlo así, á su apogeo; y esa presunción, ¿en qué se funda? En el tiempo transcurrido desde el desaparecimiento y en la falta de noticias. La circunstancia, del todo ajena al ausente, de que la posesión provisional se haya ó no conferido, es insignificante. Luego, la presunción de muerte surte siempre un mismo efecto, y se prescinde de lo que concierne á la posesión provisional. " (II. 148.)

no es necesario que la posesión provisional preceda á la definitiva. Nosotros nos atenemos al clarísimo tenor de la ley, y al dictamen de escritores no menos distinguidos, como Plasman, (9) Laurent (10) y Demante; (11) quienes

---

(9) " Debe establecerse una distinción entre los diversos casos previstos por el art. 129. En los dos primeros, la posesión definitiva tiene por punto de partida la posesión provisional, ó la época en que la administración legal ha comenzado. Luego, para que haya posesión definitiva, es menester la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge.

" Pero otra cosa es en el caso previsto en la última parte del art. 129. Entonces la posesión definitiva se funda en que han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente; no es necesario pedir la posesión provisional, porque se reputa que el ausente ha muerto el día mismo en que ha cumplido esa edad; la posesión definitiva puede solicitarse tan luego como se declare la ausencia, y podría concederse en el mismo fallo. " (Plasman. I. p. 227.)

(10) " La posesión definitiva se concede en dos casos : si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional, ó desde la época en que el cónyuge ha entrado en la administración de los bienes del ausente; y si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente. ¿ Cuál es el punto de partida de los treinta años en la primera hipótesis? La ley lo dice : la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge. A pesar de ley tan terminante, muchos autores enseñan que el plazo corre desde la declaración de ausencia. No es la posesión provisional, dicen, ó la administración legal lo que origina la presunción ó á lo menos la probabilidad de muerte; es la declaración de ausencia pronunciada en virtud de pruebas solemnes y después de una averigüación que se extiende á todas las partes del mundo..... Preferimos la opinión contraria de Plasman; la cual se funda en una autoridad que el intérprete debe respetar, la autoridad de la ley. Cuando la ley es tan clara cuanto puede serlo, ¿por qué separarse de ella? " (II. 242.)

(11) " Á la duración de la posesión provisional de los herederos presuntivos ó del cónyuge, mas no á la de la ausencia, subordina la ley los efectos de la posesión definitiva. Sin duda se ha querido excitar á los interesados á que procedan en breve á las gestiones conducentes á establecer el régimen del segundo período, cuyo comienzo no pueden diferir sin diferir la apertura del tercero. En cuanto al transcurso de los cien años desde el nacimiento, su efecto es independiente de la duración de la ausencia; y puede seguir en el acto á la declaracion de ausencia

enseñan que á la posesión definitiva debe preceder necesariamente la posesión provisional.

234. IV. Aunque el Código chileno procede sobre el supuesto de que se presume la muerte del desaparecido, cuando concede así la posesión provisional como la definitiva; hay notables diferencias entre las dos especies de posesión.

Á concederse la posesión provisional, presúmese la muerte; pero no se juzga difícil que el desaparecido reaparezca ó que por lo menos se tengan noticias ciertas de la fecha del fallecimiento. De ahí las mil y mil precauciones que el legislador emplea en beneficio del desaparecido ó de sus herederos: (II. 206) el inventario, las cauciones, la prohibición de enajenar los bienes sin permiso de juez, &. &. De ahí también que tan luego como el desaparecido reaparece ó se tienen noticias de su muerte, por el ministerio de la ley caducan los efectos de la posesión provisional, y los poseedores restituyen immediatamente los bienes al desaparecido mismo ó á los herederos que lo sean á la fecha de la verdadera muerte.

Pero si se concede la posesión definitiva, se juzga, si no imposible, en extremo difícil que el desaparecido reaparezca ó que haya noticias de la fecha en que acaeció su muerte. De lo cual se deduce que aun cuando se concede el dominio bajo condición resolutoria, los bienes pueden enajenarse libremente, (12) decláranse extinguidas las cau-

---

la posesión definitiva; pues si bien es necesaria tal declaración, no lo serían los plazos prescritos por los artículos 115, 121 y 122." (I. 169. bis. I.)

(12) " Si la ausencia ha continuado durante treinta años, contados desde la posesión provisional" (decia Bigot-Préameneu)..... " ó si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, extínguense las fianzas; todos los sucesores pueden pedir la partición de los bienes del ausente, y que se les conceda la posesión definitiva.

" Hasta ahora la posesión no había sido nunca definitiva. Los poseedores no podían enajenar ni hipotecar los bienes del ausente sino cuando hubiere llegado él á los cien años, esto es, el término más largo de la existencia. De este sistema resultaron inconvenientes muy graves; porque los bienes permanecían en una especie de interdicción, y á menudo abandonados por falta

ciones, y, en los casos previstos en el art. 93, es necesario que el juez expida sentencia sobre resolución de la posesión definitiva.

235. El Código de Napoleón expresa que las fianzas se extinguen por el ministerio de la ley tan luego como expiran los plazos señalados para la duración de la posesión provisional; según el Código chileno los respectivos interesados deben pedir que se declaren extinguidas las cauciones.

La palabra cancelar, empleada en el art. 90, es deficiente; porque se refiere sólo á la fianza y la hipoteca, mas no á la prenda.

De los términos mismos en que está redactada la parte final del art. 90, inciso 1°, se deduce que independientemente de las gestiones que hagan los herederos para obtener la posesión definitiva, los fiadores ó los terceros que hubieren constituído hipoteca ó prenda, pueden solicitar que se declare extinguida la fianza, que se proceda á cancelar la hipoteca, ó que se devuelvan los bienes en que la prenda consiste.

236. V. Al comentar el art. 84 observamos (II. 207) que el inciso último del art. 90 es importantísimo: si no hubiere precedido posesión provisional, por la sentencia que concede la posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido según las reglas generales. (13)

---

de reparaciones para las cuales eran suficientes los frutos; y estaban fuera del comercio porque se temía que el ausente viniese á reclamarlos.

" Pero si un individuo está ausente hace treinta y cinco años... y su ausencia se ha hecho notoria según los trámites puntualizados en el proyecto, no deja ninguna esperanza de que regrese. Prudente es entonces que á los poseedores provisionales y á los fiadores se liberte de los vínculos que los ligaban, y se restituyan á la circulación del comercio los inmuebles que hace tanto tiempo se hallan en estado tan precario." (Locré. IV. 154. 16.)

(13) " En cuanto á los poseedores, la posesión definitiva abre en realidad la sucesión, y las cosas se hallan en el estado en que estarían si se probase la verdadera muerte del ausente. Puede suceder que la suposición de la muerte no sea una realidad, y entonces el destino que la ley da á los bienes del ausente casi siempre le sería perjudicial. Pero además de militar á favor de

La sucesión en los bienes del desaparecido se abre, insistimos en ello, por la sentencia que concede la posesión provisional.

Los efectos de la apertura de la sucesión consisten en que por el ministerio de la ley se trasmiten á los herederos todos los derechos y obligaciones del difunto. Luego, los herederos deben pagar las deudas hereditarias y testamentarias, aunque su monto exceda al valor de los bienes que componen la herencia, á menos que la hubieran aceptado con beneficio de inventario.

Cuando la sucesión se abre en virtud de la sentencia que concede la posesión provisional, la ley restringe algún tanto sus efectos, pues los herederos no están obligados al pago de las deudas testamentarias ni las personas que tienen en los bienes del desaparecido derechos subordinados á la condición de muerte, pueden hacerlos valer.

La apertura de la sucesión efectuada en virtud de la posesión definitiva, no tiene restricción alguna, y surte por tanto los mismos efectos que la apertura de la sucesión cuando hay verdadera muerte; sujetándose, empero, á los efectos de la condición resolutoria puntualizada en los arts. 93 y 94.

Art. 91. Decretada la posesion definitiva, los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseidos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, i en jeneral todos aquellos que tengan derechos subordinados á la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. (*)

---

la posesión definitiva la suposición tan verosímil de la muerte, se funda en una regla de orden público á que debe subordinarse el interés del ausente." (Dalloz, Absence. 442.)

(*) Locré. IV. 30. art. 8.—42. 20.—51. art. 18.—73. 33.—82. art. 11.—113. 1. 2.—138. 22.—157. 11.—171. 12.—Locré. (E). I. p. 637-640.—Dalloz. Absence. 238-251. 254-256.—Toullier. I. 441. 442.—Laurent. II. 158. 164. 165.—Plasman. I. p. 140-142.—Moly. 356-396.—Delvincourt. I. p. 265 (11).—Demolombe. II. 198.—Zachariae. (A. R.) I. § 152.—Baudry-Lacantinerie. I. 1108. 1110.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Posesión definitiva. 90.
Propietarios. 582.
Fideicomisarios. 733.
Usufructuados. 764. 765.
Legatarios. 954.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 102. Los propietarios i fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseídos fiduciariamente por el desaparecido, i en jeneral todos aquellos que tengan derechos subordinados á la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. (a)

C. E. 88.

C. de N. 123. (Véanse las *Concordancias* del artículo 84.)

P. de G. 318. (Véanse las *Concordancias* del art. 84.)

C. M. 639. Los legatarios, los donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependen de la muerte ó presencia de éste, podrán ejercitarlos dando la garantía que corresponda según el art. 483.

640. Los que tengan con relación al ausente, obligaciones que deben cesar á la muerte de éste, podrán también suspender su cumplimiento bajo la misma garantía.

COMENTARIO.

237. Sólo cuando se concede la posesión definitiva surte pleno efecto la apertura de la sucesión en los bienes del desaparecido; pues entonces los legatarios, los usufructuarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseídos fiduciariamente por el desaparecido, y en general todos cuantos tengan derechos subordinados á la condición de su muerte, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

(a) Los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios i en general todos aquellos que tangan derechos subordinados á la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. (Art. 92 del Proyecto inédito.)

www.libtool.com.cn

El art. 91 desquicia el sistema de que en virtud de la posesión provisional se abre la sucesión en los bienes del desaparecido, y se confiere á sus herederos el dominio de los bienes bajo condición resolutoria. Tan cierto es que el sistema se desquicia, que el mismo art. 91, con insignificantes diferencias, se comprende en el proyecto de D. Andrés Bello. (a)

Si atendemos á las consecuencias prácticas, que nunca debe perder de vista el legislador ni el intérprete, juzgamos que aun habiéndose alterado el proyecto por la Comisión Revisora, procedió ésta con acierto no concediendo tales derechos á los legatarios. En efecto, cuando la ley concede la posesión provisional á los herederos presuntivos, exigiéndoles caución de conservar y restituír, se propone:

1°. Que el patrimonio sea administrado por personas á quienes ligan relaciones de parentesco ó de amistad con el desaparecido; y

2°. Que el patrimonio se conserve íntegro para que, cumplida la condición resolutoria, se restituya al desaparecido ó á sus herederos.

Ahora pues, ninguno de los dos objetos se conseguiría si los legatarios, á quienes se deja á veces la mayor parte de los muebles del testador, procediesen á ejercer en ellos sus derechos. En especial cuando los legados son de cuantiosas sumas de dinero, lo cual también se efectúa con frecuencia, para satisfacerlos sería necesario *vender* parte de los bienes muebles ó raíces del desaparecido; y salta á la vista que ello obstara absolutamente á la conservación del patrimonio.

238. En cuanto á las personas que tengan en los bienes raíces del desaparecido derechos subordinados á la condición de muerte, como los propietarios y los fideicomisarios de bienes que éste usufructúa ó posee fiduciariamente; lo más conforme al sistema del Código civil y lo más equitativo sería entregarles los bienes mediante la respectiva fianza. Si se presume la muerte del desaparecido, y si en consecuencia los herederos, testamentarios ó legítimos, llegan á ser dueños de los bienes bajo condición

---

(a) El art. 102. Véanse las *Concordancias*.

resolutoria, no hay razón alguna para que los propietarios y los fideicomisarios deban aguardar el eterno lapso de veinte años hasta que, concedida la posesión definitiva, puedan pedir la restitución de los bienes cuyo dominio les pertenece á título más fundado que el de herencia.

La Comisión Revisora que alteró, como lo hemos visto (II. 217), el proyecto de D. Andrés Bello, tuvo las mismas vacilaciones que el autor. En el proyecto se expresa que la posesión provisional es mera curaduría de bienes, de lo cual se deduce que no se abre el testamento ni la sucesión y que los legatarios ú otras personas que tengan derechos subordinados á la muerte del desaparecido, no pueden hacerlos valer. Pero si en virtud del art. 84 del Código, la sucesión se abre, publícase el testamento y concédese la posesión provisional á los herederos testamentarios, ó, á falta de éstos, á los legítimos ¿por qué privar de sus derechos á los propietarios de bienes raíces usufructuados ó poseídos fiduciariamente por el desaparecido?

Según el Código de Napoleón todas las personas cuyos derechos se subordinan á la muerte del ausente pueden hacerlos valer cuando se declara la ausencia. Fundáronse los redactores en que si los herederos entraban en posesión provisional, había la misma razón para concederla á los legatarios y á las demás personas que acabamos de mencionar. (1) Pero la discusión del proyecto evidencia que

---

(1) " La apertura de los testamentos y su ejecución provisional " (decía Bigot-Préameneu) " deben autorizarse por las mismas razones que inducen á conceder á los herederos presuntivos la posesión provisional. Los derechos que á éstos confiere la ley, y á los legatarios la voluntad del ausente, no nacen sino cuando la muerte. Pero si á causa de la declaración de ausencia se anticipa el tiempo en que la muerte consta, concediéndose la posesión á los herederos, debe también anticiparse mediante la entrega provisional á los legatarios.

" Esos principios y consecuencias se aplican á todos cuantos tengan derechos subordinados á la muerte del ausente. " (Locré. IV. 138. 22.)

" Al principio se juzgó que hubiera muchos inconvenientes en autorizar la apertura del testamento de un ausente, porque, se decía, siendo él un acto por causa de muerte; el que lo ejecutó

los distinguidos jurisconsultos á quienes cupo la honra de crear el sistema sobre presunción de muerte por desaparecimiento, no se fijaron en qué el pago de los legados pugna abiertamente con el principio de que los bienes se conserven, en cuanto sea posible, para restituírlos al ausente ó á sus herederos. (2)

239. La redacción del art. 91 pudiera originar duda sobre si es necesario que se conceda á los herederos la posesión definitiva, para que las demás personas cuyos derechos se subordinan á la condición de muerte puedan hacerlos valer. Pero disípase la duda atendiéndose á que el juicio sobre presunción de muerte puede suscitarse no sólo por los herederos sino por todos los demás interesados, y que entre éstos se cuentan las personas cuyos derechos se subordinan á la condición de muerte. Luego, aun cuando los herederos no pidan la posesión definitiva, dichas

---

se propuso que no fuese conocido sino después de su muerte natural.

"Pero, por otra parte, se ha visto que fuera injusto privar á los legatarios y donatarios del goce de bienes que se les defería; que si los herederos presuntivos entraban en posesión de los bienes del ausente había en realidad una posesión anticipada, y por consecuencia, necesario y justo..... dar á los legatarios y donatarios, también anticipadamente, el goce de los legados y objetos donados si rindieren la respectiva fianza." (171. 12.)

(2) "Siendo entonces muy grave la presunción de muerte, fuera injusto suspender por más tiempo el ejercicio, siquiera provisional, de los derechos subordinados á esa condición, tales como los de los herederos legítimos ú otros sucesores, legatarios, y, sobre todo, el ejercicio de los derechos que, si bien subordinados á la condición de muerte del ausente, son por otra parte independientes de sus hechos y de su voluntad, como los del donatario de bienes futuros, nudo propietario de los bienes cuyo usufructo le pertenecía.

"Preciso es confesar que este sistema acarrea al ausente el grave perjuicio de dividir, desmenuzar su patrimonio, y desparramarlo entre muchas personas." (a) (Demolombe. II. 72.)

(a) Si bien no parece cierto que según el Código de Napoleón se presuma la muerte del ausente, citamos la opinión de Demolombe; porque siendo conforme á ella el sistema del Código chileno, hay exactitud en las consecuencias que se deducen.

personas pueden exigir que ella se conceda, y, concedida, las mismas personas pueden hacer valer sus derechos.

www.libool.com.cn

Para corroborar la exactitud de esta aserción debe observarse que si concedida la posesión provisional no se presentan herederos, declárase yacente la herencia (II. 204); disposición que, á no dudarlo, sería aplicable á no presentarse herederos que reclamen la posesión definitiva.

El art. 123 del Código de Napoleón dice : " Cuando los herederos presuntivos hayan obtenido la posesión provisional..... los legatarios, los donatarios, así como todos cuantos tenían en los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de muerte, podrán ejercerlos provisionalmente rindiendo fianza ". Aunque esta disposición es menos clara que el art. 91 del Código chileno, los más notables expositores del Código de Napoleón se acuerdan en que el ejercicio de aquellos derechos es del todo independiente de los que pueden ejercer los herederos presuntivos. (3)

---

(3) " De la redacción del art. 123 pudiera deducirse que los legatarios, donatarios y otras personas que tienen derechos subordinados á la condición de muerte del ausente, no pueden ejercerlos sino después que los herederos presuntivos han obtenido la posesión provisional. Pero no es admisible que el artículo se interpretase de una manera tan restringida. En general, la ley estatuye para los casos ordinarios : *lex statuit de eo quod plerumque fit.* Los otros casos deben decidirse, ya conforme á la equidad, ya según las disposiciones análogas de la ley. Lo más frecuente será que los herederos pidan la posesión provisional porque tienen ó creen tener interés en hacerlo. Pero si rehusan pedirla, y aún el provocar la declaración de ausencia, ¿se deduce que los bienes permanecen indefinidamente sin ser administrados? No es posible que tal sea el espíritu de la ley. El interés público se habría opuesto á que se dictara esa disposición; y, por otra parte, no puede quedar al arbitrio de los herederos privar á otras personas de los derechos que la ley les confiere. " (Delvincourt. I. p. 265. 11.)

" Por lo regular los herederos presuntivos obtienen la posesió de todos los bienes que componen el patrimonio del ausente, y entregan después á los otros interesados los bienes en que éstos tienen derechos subordinados á la muerte del ausente. Est proceder, que indica el artículo 123, es evidentemente racional pues siendo llamados los herederos á la universalidad de lo

www.libtool.com.cn

Art. 92. El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado á probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; i mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

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

REFERENCIAS.

Derecho. 575.
Desaparecido. 80.
Fecha de la muerte presunta. 81. VI.
Probar. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 106.
C. E. 89.

---

bienes, ellos son los contradictores naturales de todos cuantos pretendan parte de esta universalidad.

" Pero es posible que los herederos, por negligencia, por mala voluntad, ó talvez porque el testamento del ausente no les deja nada, no pidan la posesión provisional. ¿Surtirá tal inacción el efecto de privar de sus derechos á los otros interesados? Los jurisconsultos opinan negativamente y así lo declaran los tribunales. Los términos del art. 123, lejos de restrictivos, se refieren á los casos generales, y declaran que cuando los herederos presuntivos han obtenido la posesión provisional, los otros interesados deben dirigirse á ellos para ejercer sus derechos; pero esta posesión previa no es requisito necesario de la existencia de esos derechos. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1109.)

(*) Locré. IV. 33. art. 21. 40. 18.—84. art. 21.—97. 38.—108. t. 22.117. 10.—142. 27. 161. 17.—177. 20.—Merlin. Absent. s. CXXXV. CXXXVI.—Dalloz. Absence. 476-525.—Toullier. 473-482.—Laurent. II. 252-259.—Zachariae. (M. V.) I. § 105. Plasman. I. 227. 8.—Zachariae. I. § 158.—Demolombe. II. 0-213.—Demante. 179-179 *bis*. V.—Baudry-Lacantinerie. 1111. 57-1268.

C. de N. 135. Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande.

136. S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

135. El que reclame un derecho deferido á un individuo cuya existencia no sea cierta, debe probar que ese individuo existía cuando se defirió el derecho : hasta que rinda esa prueba, no se le aceptará la demanda.

136. Si se abre una sucesión á que es llamado un individuo cuya existencia no es cierta, se deferirá exclusivamente á los que tengan derecho de concurrir con él ó á los que hubieran sucedido en ella en su falta.

P. de G. 327. Cualquiera que reclame un derecho perteneciente á una persona, cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que este individuo existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

C. C. 107.

C. de la L. 77. 78. (Los arts. 135 y 136 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 195. El que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

C. A. 278. El día en que la declaración de muerte ha adquirido fuerza legal, se reputa el día legal del fallecimiento del ausente. Pero, á pesar de esa declaración, puede probarse que el ausente ha muerto en otra época ó que vive todavía; y en tal caso los poseedores se consideran como de buena fe.

COMENTARIO.

240. Este artículo encierra dos reglas :

1ª. La sentencia que declara la fecha de la muerte p sunta, es prueba plena contra todos; y

2ª. Si alguno alega que la muerte acaeció antes ó d pués de esa fecha, él debe probarlo.

Ambas reglas son consecuencia necesaria, ya del sistema sobre la presunción de muerte por desaparecimiento, ya de los principios generales sobre las pruebas.

Al comentar el art. 80 observamos que procediendo D. Andrés Bello con su característico eclecticismo, había comenzado por establecer que se presume la muerte de la persona que ha desaparecido ignorándose si vive. Declarada la presunción de muerte, se presenta con la claridad y exactitud de los axiomas la consecuencia de que tal presunción surte efecto en todos los casos; porque el legislador fija la regla para que á ella se atengan todos cuantos reclamen derechos subordinados á la muerte del desaparecido. Luego, si los derechos de terceros nacen ó se extinguen el día de la muerte presunta, nada hay que probar cuando se alega el nacimiento ó la extinción de tales derechos. Por ejemplo, si después de la muerte presunta se abre una sucesión á que el desaparecido, si viviese, fuera llamado como heredero ó legatario, se prescindirá de él absolutamente á sustanciarse los juicios conducentes á la partición de los bienes. Sus herederos pudieran representarle en los casos puntualizados por la ley, pero no ejercerían el derecho de trasmisión.

Si el desaparecido reaparece ó se reciben noticias de la fecha cierta de su muerte, él ó sus herederos pueden exigir la herencia mientras las respectivas acciones no prescriban.

Aun cuando la sentencia que declara la fecha de la muerte presunta prueba contra todos, limítase á establecer una presunción que admite prueba en contrario. Luego, si alguno pretende que el desaparecido murió antes ó después de esa fecha, á él le incumbe justificarlo. (1)

---

(1) " Debió preverse " (decía Bigot-Preameneu) " lo que pudiera suceder durante la ausencia, y cómo se ejercerían los derechos de sucesión ó cualesquiera otros en que el ausente tuviera interés.

" El uso antiguo en París, vigente en algunas provincias, consistía en que el ausente fuese reputado, en cuanto á los derechos que se le deferían, como si estuviera presente. Así, intervenía, en la partición de una herencia, y sus acreedores tenían el derecho de ejercer á su nombre tales acciones rindiendo fianza.

" Después se aceptó una idea más sencilla y la única verdadera,

Al tratar de las pruebas manifestaremos que es un principio aceptado por los jurisconsultos, antiguos y modernos, que si alguno alega un hecho contrario á la posición en que las partes se hallan actualmente, y lo alega para ejercer un derecho, á él le incumbe rendir la respectiva prueba. Declárase, v. g., en la sentencia que la muerte de Pedro se efectuó el 1° de marzo de 1890; y Juan, que sucedería abintestato si la muerte se hubiese efectuado en 1° de junio de 1886, pretende que á él le corresponden los derechos hereditarios. Salta á la vista que á Juan es á quien incumbe justificar que la muerte se efectuó, no en marzo de 1890, sino en junio de 1886.

Pero es necesario no dar mucha extensión á las reglas fijadas en el art. 92, pues ellas se subordinan á las especialísimas que rigen la posesión definitiva y su resolución.

---

la de no presumir la vida ni la muerte del ausente, sino atenerse, á ese respecto, á la regla según la cual cualquiera que reclame un derecho deferido á una persona cuya existencia no es cierta, debe probar que esta persona existia cuando se le defirió el derecho, y, mientras no lo pruebe, no puede aceptarse la demanda.

" Si se trata de sucesión, defiérese exclusivamente á aquellos con quienes la persona cuya existencia es incierta hubiese concurrido, ó á los que, á faltar la misma, hubieran heredado.

" Esta regla subsiste, y continuará aplicándose á los ausentes, en cuanto á todos los derechos que se les defieran. " (Locré. IV. 142. 27.)

" La muerte priva de sus bienes á una persona; la vida la habilita para obtener nuevos derechos. Como la vida y la muerte del ausente son inciertas, es natural aguardar, para privarle de sus derechos, que se pruebe su muerte, y emplear todas las precauciones que le aseguren la conservación de los bienes hasta el momento en que la muerte aunque no probada, haya llegado á ser casi cierta. Pero, por una justa reciprocidad, se debe subordinar á la prueba de su vida el admitirle á obtener derechos nuevamente deferidos.

" Basta, pues, que sea incierta la existencia de una persona á quien se defiere cualquier derecho, para que á no probarse su existencia en el instante de la delación, no se admita la reclamación á su nombre. " (Demante. I. 179.)

Art. 93. El decreto de posesion definitiva podrá rescindirse á favor del desaparecido si reapareciere, ó de sus lejitimarios habidos durante el desaparecimiento; ó de su cónyuge por matrimonio contraido en la misma epoca. (*)

REFERENCIAS.

Posesión definitiva. 82. 90.
Rescindirse. 1682.
Desaparecido. 80.
Legitimarios. 1182.
Matrimonio. 102.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 103. El decreto de posesion definitiva podrá descindirse á favor del desaparecido si reapareciere, ó de quien por derecho corresponda. (a)

C. E. 90.

C. de N. 132. Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.

133. Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans

132. Si el ausente reaparece, ó si se prueba su existencia áun durante la posesión definitiva, recuperará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los que se hubiesen enajenado, ó los bienes provenientes de la inversión del precio de los bienes vendidos.

133. Los hijos y descendientes del ausente podrán asímismo, dentro de los

(*). Locré. IV. 32. art. 18. 19.—39. 14.—41. 19.—51. art. 21.—161. 16.—146. 30.—Dalloz. Absence. 572, 602-604.—Toullier. I. 448.—Laurent. II. 232.—Demolombe. II. 178-181. 192.—Zachariae. (M. V.) I. § 103.—Zachariae. (A. R.) I. § 157.

(a) El decreto de posesion definitiva podrá rescindirse á favor l desaparecido si reapareciere, ó de sus legitimarios habidos rante el desaparecimiento, ó de su cónyuge por matrimonio ntraído en la misma época. (Art. 95 del Proyecto inédito.)

les trente ans à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent.

treinta años, contados desde la posesión definitiva, pedir la restitución de sus bienes, según lo prescrito en el artículo precedente.

www.libreal.com.ar

C. Arg. 125. Si el ausente hubiese dejado hijos legítimos, cuya existencia se ignoraba, podrán éstos pedir, y deberá entregárseles, los bienes del ausente, como en el caso de la aparición de éste. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituídos en un testamento del que no se tenía conocimiento, y los herederos probasen la efectiva muerte del testador.

C. C. 108.

C. P. 78. En cualquier estado que aparezca revocado el testamento que motivó la posesión provisional ó definitiva, ó que se manifieste otro nuevo testamento del ausente, se conferirá la herencia á los que resulten herederos legales ó testamentarios, según estos últimos documentos, sin que lo impida la posesión anterior.

C. de la L. 74. 75. (Los arts. 132 y 133 del Código de Napoleón).

C. Esp. 194. Si el ausente se presenta ó, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

COMENTARIO.

241. Una de las diferencias entre la posesión provisional y la definitiva consiste en que los efectos de la primera se extinguen, por el ministerio de la ley, tan luego como el desaparecido reaparece ó se tienen noticias ciertas de su muerte; al paso que la sentencia en que se concede la posesión definitiva debe declararse *resuelta* por otra sentencia, y sólo á favor de las personas enumeradas por la ley taxativamente.

Nótese ante todo que la sentencia sobre la posesión definitiva no se *rescinde* sino se *resuelve*.

Según el derecho francés y el chileno hay enorme diferencia entre la *rescisión* y la *resolución*. Rescíndense los actos ó contratos cuando adolecen de vicios que los anulan y resuélvense cuando, válidos, sobreviene un hecho que

los restituye á su estado primitivo; como si las partes se acuerdan en que el contrato legalmente celebrado no se ponga en efecto, ó se verifica la condición resolutoria, envuelta en todas las convenciones bilaterales, de no cumplir una de las partes lo pactado.

Ahora bien, si á la sentencia que concedió la posesión definitiva han precedido todos los trámites por la ley puntualizados, tal sentencia no es susceptible de *rescisión;* resuélvese cuando se cumple la condición resolutoria prevista por el legislador; la cual consiste en que el desaparecido reaparezca ó en que se tengan noticias ciertas de su existencia ó de su muerte.

242. El resolver la posesión definitiva es creación de D. Andrés Bello; pues el Código de Napoleón establece, en el art. 132 (véanse les *Concordancias*) que aun cuando se hubiere concedido la posesión definitiva, si el ausente reaparece ó prueba su existencia, recupera sus bienes.

No alcanzamos á comprender cuál sea la utilidad práctica de este juicio sobre resolución (ó, si se quiere, rescisión) de la sentencia en que se concedió la posesión definitiva. Bastaba determinar las personas que tenían derecho para exigir, aun concedida la posesión definitiva, que los bienes se les restituyeran.

Si el desaparecido se presenta, ó si hay noticias ciertas de que existe, él, sus mandatarios, ó el curador que conforme al art. 473 se le hubiere nombrado, exigirán que los poseedores definitivos les devuelvan los bienes. Á suscitarse litigio, el desaparecido deberá probar su identidad; probada, ordenaráse la entrega de los bienes, y vienen después las controversias sobre las restituciones mutuas.

Tan cierto es que carece de utilidad práctica el juicio sobre la mera resolución (ó rescisión) de la sentencia sobre la posesión definitiva, que no lo han aceptado los códigos modernos posteriores al chileno, exceptuándose el de Colombia y el del Ecuador; en los cuales se copiaron aún los graves defectos de que el Código chileno adolece.

Pero, mientras éste no se reforme, debe seguirse ante todo un juicio estéril, que no versa sino sobre la resolución.

243. El desaparecido puede pedirla en cualquier tiempo que se presente ó que haga constar su existencia. Cúmplese en tal caso la condición resolutoria de que depende

el dominio de los bienes. Á pesar de las mil y mil precauciones empleadas por la ley para dar publicidad al juicio sobre presunción de muerte por desaparecimiento, y de los trámites larguísimos que casi siempre preceden á la posesión definitiva, no es imposible que el desaparecido reaparezca; pues no pereció en el acontecimiento que puso su vida en peligro inminente, ó, cumplidos los ochenta años, ha sobrevivido á esa edad y regresa á su patria, ó durante treinta años tuvo tantos impedimentos imprevistos, que le fue de todo punto imposible volver ó dar noticias de su existencia. Si bien tales casos son rarísimos, el legislador debió preverlos, y disponer, como en efecto dispone, que tan luego como el desaparecido reaparezca ó pruebe su existencia, se le restituyan los bienes.

El título en cuya virtud se les concedieron á los poseedores definitivos, es la herencia; y tan claro como los axiomas se presenta el principio de que no puede heredarse á una persona viva. Nada hubiera sido más contrario á la justicia que el desaparecido reaparezca, y continúen los poseedores definitivos de dueños de los bienes. Pasma pues, que en el *proyecto* del Código de Napoleón se hubiese redactado un artículo (a) en que se declaraba que la posesión definitiva trasmitía el dominio absoluto é irrevocable de los bienes, aun cuando el ausente reapareciese. (1)

(a) Art. 12. — Les héritiers présomptifs, tant qu'ils ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent.

Néanmoins, si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ils pourront, à l'expiration de ce délai, demander l'envoi en possession définitif, et ils seront rendus propriétaires incommutables, en vertu du jugement qui le leur accordera en présence et du consentement du commissaire du gouvernement.

---

(1) " La distinción hecha en el proyecto " (decía Cambacérès) " entre el ausente que ha constituído procurador y el que no le ha constituído, es equitativa. Lo mismo es aplicable á la disposición que después de diez años concede los frutos á los herederos; mas la que, transcurridos treinta años, les concede el dominio

244. Si llega á ser cierto que murió el desaparecido, la posesión definitiva no puede resolverse sino en beneficio de los legitimarios habidos por el desaparecido durante el desaparecimiento, ó de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época.

www.libtool.com.cn

---

irrevocable, es injusta. En cualquier tiempo que el ausente se presente, él ó sus hijos, no deben ser expropiados por ninguna excepción. Por otra parte, es contradictorio no admitir sino después de cien años la presunción de muerte del ausente, y después de treinta expropiarle como si no existiese. El respeto debido á la propiedad exige que en cualquier tiempo el ausente recupere su patrimonio en el estado en que se halle; de manera que no pueda reclamar contra las anteriores enajenaciones." (Locré. IV. 39. 14.)

"Bigot-Préameneu explica perfectamente el objeto de la posesión definitiva y los derechos que ella concede á los poseedores. Es menester que cese el estado precario en que se hallan los herederos durante el segundo periodo. Cuando han transcurrido treinta y cinco años á lo menos desde el desaparecimiento, los herederos tienen derecho para exigir que sus derechos tengan estabilidad. ¿En qué sentido provee la posesión definitiva á tal estabilidad? El orador del gobierno responde que no son ya meros depositarios de los bienes; que adquieren el dominio, y que pueden enajenar los bienes ¿Significa eso que el dominio es irrevocable? No; tan luego como el ausente regresa, los derechos de los herederos que han entrado en posesión caducan. Respecto del ausente, los herederos no pueden ser dueños, porque no hay herencia de una persona viva. No siendo dueños, no son realmente sino mandatarios, administradores. Se les considera, pues, en dos aspectos. ¿De dónde proviene esa posición que parece contradictoria? ¿Cómo son á un mismo tiempo propietarios y administradores? Bigot-Préameneu nos lo dice. El interés público exige que los bienes del ausente vuelvan al comercio. Es preciso que los poseedores tengan el derecho de enajenar; y si el ausente reaparece, deberá respetar todos los actos ejecutados por los herederos.

"Tal es la teoría de la posesión definitiva; y ahora comprendemos esta denominación. Es definitiva en cuanto concierne á las relaciones de los poseedores con terceros; todos los actos ejecutados por los herederos son válidos, y subsisten aun cuando el ausente reaparezca; pues son definitivos. Pero la posesión no es definitiva respecto del ausente, y no puede serlo. El proyecto del Código declaraba que los poseedores adquirían el dominio irrevocable aun respecto del ausente; lo cual era una verdadera herejía jurídica." (Laurent. II. 225.)

Tal regla no sólo es injusta sino de lo más anómala y absurda. Para que ella se comprenda bien recordemos que la posesión definitiva se concede en tres casos:

1° Cuando sobrevino un acontecimiento que puso la vida del desaparecido en inminentísimo peligro, como naufragio, incendio, acción de guerra:

2°. Cuando durante diez años no hubo noticias del desaparecido, y éste, á vivir, hubiera llegado á los ochenta; y

3°. Cuando han transcurrido treinta años desde la fecha de las últimas noticias que del desaparecido se tuvieron.

En el primer caso, para concederse la posesión definitiva no se requiere sino que se hubiesen observado todos los trámites prescritos en los cinco primeros números del art. 81, y que transcurran cuatro años desde el suceso que puso la vida del desaparecido en peligro inminente. Entonces, si no hay evidencia de la muerte, por lo menos la presunción toca en los límites de la certeza, y el juez concede la posesión definitiva á los herederos presuntivos. Pero si en virtud de la natureleza misma de las cosas la sentencia que concede la posesión definitiva es justa en cuanto el desaparecido, ¿hay acaso conexión lógica entre el peligro inminente en que la presunción de muerte se funda, y el hecho de que los herederos presuntivos el día de tal acontecimiento sean en efecto los llamados por el testador ó por la ley? ¿No pudiera descubrirse un testamento que el desaparecido otórgó en naciones remotas? ¿No sería posible que en Chile mismo hubiera otros herederos abintestato más próximos que aquellos á quienes se concedió la posesión definitiva?

En el segundo caso es asímismo injusto y aún absurdo que no todos los herederos puedan deducir, en tiempo hábil, la acción de petición de herencia.

Nadie desconoce que cuando el desaparecido cumple ochenta años, es muy probable, casi cierto, que él ya no exista, y que, por lo mismo, el interés público y el de los herederos presuntivos exige que sin restricción alguna se conceda á éstos la posesión definitiva.

Pero ahora no tratamos del desaparecido mismo, sino de sus herederos. Supóngase que un individuo de setenta años se hubiese ausentado, y que á los seis meses le sobreviniesen desgracias que absolutamente le impidieron ponerse en comunicación con su familia; que se procede al

www.fibtool.com.cn

juicio de presunción de muerte por desaparecimiento; y que tan luego como el desaparecido hubiere cumplido ochenta, se conceda la posesión definitiva á los herederos. Dos años después se sabe que el desaparecido murió en Egipto cuando tenía la edad de setenta y ocho años, y que en el testamento instituyó herederos universales. ¿No hubiera un acto de infame expoliación, si en cuatro años, contados desde la fecha de la verdadera muerte, caducase, por el ministerio de la ley, el derecho de heredar al individuo que tenía setenta y ocho años cuando otorgó el testamento?

Porque debe tenerse presente que no hay prescripción, la cual no puede declararse de oficio, sino absoluta caducidad del derecho; pues, concedida la posesión definitiva, los herederos que la obtuvieron llegan á ser dueños de los bienes y la condición resolutoria prevista por el legislador no consiste sino en que la resolución de la sentencia se pida por el desaparecido mismo, ó, á falta de éste, por sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, ó el cónyuge por matrimonio contraído en la misma época.

El tercer caso, esto es, cuando han transcurridos treinta años desde las últimas noticias, fue, á no dudarlo, el único que la Comisión Revisora tuvo á la vista cuando modificó el art. 103 del Proyecto de D. Andrés Bello. Pero aun entonces es peligroso el sistema cual se halla establecido en el Código chileno, y desdice de las reglas generales sobre la presunción de muerte por desaparecimiento; pues no hay presunción de muerte sino cuando se ignora, ya la existencia del desaparecido, ya su fallecimiento. Cuando hay noticias ciertas de la muerte del desaparecido, cesan las razones que hubo para conceder la posesión definitiva á los herederos presuntivos; y entonces los herederos reales y efectivos son los que tienen derecho á suceder en los bienes.

En cuanto á los herederos, su derecho pudo haberse extinguido por prescripción, contada desde la fecha de la verdadera muerte. Pero si ésta acaeció por ejemplo cuatro ó cinco años antes de concederse la posesión definitiva, y si el desaparecido, al morir, dejó un testamento en que instituía herederos residentes, bien en el lugar donde acaeció el fallecimiento, bien en Chile, ¿por qué caducaría la acción de petición de herencia, tan luego como se concedió la posesión definitiva? Si la ley ordena con razón, que al desaparecido

mismo se le devuelvan sus bienes tan luego como se presente, ¿por qué se le priva del derecho de testar, el cual es una consecuencia del dominio que la ley le reconoce? Porque en realidad de verdad el desaparecido de cuyos bienes se ha concedido posesión definitiva, queda privado del derecho de testar, pues tan luego como se concede ella, sus herederos no pueden ejercer los derechos que el testamento les confiere.

Lo que hay de cierto, real y efectivo es que en las circunstancias actuales de los pueblos civilizados, cuando hay tanta facilidad en las comunicaciones, será raro, rarísimo que se presenten herederos de un desaparecido de cuyos bienes se hubiere concedido la posesión definitiva, y que por eso desde la promulgación del Código chileno acaso no se ha presentado un solo ejemplo de herederos cuyos derechos hubiesen caducado á causa de la sobredicha posesión. Pero no por eso dejan de ser anómalas y absurdas las reglas que examinamos, porque éstas debían fundarse en los principios de justicia universal: tan luego como contraviene á ellos el legislador, éste, lejos de serlo, es el más infame de los tiranos.

La Comisión Revisora no pudo alegar que se trataba de un punto nuevo; pues, atendiéndose en el Código de Napoleón al nimio respeto que el legislador debe tener por todos los derechos, se declara que los descendientes del ausente, aun concedida la posesión definitiva, pueden pedir, dentro de treinta años, que se les restituyan los bienes, y los herederos testamentarios ó legítimos, deducir la acción de petición de herencia, dentro de treinta años contados desde la fecha de la verdadera muerte. (2)

---

(2) " Un caso que no sería muy raro consiste en que el ausente hubiese dejado posteridad cuya existencia no se hubiere conocido durante treinta y cinco años que, por lo menos, deben transcurrir antes que los otros herederos presuntivos hayan obtenido la posesión definitiva.

" Los descendientes no deben ser despojados por los colaterales so pretexto de esa posesión definitiva. En efecto, si prueban la existencia ó la muerte del ausente, extínguese todo derecho de los colaterales; si no prueban ninguno de esos hechos, tienen, á

D. Andrés Bello, que ni un instante perdió de vista el Código de Napoleón al tratar de la presunción de muerte por desaparecimiento, si bien introdujo la novedad de que la sentencia sobre posesión definitiva se resolviese, conservó los derechos de todos los herederos.

Efectivamente, como ya lo hemos visto en las *concordancias*, el art. 103 del proyecto decía : " El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse á favor del desaparecido si reapareciere, ó *de quien por derecho corresponda.*" Estas palabras : *ó de quien por derecho corresponda*, se referían á todos cuantos podían reclamar la herencia con título preferente al de los que habían alcanzado la posesión definitiva; pues tal sentencia, como no expedida en juicio contradictorio, no pasa en autoridad de cosa juzgada, y aun cuando hubiera habido controversia entre dos ó más herederos que pretendían la posesión definitiva, la sentencia, como todas, no surtiría efecto sino entre los litigantes. Luego, los herederos que no habían intervenido en el juicio tenían expedita la acción de petición de herencia mientras no prescribiese.

En la nota explicativa, puesta por Bello al pie del art. 103, se añadió : " Por ejemplo, de un hijo legítimo, *habido durante el desaparecimiento* y cuya existencia se ignoraba; de un legatario por testamento otorgado durante la misma época, etc. " El autor del proyecto habla de los casos más frecuentes que pueden ocurrir; pues lo regular sería que si los herederos hubiesen estado en Chile, hubieran reclamado la herencia como posesión definitiva. Pero esa nota,

---

lo menos como descendientes, un título preferible para obtener la posesión de los bienes.

" Su acción no debería, empero, admitirse, si han transcurrido treinta años desde la posesión definitiva. Esta posesión confirió á los colaterales la propiedad de los bienes; y posteriormente habrán poseído el mayor tiempo que se requiere para alegar la prescripción. Deben pues tener el derecho de oponerla aún á los descendientes del ausente; los cuales no podrían quejarse si, transcurridos sesenta y cinco años á lo menos desde el desaparecimiento, no son admitidos á una investigación que, como todas las acciones de derecho, se extingue por la prescripción. " (Locré. IV. 116. 30 31.)

que no pasa de un ejemplo para ilustrar la teoría, dió margen á que la Comisión Revisora alterase completamente todo el sistema, declarando que no pueden pedir la resolución de la sentencia sobre posesión definitiva sino los legitimarios habidos durante el desaparecimiento, ó el cónyuge por matrimonio que en la misma época se hubiere contraído.

245. Los legitimarios á quienes se concede el derecho de pedir que la sentencia sobre posesión efectiva se resuelva, son :

1°. Los hijos legítimos habidos por el desaparecido durante el desaparecimiento :

2°. Los descendientes legítimos de estos hijos :

3°. Los hijos naturales; y

4°. Los descendientes legítimos.

Art. 94. En la rescision del decreto de posesion definitiva se observarán las reglas que siguen :

1ª. El desaparecido podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente, ó que haga constar su existencia.

2ª. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3ª. Este beneficio aprovechará solamente á las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

4ª. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas i demás derechos reales constituidos legalmente en ellos.

5ª. Para toda restitucion serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, á ménos de prueba contraria.

6ª. El haber sabido i ocultado la verdadera muerte del desaparecido, ó su existencia, constituye mala fé. (*)

(*) Locré. IV. 33. art. 21.—39. 14.—41. 19.—51. art. 21. 22. —84. art. 19.—107. art. 19.—146. 31.—175. 17.—Dalloz. Absence. 572-579. 582-588. 604-610.—Toullier. I. 419-455.—Laurent. II. 232-241.—Demolombe. 164-197.—Zachariae. (M. V.) I. § 103. 104. — Zachariae. (A. R.) I. § 157.—Pardessus. II. 248.—Plasman. I. p. 232-240.—245-248.—Delvincourt. I. 279 (4).—Demante. I. 171-177 *bis*. III.—Marcadé. I. 443-454.—Duranton. I. 504-513.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Rescisión. 1682.
Posesión definitiva. 82. 90.
Las demás personas. 93.
Dentro de los respectivos plazos de prescripción. 2512. 2515.
Bienes. 565
Hipotecas. 2407.
Derechos reales, 577.
Poseedores de buena fe. 706. 707. 906. 907. 909.
A menos de prueba contraria. 1698. 707.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 104. En la rescision del decreto de posesion definitiva, se observarán las reglas que siguen :

1ª. El desaparecido podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente vivo, ó que haga constar su existencia i su identidad.

2ª. Las demas personas, cualesquiera que sean, no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion.

3ª. Este beneficio aprovechará solamente á las personas que le reclamaren i obtuvieren; i ninguna podrá impetrarlo, si no aparecieren ó se probaren circunstancias que la hayan imposibilitado de recurrir en tiempo hábil.

4ª. Serán obligados á la restitucion los poseedores de bienes raíces del desaparecido, á cualquier título que lo sean.

5ª. No serán obligados á la restitucion de los bienes muebles, sino las personas que inmediatamente hubieren sucedido en ellos al desaparecido; ni se extenderá la restitucion sino á las especies existentes en el estado en que se hallaren.

6ª. No se extenderá la restitucion á los frutos.

7ª. Para toda restitucion serán considerados los poseedores como de buena fe, á ménos de prueba contraria. (a)

(a) En la rescision del decreto de posesion definitiva, se observarán las reglas que siguen :

1ª. El desaparecido podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente, ó que se haga constar su existencia :

2ª. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion contados desde la fecha de la verdadera muerte :

105. El haber sabido i ocultado la verdadera muerte del desaparecido, ó su existencia, constituye mala fe, i obliga á la restitucion de los frutos.

C. E. 91.

C. de N. 132. 133. (Veánse las *Concordancias* del art. 93.)

137. (Véanse las *Concordancias* del art. 92.)

138. Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi.

138. Mientras el ausente no reaparezca ó las acciones no se ejerzan á su nombre, los que hubieren sucedido en los bienes harán suyos los frutos percibidos de buena fe.

C. Arg. 124. Si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, ó los que con el valor de ellos se hubiesen comprado; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.

125. (Véanse las *Concordancias* del art. 93.)

C. P. 80. Ninguno de cuantos se encarguen de la administración, ó custodia de los bienes del ausente, ó tomen de ellos posesión provisional ó definitiva, podrá, por causa alguna, ni por razón de mejoras, retenerlos, ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese, ó á la persona que debidamente lo represente. El ausente, mientras vive, conserva la posesión de estos bienes, bajo el amparo de la ley.

3ª. Este beneficio aprovechará solamente á las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren :

4ª. En virtud de este beneficio, se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, ó el precio de los que se hayan enajenado á cualquier título, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos.

5ª. No se extenderá la restitucion á los frutos :

6ª. Para toda restitucion, serán considerados los demandados como poseedores de buena fe á menos de prueba contraria. (Art. 96 del Proyecto inédito.)

www.libtool.com.cn

COMENTARIO.

246. Véamos las reglas puntualizadas en el art. 94.

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

Referímonos al comentario del art. 93.

247. II. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte.

La acción que se concede á los legitimarios, es en realidad la de petición de herencia; la cual expira en treinta años contados desde la fecha de la verdadera muerte.

La fecha de la verdadera muerte se justifica según las reglas generales, esto es, ó bien presentándose la partida correspondiente, ó bien, á faltar ésta, declaraciones de testigos que hubieren presenciado el fallecimiento.

Si el cónyuge sobreviviente reclama los derechos de heredero, la acción prescribe en treinta años, y si exige los derechos provenientes de la sociedad conyugal, en veinte años prescribe la acción. Los plazos varían, pues, según que la deducen los legitimarios ó el cónyuge sobreviviente; y con propiedad se emplearon los términos generales : *dentro de los respectivos plazos de prescripción.*

Pudiera suceder que el desaparecido se hubiese casado en otra nación; que de ésta también desapareciese dejando legitimarios ó cónyuge; y que, seguidos los respectivos trámites, se declarara la muerte presunta.

¿Bastaría tal declaración para pedir la resolución de la sentencia que en Chile concedió la posesión definitiva? Opinamos afirmativamente.

Dos son las circunstancias que la ley requiere para la resolución de la sentencia sobre posesión definitiva :

1ª. Que haya legitimarios ó cónyuge sobreviviente; y

2ª. Que se pruebe la muerte del desaparecido.

Y según los principios del mismo Código chileno, la presunción de muerte surte todos los efectos de la muerte verdadera, mientras no se pruebe lo contrario.

Si así no fuese, se dedujera que aun concedida en otro estado la posesión definitiva á los herederos ó al cónyuge sobreviviente, la presunción de muerte, que en este caso

tiene todos los caracteres de la realidad, no surtiera el efecto de que en Chile fuesen herederos los legitimarios del desaparecido.

www.libroji.com.cn

248. III. El beneficio de la resolución no aprovecha sino á los que por sentencia judicial lo obtuvieren.

Dos partes tiene esta regla:

a). No puede declararse la resolución sino por sentencia judicial:

b). La resolución no aprovecha sino á los que la hubieren solicitado.

Los clarísimos términos de la primera parte manifiestan que aun cuando los legitimarios habidos durante el desaparecimiento y los poseedores definitivos, se acordaren en que aquéllos son dueños de los bienes, no puede procederse extrajudicialmente á la restitución; pues debe haber sentencia que, declarando resuelta la posesión definitiva, ordene se restituyan los bienes.

El juicio se propone contra los que obtuvieron la posesión definitiva; y, pronunciada la sentencia que declara la resolución, hay derecho para exigir que los legatarios, nudo propietarios, y demás personas cuyos derechos se subordinan á la presunción de muerte, procedan á restituír los bienes.

Como debe expedirse *sentencia judicial*, los poseedores definitivos y los legitimarios ó el cónyuge sobreviviente, no pudieran sujetar á juicio de árbitros el litigio sobre la resolución de la sentencia que concedió la posesión definitiva.

Aunque haya dos ó más legitimarios que se hallen en el caso de solicitar la resolución de la sentencia, el fallo que se pronuncia no aprovecha sino á los que intervinieron como actores. Este principio, como general, es aplicable á todos los litigios no excepcionados por la ley; mas, para evitar dificultades, era mejor declararlo expresamente.

249. IV. En virtud de la sentencia sobre resolución, los que hubieren sido actores recobran los bienes como se hallan; pues subsistèn las enajènaciones, hipotecas y dem derechos reales constituídos en ellos legalmente.

En cuanto á la recuperación de los bienes, del todo de ciente es la regla; y tanto más inexplicable su laconism cuanto que D. Andrés Bello tuvo á la vista el art. 132 d

Código de Napoleón; el cual puntualiza con suma exactitud cómo se restituyen los bienes. (1) Si éstos, muebles ó raíces

www.libtool.com.cn

(1) " Irrevocable, respecto de terceros, el dominio de los poseedores definitivos, es revocable en sus relaciones con el ausente. Luego, el regreso del ausente ó la prueba de su existencia, en cualquier tiempo que se efectúe después de la posesión definitiva, y sin que pueda oponérsele ninguna prescripción, surte el efecto de resolver el derecho de propiedad; pero sólo en cuanto á lo porvenir, de manera que subsisten todos los actos que se hubieren ejecutado hasta el dia en que se conoció su existencia. El ausente debe, pues, respetarlos sean cuales fueren.

" ¿Qué puede exigir entonces á los poseedores? El art. 132 permite formular á este respecto el siguiente principio : la restitución á que el ausente tiene derecho no debe ocasionar pérdidas á los poseedores; pero comprenderá todo cuanto se han enriquecido éstos á expensas de aquél, exceptuándose, empero, los frutos que han percibido y que el art. 127 les concede íntegros. En otros términos, los poseedores no están obligados hacia el ausente sino *quatenus locupletiores facti sunt.*

" De este principio, absolutamente razonable, porque los poseedores, propietarios bajo una condición resolutoria que rara vez se realiza, deben proceder según el espíritu de la ley como verdaderos propietarios, sin exponerse á pérdidas en sus bienes propios en el evento muy incierto de que la condición se cumpla; de este principio, decimos, se deducen las siguientes consecuencias.

" 1ª. En cuanto á los bienes de que los poseedores no han dispuesto, el ausente los recupera como están. Luego, tiene de respetar los derechos reales, como las servidumbres ó las hipotecas que los poseedores hubieren constituído, y si los bienes se han deteriorado, aún por actos de los poseedores, el ausente no tiene derecho á ninguna indemnización, á menos que de los deterioros los poseedores hubieren obtenido lucro; pues entonces á proporción de éste deben indemnizarle. Lo cual se deduce del principio que los poseedores son propietarios hasta el dia en que la existencia del ausente se justifique: *qui quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est* " (Beaudry-Lacantinerie. I. 1229. 1230).

" El dominio concedido á los poseedores definitivos se resuelve y sólo para lo futuro, cuando el ausente reaparece, ó de él se reciben noticias. Esta resolución se efectúa, sea cual fuere el tiempo transcurrido desde la posesión definitiva. Al recuperar los bienes comprendidos en la posesión, el ausente debe recibirlos en el estado en que se hallen.

" De lo cual se deduce que está obligado á respetar las enajenaciones, á título oneroso ó gratuito, hechas por los poseedores,

se hallan en poder de los poseedores definitivos, no se presenta ninguna dificultad. Pero nada más factible que tales bienes se vendiesen y que en otros se invirtiera el precio. ¿Quién sería el dueño de los bienes comprados durante la posesión definitiva con valores pertenecientes al presunto muerto? Deben distinguirse dos casos :

1°. Según ya lo hemos visto, puede haberse alegado como causal de la enajenación de los bienes, muebles ó raíces, que su precio se invirtiría en otros que se adquieran para el desaparecido :

2°. Que vendidos los bienes sin expresar tal circunstancia, otros se hubiesen comprado con el precio.

En el primer caso, los bienes pertenecerían, á no dudarlo, á las personas que obtuvieron la sentencia resolutoria.

En el segundo, aunque la ley no lo ha previsto, aplicándose las reglas del derecho común y los principios de justicia universal, los bienes pertenecerían á los poseedores definitivos; pero las personas que alcanzaran la resolución tuvieran derecho al precio. La sentencia misma sobre posesión definitiva es la que se resuelve; y la resolución restituye las cosas á su estado primitivo; salvas las excepciones que la ley misma puntualiza.

Tales excepciones se limitan ahora á que los frutos pertenecen á los poseedores, y á que no se invalidan las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales. Pero aunque

---

así como las hipotecas constituídas por ellos no sólo después de la posesión definitiva, sino durante la posesión provisional.

" Dedúcese, por otra parte, que los derechos del ausente contra los poseedores se limitan á exigir, ya la restitución de los bienes que existen en su poder, ya el reembolso del precio proveniente de los objetos enajenados ó la entrega de los bienes adquiridos en permuta ó subrogación, y que no puede exigir ninguna porción de los frutos percibidos, ni pretender indemnizaciones por las peoras en los bienes, de las cuales los poseedores no hubieren obtenido lucro, ni el valor de los bienes de que los poseedores hubieran dispuesto á título gratuito, á menos que al disponer de ellos hubiere cumplido una obligación natural, como la de dotar á las hijas. aun en este caso la indemnización debería limitarse al valor de la dote que el poseedor hubiera tomado de sus bienes si á ello se hubiese obligado. " (Zachariae. (A. R.) I. § 157.)

no existen, en especie, los bienes enajenados, su precio se invirtió en comprar otros bienes.

www.libtool.com.cn

El título que confirió á los poseedores el dominio de los bienes fue la herencia del presunto muerto. Como se ha justificado que éste vive ó que durante el desaparecimiento tuvo legitimarios, el título carece ya de fundamento; pero subsistiría si los poseedores definitivos pudieran apropiarse del precio de los bienes enajenados.

El espíritu de la regla consiste, pues, en que los poseedores definitivos no adquirieron sino los frutos de los bienes cuyo dominio se les trasmitió bajo la mil veces mencionada condición resolutoria. Cumplida ésta, subsisten las enajenaciones y las hipotecas, ya porque los poseedores definitivos dispusieron de los bienes como dueños, ya porque el interés público exigía que cesasen todas las trabas que obstaban á la libre enajenación de los mismos bienes.

Como los poseedores definitivos deben restituírlos en el estado en que se hallen, síguese que no son responsables de los deterioros, aun cuando éstos provengan de una administración errónea ó descuidada la cual hubiera obligado á un mandatario á indemnizar los perjuicios.

Pero si los deterioros hubieren enriquecido á los poseedores definitivos, deberán éstos restituír lo que exista como consecuencia de tales deterioros.

250. V. Para toda restitución se considera á los demandados como poseedores de buena fe, á menos de prueba contraria.

Esta regla es importantísima, ya cuando el desaparecido ó las demás personas enumeradas en el art. 93 obtienen la resolución de la sentencia que concedió la posesión definitiva, ya cuando los poseedores provisionales estén obligados á restituír los bienes del desaparecido.

Al comentar el art. 90 (II. 228) observamos que tan luego como el desaparecido reaparece, ó hay noticias ciertas de su muerte, caducan por el ministerio de la ley los efectos de la posesión provisional, y que los herederos presuntivos están obligados á restituír los bienes al desaparecido mismo ó á los herederos reales y efectivos.

Como este caso es mucho más frecuente que el de la resolución de la sentencia que concedió la posesión definitiva, hubiera convenido fijar reglas claras sobre los dere-

chos de los poseedores en cuanto á expensas necesarias ó á mejoras útiles.

Juzgamos haber demostrado que también los poseedores provisionales son dueños de los bienes hereditarios, bajo la propia condición resolutoria de reaparecer el desaparecido ó de saberse su muerte (II. 206); y en cuanto al derecho á exigir el precio de las expensas y mejoras, hay entonces absoluta identidad entre los poseedores provisionales y los poseedores definitivos.

Pero aun suponiéndose por un instante que los poseedores provisionales no fuesen dueños de los bienes, sería innegable que su administración, sujeta á reglas especialísimas, es la de un poseedor; pues tienen las cosas con ánimo de señor ó dueño; no las restituyen sino en el evento incierto de que se cumpla la condición resolutoria; y siendo poseedores de buena fé, pueden exigir el precio de las expensas y mejoras.

Las reglas aplicables á las expensas y mejoras á que tienen derecho los poseedores de buena fe, son las comprendidas en los arts. 908 y 909 (a) del Código civil.

Tratándose del desaparecido ó sus herederos, tales reglas son en extremo duras; pues casi siempre se verían ellos en la imposibilidad de pagar el precio de las expensas necesarias y mejoras útiles.

Si los bienes son cuantiosos, y los poseedores, provisionales ó definitivos, han gozado de ellos durante largos años, se han reembolsado ya de la mayor parte de los

---

(a) Art. 908. El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las espensas necesarias invertidas en la conservacion de la cosa, segun las reglas siguientes:

Si estas espensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas espensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas á lo que valgan las obras al tiempo de la restitucion.

I si las espensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, i se hubieren ejecutado con mediana intelijencia i economía.

gastos, y muy natural que se atienda á esta circunstancia para reglamentar las restituciones.

La Comisión Revisora debió tener á la vista un caso análogo en el art. 706; el cual obliga al fideicomisario al pago de las expensas necesarias materiales, atendiéndose al valor actual de ellas; y, en cuanto á los objetos inmateriales, de lo que hayan costado se rebaja una vigésima parte por cada uno de los años que desde entonces hubieren transcurrido.

Pero atendiéndose al clarísimo tenor literal de la regla, los poseedores, provisionales ó definitivos, tendrían derecho al pago de las expensas necesarias y mejoras útiles. (2) Lo cual obstaría absolutamente á la recuperación de los bienes.

Art. 909. El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas ántes de contestarse la demanda.

Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.

El reivindicador elejirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitucion las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere mas la cosa en dicho tiempo.

En cuanto a las obras hechas despues de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el artículo siguiente se conceden al poseedor de mala fe.

(2) " El ausente puede reclamar sus bienes con las accesiones y mejoras provenientes, ya de la naturaleza, ya del trabajo de los poseedores. Pero por otra parte, está obligado á indemnizar á estos últimos, conforme á la regla de derecho común, las expensas necesarias ó útiles, á menos que, según las circunstancias, debiesen considerarse como gastos de los frutos. " (Zachariae. (A. R.) I. § 157.)

" ¿Qué debe resolverse si los poseedores definitivos han mejorado los bienes?

" Si se trata de expensas que se consideran como cargas de los frutos, esto es, de reparaciones locativas, los poseedores no tienen derecho á ninguna indemnización, por cuanto hacen suyos los frutos. Pero si el poseedor ha puesto en realidad mejoras, v. g. construcciones nuevas....., pudiera decirse que el art. 132 expresa que recupera los bienes en el estado en que se hallen, bien ó mal, y, por decirlo así, á destajo.

251. VI. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido ó su existencia, constituye mala fe.

Probado el hecho previsto por la ley, la mala fe no admite prueba en contrario.

Si los poseedores definitivos no ignoran que el desaparecido vivía, no podían solicitar la posesión; pues, atendiendo á la equidad y la ley, debieron ponerse en comunicación con el desaparecido, y mientras no proveyese éste á sus negocios, gestionar para que se le nombrase curador.

Si los herederos presuntivos supieron á ciencia cierta cuándo falleció el desaparecido, y la herencia correspondía entonces á otros herederos, aquéllos fueron injustos detentadores de los bienes.

Aun probada la mala fe, subsisten, respecto de terceros,

" Pero esta opinión no me parece conforme á los verdaderos principios ni á la equidad. El que ejecuta trabajos en bienes de otro tiene derecho á una remuneración. Tal es la regla general, de que en el Código de Napoleón hallamos con frecuencia aplicaciones y ejemplos. Luego, fuera preciso una disposición contraria, y no la hay. Se dice que el art. 132; pero ese artículo tiene otro objeto; no se ocupa sino en los intereses de los poseedores; y se desconocería el pensamiento que lo ha inspirado, si se interpretase contra ellos para privarlos de un beneficio que les concede el derecho común. " (Demolombe. II. 166.)

" El ausente recupera los bienes con todas las mejoras que han recibido, sea por la naturaleza; sea por actos ejecutados por los poseedores. ¿Pero no tendrán estos últimos derecho á que se les reembolsen las expensas en tales mejoras cuando éstas no sean una carga de los frutos? Parece que la negativa se funda en el art. 132, según el cual el ausente recupera los bienes en el estado en que se hallen, y por consiguiente mejorados y sin pagar indemnización, ya que los poseedores tampoco la deben por los deterioros. La solución contraria es más generalmente admitida. El art. 132, se dice, es en beneficio de los poseedores; y no puede interpretarse contra ellos para negarles los derechos que las reglas generales les conceden. Sin tal indemnización perderían, y el ausente se enriqueciera á costa de ellos. Esta opinión nos parece más jurídica que la anterior. Pero sus partidarios no determinan de una manera precisa á qué indemnización esté obligado el ausente. Esta, á nuestro ver, y por cada especie de mejoras, se debe arreglar según el derecho común.... " (Baudry-Lacantinerie. I. 1233.)

todos los efectos de la posesión definitiva; mas, en cuanto al reaparecido, sus legitimarios ó su cónyuge, los herederos presuntivos les restituirían los bienes, indemnizándoles todos los perjuicios provenientes de una administración errónea ó descuidada. (3)

Los frutos corresponderían en todo caso á los herederos presuntivos; pues aún los poseedores provisionales tienen derecho á los mismos frutos. Al determinar esta regla los efectos de la mala fe, no se refiere sino á los bienes mismos, á su conservación, y así á las expensas necesarias como á las mejoras útiles; porque los frutos son consecuencia necesaria de la posesión, provisional ó definitiva; y los poseedores en ningún caso estarían obligados á restituírlos.

---

§ IV.

De la muerte civil.

Art. 95. Termina tambien la personalidad, relativamente á los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesion solemne, ejecutada conforme á las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica. (*)

---

(3) " Para que los poseedores se liberten de toda responsabilidad en cuanto á los actos por ellos ejecutados, aun durante la posesión definitiva, es menester que no conste su mala fe; pues, si constase, no quedaran irresponsables. Á nuestro ver se les tuviera como á poseedores de mala fe no sólo si hubiesen conocido positivamente la existencia del ausente, sino también cuando, fundados en razones para suponerlo, han disminuído de cualquier modo su patrimonio, más bien por temor de su regreso que ejecutando actos de verdaderos propietarios. Esta regla esencial domina toda la materia, y debe observarse cuandoquiera que nuestro principio se aplique. En efecto, éste exige que los poseedores no sean perjudicados por la posesión; mas no que no respondan de las consecuencias de los actos fraudulentos que hubieren ejecutado. " (Baudry-Lacantinerie. I. 1232.)

(*) Savigny. II. § 68. VIII. § 365.—Locré. II. 229. 26. 27.—259. 7-10.—266. 9.—288. 15.—329. 15.—348. 20.—Pothier. Int. aux Cout. 27-32.—Persbnnes. 70-74.—80-84.—Toullier. IV.

www.libtool.com.cn

REFERENCIAS.

Derechos de propiedad. 582. 1447.
Muerte civil. 953.
El artículo. 325.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 107.
C. E. 92.
C. Arg. 103..... La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena ni por profesión en las comunidades religiosas.
P. I. VII. 2. Profesion llaman el prometimiento que faze el que entra en Orden de Religion, quier sea varon, o muger: e el que este fiziere, ha de prometer tres cosas. La primera, non auer propio. La segunda, guardar castidad. La tercera, de ser obediente al que fuere Mayoral de aquel Monasterio do biuiere.

Art. 96. El relijioso que ha obtenido la relajacion de sus votos, vuelve á la vida civil; pero no por eso podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesion poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fué incapaz. (*)

REFERENCIAS.

Derecho. 576.
Bienes. 565.
Sucesiones. 951.
Muerte civil. 95.
Incapaz. 953. 962.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 108. El relijioso que ha obtenido la relajacion

102.—Zachariae. (M. V.) I. § 65-68.—Zachariae. (A. R.) I. § 80-82.—Demante. I. 53-54 *bis*. V.—Baudry-Lacantinerie. I. 741-747.—772-776.—Demolombe. I. 198.—Maynz. I. § 11. 123.—Escriche. Religioso.—Foelix. II. 601.—Story. § 104.—Wharton. § 107.—Laurent. (D. C. I.) VI. 178-181.—Westlake. § 16. 22.—Brocher. I. 57.—Calvo. II. § 705.—Weiss. III. chap. II. tit. IV. sect. III. p. 382.

(*) Pothier. Int. aux Cout. 28.—Traité des personnes. 78. 79

de sus votos, vuelve a la vida civil; pero no por eso recobra derecho alguno sobre los bienes que ántes de la profesion poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fué incapaz.

C. E. 93. El religioso que ha obtenido la relajación de sus votos, vuelve á la vida civil; pero no por eso podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fue incapaz.

Art. 97. La nulidad de la profesion facultára al esclaustrado para reclamar los derechos de que por la profesion aparente haya sido privado i que no hubieren prescrito. (*)

REFERENCIAS.

Derechos. 576.
Prescrito. 2492.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 109. La nulidad de la profesion facultará al exclaustrado para ser restituido al estado anterior i a los derechos de que por la profesion aparente haya sido privado; pero, para que se le conceda la restitucion, será preciso que se pruebe la nulidad ante la judicatura civil.

110. Esta restitucion se extenderá a los bienes que el exclaustrado poseia al tiempo de profesar, i que en virtud de la profesion hubieren pasado a otras manos por su testamento o ab intestato (a).

C. E. 94. La nulidad de la profesión facultará al exclaustrado para reclamar los derechos de que por la profesión aparente haya sido privado y que no hubieren prescrito.

(*) Pothier. Int. aux Cout. § 28.

(a) La nulidad de la profesion facultará al exclaustrado para reclamar los derechos de que por la profesion aparente haya sido privado; pero será preciso que se pruebe la nulidad ante la judicatura civil. (Art. 101 del Proyecto inédito.)

www.libtool.com.cnCOMENTARIO.

252. Los romanos asimilaban á la muerte natural la *capitis deminutio*, máxima y media, que privaba de todos los derechos civiles. (1)

253. Las leyes españolas distinguían dos especies de muerte civil: la de los condenados á una pena que acarreaba la privación de todos los derechos, (2) y la del religioso que hacía los votos solemnes. (Véanse las *Concordancias*.)

254. Las antiguas leyes francesas reconocieron las mismas dos especies de muerte civil. (3)

255. La Asamblea Constituyente abolió los votos solemnes. El Código de Napoleón incurrió en la inexplicable

---

(1) " Est autem capitis deminutio prioris status permutatio, eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidem mediam vocant, aut minima. " (Gayo. I. 159.)

" Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit..... " (160.)

" Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit. " (161.)

" Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur sed status hominis commutatur..... (162.)

Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. (D. IV. V. 11.)

(2) Véase la nota 57 del art. 56.

(3) " Se pierde la vida civil de dos maneras. La primera, cuando se renuncia voluntariamente el siglo y la sociedad civil, por la profesión religiosa en una orden aprobada por las leyes del reino.....

" La segunda manera de perder la vida civil se efectúa cuando alguno es separado contra su voluntad de la sociedad civil por condenación á pena capital. Estas penas son la muerte natural, las galeras, y el extrañamiento perpetuo fuera del reino. " (Pothier. Int. aux Cout. 28. 30.)

anomalía de disponer que la pena de muerte acarrease muerte civil. (4) Si bien tal institución fue largamente discutida, triunfaron contra la razón las preocupaciones; (5)

www.lantoof.com.cn

(4) Art. 22. Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné de toute participation aux droits civils ci-après exprimés, emporteront la mort civile.

Art. 23. La condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile.

Art. 24. Les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.

Art. 25. Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.

Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir, à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée.

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.

Le mariage qu'il avait contracté précédemment, est dissous, quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

Art. 26. Les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie.

Art. 27. Les condamnations par contumace n'emporteront la mort civile qu'après les cinq années qui suivront l'exécution du jugement par effigie, et pendant lesquelles le condamné peut se représenter.

(5) "Debería prescindirse" decía Thiessé, "no sólo de los efectos de la *muerte civil*, sino también de lo que estas dos palabras significan, si sólo se aplicasen á los que son ejecutados en persona; porque sean cuales fueren los derechos civiles que se le quitan á un hombre que muere, es evidente que no se le quita nada.

"Pero como se aplican también á un hombre condenado á

y tan monstruoso absurdo subsistió hasta el año 1854.

256. De los Códigos modernos que hemos visto, sólo el

---

muerte, y á quien se le deja la vida porque no fue aprehendido; como se aplican aun cuando la pena capital esté prescrita..... es necesario saber en fin lo que significan las palabras *muerte civil*.

"Si la *muerte natural* es la destrucción del ser, y, por consecuencia, la pérdida de los bienes y de los males inherentes á la vida, *muerte civil* debiera ser, en cada Estado, la pérdida de todos los bienes y de todos los males que provienen de sus leyes. Ahora pues, eso no se ha efectuado nunca. Un hombre á quien se le deja la vida conserva por lo mismo los medios de vivir, y por ende la facultad de trabajar, y el derecho de comprar, vender, comparecer en juicio citado por sus acreedores, compeler á sus deudores, &. &.

"Estas meras nociones manifiestan cuán inexacta es la expresión *muerte civil*, porque no surte el efecto de quitarle al condenado todos los derechos civiles.

"Para eludir esa dificultad, los jurisconsultos dicen que el derecho de comprar, vender, &, pertenece más bien al derecho de gentes que al derecho civil, pues los contratos provenientes de la razón natural se fundan, en todos los Estados, no en las leyes propias de cada nación, sino en la necesidad general nacida de las necesidades y de la naturaleza del hombre; de lo cual deducen que todos los hombres, aun los muertos civilmente, participan de tales derechos.

"Pero eso no es sino una sutileza; porque el derecho de gentes no en todas partes era uniforme; se hallaba reconocido en cada Estado por las leyes que le eran propias, y en ese sentido formaba parte principal, integrante del derecho civil de cada Estado.

"Así, la muerte civil no privaba de todos los derechos provenientes de la ley civil, sino sólo de algunos, y lo primero que debe evitarse es no emplear una frase sin límites, cuando se trata de una privación limitada; y es necesario evitarlo cuando la experiencia nos enseña que esta frase ha conducido siempre á la más intolerable opresión.

"La avidez feudal, el genio de las prescripciones se han servido de ella. Empleándola, se ha formado esa máxima bárbara: *el que confisca la persona confisca los bienes;* esto es, la muerte civil imita la muerte natural. Un hombre muerto no puede tener bienes; luego yo me los apropio, decía el barón; un hombre muerto no puede presentarse ante los tribunales, le deniego toda acción; un hombre muerto no puede adquirir ni trasmitir por sucesión; luego yo me apodero de lo que adquiera y de lo que pueda trasmitir á sus hijos.

"Esas palabras son la fuente de todos los pretextos inventados para expoliar, en beneficio del fisco, no sólo al condenado sino á

chileno y el ecuatoriano reconocen la muerte civil de los religiosos. Atendiéndose á las ideas que entonces dominaban en Chile, necesario le fue á D. Andrés Bello amoldarse á las añejas preocupaciones, según las cuales se permitía que en el Estado hubiese individuos, que formando una clase distinta, gozaran de todos los derechos sin contraer las obligaciones inherentes á la asociación civil.

Aun considerada la muerte civil sólo en lo concerniente á los derechos civiles, acarrea tan graves dificultades y es tan contraria á la naturaleza misma del hombre, que en el fuero externo es necesario abolirla. (6)

---

su mujer y á sus hijos; esas palabras son la fuente de todos los absurdos de razonamiento y de inducción en que se incurre cuando se quiere aceptar en todas sus partes la comparación de la muerte natural á la muerte civil; absurdos tan evidentes, que una vez admitida la expresión, todos los hombres ilustrados retroceden á cada paso en vista de las consecuencias que se deducen. " (Locré. II. 266. 9.)

(6) " Los votos solemnes en comunidades religiosas causan incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento, la sucesión de los religiosos es deferida según su testamento, ó se da á los parientes que se encuentran en el grado de sucederles. Pero esta posición de una persona viva no ha podido sostenerse sino con excepciones tan comunes, que todos los dias vemos dejar sin efecto la ley que causó la muerte civil por la profesión religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al episcopado y queda secularizado, recobra por su promoción á esta dignidad la vida civil que había perdido por su profesión, y viene á ser capaz de todas las funciones públicas; puede adquirir bienes por toda clase de actos; tiene derecho de disponer por testamento de los que posee, y abintestato trasmite su sucesión á sus parientes.

" También los religiosos, curas de las parroquias, como ha habido tantos ejemplos en la República, pueden adquirir bienes y disponer de ellos libremente.

" Son también restituidos á la vida civil los religiosos que obtienen dispensa de sus votos, dispensas comunes y tan fáciles de obtener, como lo vemos diariamente. Causaba tantas dificultades en las familias esta aparición repentina del individuo á quien ya se había heredado ó contádosele por muerto en la sucesión de los padres, que Francia no reconoció, como asegura Pothier, la facultad de esas dispensas ni aun en el Sumo Pontífice, y no eran por ellas restituidos á la vida civil los religiosos dispensados de sus votos. En la República Argentina no ha sido así, y ha dependido de un Obispo, de un Vicario Apostólico,

257. Según el artículo que comentamos, para que haya muerte civil se requiere profesión solemne ejecutada, conforme á las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica.

La profesión es solemne cuando, observándose los cánones, el religioso hace votos perpetuos de pobreza, obediencia y castitad.

Los votos simples no acarrean, pues, muerte civil.

El religioso no pierde sino los derechos de propiedad en toda su extensión; porque no puede ser heredero, ni adquirir, á otro título, ninguno de los demás derechos reales. Pero la ley le concede alimentos. (a)

258. Si el ex-religioso obtiene la relajación de sus votos, vuelve á la vida civil; pero la relajación no tiene efecto retroactivo. Todo cuanto concierne á la adquisición ó la pérdida de los derechos incumbe exclusivamente á la potestad civil. Cuando el religioso, en virtud de los votos solemnes, es incapaz de adquirir el dominio, proviene ello de que la ley reconoce los efectos de la profesión; y aunque á la autoridad eclesiástica corresponde relajar los votos solemnes, la ley es la que le restituye la vida civil, (7)

---

y aun de los Vicarios Capitulares, derogar las leyes y restituir la vida civil á los muertos civilmente por la profesión religiosa. Es mejor, pues, que tales leyes no existan, cuando son tantos los medios de dejarlas sin efecto, causando cuestiones difíciles en las familias, tanto mas cuanto que ni la muerte civil era efectiva. Mil veces los religiosos han sido miembros de los Cuerpos Legislativos, nacionales ó provinciales, y en muchos pueblos lo son hasta hoy.

" Así, pues, si una sucesión es deferida á un religioso ó religiosa, pueden éstos hacer una abdicación voluntaria de ella con más conocimiento que las que hacen de las sucesiones futuras al profesar. El religioso, por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo á los estatutos que lo rijan. " (Vélez-Sársfield, anotación al art. 103 del Código argentino.)

(7) " El religioso á quien el papa ha dispensado los votos, no recobra la vida civil, porque el papa no tiene potestad en el reino

---

(a) Los incapaces de ejercer el derecho de propiedad no lo son para recibir alimentos (art. 325).

esto es, la capacidad para adquirir y ejercer ciertos derechos.

www.libtool.com.cn

259. Declarada la nulidad de la profesión, el religioso puede exigir todos los derechos de que fue privado por la profesión aparente; mas no los que estuvieran prescritos.

Como la profesión es nula cuando adolece de un vicio, ella no es sino aparente, y por lo mismo el religioso continuó capaz de adquirir y ejercer derechos. (8)

La nulidad no obsta en manera alguna á la prescripción, porque ésta no se suspende sino en los casos determinados por la ley taxativamente.

260. Si el art. 95 declara que los religiosos se asimilan á los muertos tratándose del derecho de propiedad, el art. 1447 los enumera entre las personas *relativamente incapaces* de obligarse. Parece que hay, si no palmaria contradicción, á lo menos suma incoherencia, entre la muerte civil del religioso y su mera *incapacidad relativa* cuando se atiende á la celebración de los contratos. Por ahora nos limitamos á mencionarla; pues trataremos de este punto al comentar el sobredicho artículo 1447.

261. Debemos sí examinar en otro aspecto la muerte civil del religioso, á saber, si ella surte efectos extraterritoriales.

Es necesario distinguir los efectos que la muerte civil, establecida en un Estado, surte en los que aceptan tal institución, y en aquellos donde se han abolido los votos solemnes.

En el primer caso, la muerte civil surte efectos extraterritoriales. Así, por ejemplo, el religioso que ha hecho votos solemnes en Chile, es incapaz en el Ecuador; porque el derecho público ecuatoriano, lejos de desconocer esa insti-

---

sobre todo cuanto concierne al orden público, tal como el estado civil de las personas: solo el rey puede restituir la vida civil á los que la han perdido." (Pothier. I. G. 28.)

(8) "En cuanto á la persona cuyos votos se han declarado nulos por sentencia.....", es indudable que goza del estado civil, no por que la sentencia se lo restituye..... sino porque habiéndose declarado nulos los votos, síguese que nunca perdió el estado civil, pérdida que no proviene sino de la profesión válida.".

tución, la reconoce como conforme á los preceptos de la Iglesia Católica.

www.libool.com.cn

En el segundo caso, se trata de una incapacidad desconocida en el respectivo Estado, y por lo mismo en éste no puede surtir efectos extraterritoriales. Si bien algunos escritores notables como Savigny, (9) Merlin, (10) Demolombe, (11) juzgan que la muerte civil de los religiosos debe surtir efecto aun en las naciones donde no la aceptan, la opinión contraria se funda en los principios del Derecho Internacional privado (I. 256), y es la que prevalece actualmente entre los más notables escritores modernos. (12)

---

(9) VIII. § 365.
(10) Mort civil.
(11) I. 198.
(12) " El respeto á la ley personal de los extranjéros comporta ciertas restricciones, aun en los Estados que aplican al individuo la ley personal del domicilio..... Así, las naciones cristianas no admiten la ley personal del domicilio de los Estados musulmanes, que toleran la poligamia. Muchos Estados no reconocen tampoco las distinciones, las excepciones de estatuto personal, que en otros se establecen respecto á ciertas clases de individuos por motivo de religión. " (Calvo. II. § 705.)

" La muerte civil fue abolida en Francia por ley de 31 de mayo de 1854, fundada en poderosas consideraciones de orden público. Parece que debe rechazarse de una manera absoluta la influencia de tal institución, si la hubiese en Estado extranjero. La propia regla seria aplicable aun á los casos en que se tratase de individuos regularmente condenados á esa pena por la ley que rige su estatuto personal,....

" Lo que hemos dicho en cuanto á la muerte civil proveniente de condenas penales, es aplicable á la que se deriva de la profesión en orden religiosa. Es verdad que se trata entonces de una posición que puede considerarse como libremente aceptada; pero se pone en duda las validez de tal acto en el dominio del derecho.

" Los Estados que rechazan la eficacia jurídica de semejantes votos, se fundan naturalmente en consideraciones de orden público para no reconocer sus consecuencias en el territorio suje á su dominación. Es una especie de esclavitud voluntaria qu puede obligar en el fuero interno, pero que los poderes públic no la comprenden en su dominio, porque no la apoyan con fuerza.

" En tal caso, como respecto á la muerte civil proveniente

condena, se trata de una cuestión de orden público. " (Brocher. I. 56. 57.)

www.libtool.com.cn

" Los tribunales franceses debían denegarse á reconocer las incapacidades de los extranjeros contrarias al orden público internacional en nuestro territorio. Habiéndose abolido la muerte civil, aun retroactivamente, porque castiga así á inocentes como al culpado, siguese que, impuesta en otro Estado, no surtiría ella los efectos que fuesen incompatibles con nuestra legislación penal.

" Si pasamos de las condenas criminales propiamente dichas á las incapacidades en que, según otras legislaciones, incurren ciertas personas á causa de proscripción política, de raza, de religión; debería denegarse todo efecto, en territorio francés, á esas incapacidades; pues todas ellas pugnan con nuestro derecho público, con la igualdad que él establece y por lo mismo con el orden *público internacional.* No vacilamos en reconocer en Francia íntegra capacidad al extranjero que, á causa de profesión en orden religiosa, ha incurrido en muerte civil por las leyes de su patria. " (Weiss. chap. II. tít. IV. sect. III. p. 382.)

" La incapacidad declarada por la ley extranjera de carácter penal ó religioso, ó que pugne con los principios británicos, como por ejemplo la esclavitud, no surte efecto en Inglaterra... La incapacidad para casarse proveniente de las leyes penales ó de los votos religiosos, no se admite en Inglaterra en el dominio de las leyes personales. " (Westlake. § 16. 22.)

" Aun los que sostienen la universalidad de las leyes personales, sostienen casi unánimemente que la institución de la muerte civil no surte efecto extraterritorial. Se ha investigado si un religioso que ha hecho voto de pobreza, y que según las leyes de su domicilio es incapaz, es hábil para heredar en territorio extranjero. Eminentes jurisconsultos alemanes sostienen que cuando este voto es voluntario la incapacidad es extraterritorial. Pero si los tribunales de su domicilio pueden prohibirle aceptar tal herencia, su incapacidad á este respecto no sería reconocida en los Estados donde esta forma de muerte civil no es sancionada. " (Wharton. § 107.)

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

INDICE

LIBRO I°

DE LAS PERSONAS.

PÁGINAS.

1. División del Derecho según las instituciones y las Pandectas. 1
2. Según el Código de Napoleón. 1
3. Sistema de Savigny. 3
4. El Código chileno acepta el sistema de Savigny. . . . 4
Art. 54. 5
5. Divídense las personas en naturales y jurídicas. . . . 5
Art. 55. 7
6. Crítica de la redacción. 7
7. La definición de persona carece de exactitud. 8
8. Debió expresarse que todas las personas son hábiles para adquirir derechos. 8
9. Omitióse determinar las personas *capaces é incapaces*. 8
Art. 56. 9
10. Importancia de la nacionalidad. 9
11. División de la materia. 10

§ 1.

Principios generales sobre la nacionalidad.

12. Ciudadano-Nacional. 10
13. Los Estados deben determinar los requisitos de que depende la nacionalidad. 11
14. Todo individuo debe ser nacional de un Estado y ninguno puede tener dos patrias. 12
15. Si la nacionalidad proviene de un contrato. 14

www.libtool.com.cn

§ II.

De la nacionalidad originaria.

PÁGINAS.

16. *Ius soli, Ius sanguinis* 16
17. Derecho romano. 18
18. Leyes españolas. 18
19. Antiguo Derecho francés. 19
20. Código de Napoleón. 19
21. Ley de 1889, modificada en 1893. 20
22. Constitución de Chile. 22
23. Constitución del Ecuador. 26
24. Código español. 27
25. Estados Unidos. 28
26. Inglaterra. 28
27. Código austriaco. 29

§ III.

De la naturalización.

28. En qué consiste la naturalización. 29
29. Derecho romano. 31
30. Leyes españolas. 32
31. Antiguo Derecho francés. 32
32. Código de Napoleón. 32
33. Ley francesa de 1889. 32
34. Constitución de Chile. 33
35. Constitución del Ecuador. 33
36. Estas constituciones no determinan cómo se naturalizan la mujer é hijos del extranjero naturalizado. . . 33
37. Estados Unidos. 35
38. Inglaterra. 35
39. Código español. 36
40. Código austriaco. 36
41. Casi todas las Repúblicas de Sud-América facilitan la naturalización. 37

§ IV.

Pérdida de la nacionalidad.

42. Emigración-Expatriación. . . . . .

PÁGINAS.
43. Doctrinas de los publicistas. 38
44. Derecho romano. 42
45. Leyes españolas. 43
46. Antiguo Derecho francés. 44
47. Derecho francés moderno. 44
48. Constitución de Chile. 46
49. Constitución del Ecuador. 48
50. Inglaterra. 49
51. Estados Unidos. 50

www.libtool.com.cn

§ V.

Prueba de la nacionalidad.

52. Casos en que la nacionalidad debe probarse. 52
53. Cómo se prueba la nacionalidad chilena. 52
54. Nacionalidad ecuatoriana. 53
55. La prueba de la nacionalidad presupone que hay acerca de ella controversia y una autoridad que la decida. 53
56. Cuándo deciden sobre la nacionalidad los funcionarios administrativos. 54

§ VI.

Conflictos sobre la nacionalidad.

57. Tales conflictos son en extremo frecuentes. Cómo se dirimen. 56
Art. 57. 60
58. Importancia del principio que este artículo declara. . 62
59. El Código chileno fue el primero que estableció la igualdad civil entre los nacionales y los extranjeros. 62
60. Derecho romano. 64
61. *Hospitium*. *Patronatus* 64
62. En qué consistía el *hospitium*. 65
63. » » » » *patronatus*. 65
64. Tratados según los romanos. 67
65. Ciudadanos, Peregrinos. 68
66. Derecho de ciudadanía. 68
67. Derecho de los peregrinos. 69
68. Ciudadanos, Latinos, Peregrinos 72
69. Peregrinos, Bárbaros 75

PÁGINAS.

70. Derecho de gentes. 76
71. Leyes españolas. 80
72. Derecho francés antiguo 81
73. Asamblea Constituyente. 83
74. Código de Napoleón. 84
75. Sistema de los expositores. 89
76. Primer sistema. 90
77. Segundo sistema. 90
78. La distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile* no es aplicable en Francia. 93
79. La misma distinción en nada atañe al Derecho internacional privado 96
80. Tercer sistema. 97
81. Cuarto. 98
82. Análisis del art. 57 del Código chileno. 99
83. Inglaterra. 103
84. Estados Unidos. 103
Art. 58. 104
85. Crítica del artículo. 104
86. El tratado del domicilio pertenece al título de las personas 105

§ II.

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

87. *Origo* y *Domicilium* en Derecho romano. 106
Art. 59. 111
88. Definición del domicilio. 112
89. Elementos constitutivos del domicilio. 113
90. Importancia del domicilio en el Derecho internacional privado. 115
Art. 60. 117
91. Inexacta es la definición de domicilio político. 118
92. Doctrina de Kent sobre el domicilio político. 118
93. No es exacto que la constitución y efectos del domicilio político pertenezcan meramente al Derecho internacional. 119
Art. 61. 121
94. Este artículo es nugatorio. 121
Art. 62. 122
95. Crítica del artículo. Este enuncia el mismo principio que el art. 102 del Código de Napoleón. 124

www.tiptool.com.cn

PÁGINAS.

96. Cada individuo no puede tener sino un sólo domicilio general. 127
97. Aplícanse las leyes chilenas al decidir si un extranjero está domiciliado en Chile. 127
Art. 63. 128
98. Este artículo es innecesario 129
Art. 64. 130
99. El domicilio subsiste mientras no se adquiera otro. 133
100. Determínanse las circunstancias de donde se deduce que el individuo, dejando su primer domicilio, pasa á establecerse en otro. 134
101. De todo punto inexacto es que tales circunstancias constituyen meras presunciones 134
Art. 65. 136
102. Tampoco era necesario este artículo. 137
Art. 66 139
103. Este artículo es consecuencia de los principios sobre el domicilio. 139
104. El Código chileno no determina el domicilio de los militares en servicio activo 139
Art. 67. 140
105. Danse dos reglas de suma importancia. 141
106. La primera regla es oscura. 142
107. Cada individuo no puede tener sino un solo domicilio general; pero sí dos ó más domicilios especiales. 143
108. Resumen del artículo. 145
109. Derecho romano. 146
Art. 68. 146
110. Este artículo es oportuno y práctico. 147
Art. 69. 149
111. Domicilio convencional 150
112. Consecuencias de la convención que determina el domicilio 151
113. Si en el domicilio convencional se deducen las acciones sobre nulidad ó sobre resolución del respectivo contrato. 153
114. Si es necesario que al celebrarse el contrato se determine el domicilio convencional. 154
115. Si puede ser tácita la estipulación sobre domicilio. . 155
116. No puede elegirse dos ó más domicilios para el cumplimiento de un mismo contrato. 156
117. Ni renunciarse el domicilio de una manera general y absoluta 156
118. El art. 69 del Código chileno es más claro y más com-

PÁGINAS.
pleto que el 111 del Código de Napoleón. 157
Art. 70. 157
119. Crítica del artículo. 158

www.ibtool.com.cn

§ III.

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

120. Domicilio necesario. 160
Art. 71 161
121. Reglas que encierra este artículo. 163
122. Que el domicilio de la mujer esté en el del marido, se deduce de la naturaleza misma del matrimonio. 163
123. Domicilio matrimonial. 164
124. Este domicilio no se altera aunque los cónyuges vivan separados 165
125. La viuda retiene el domicilio matrimonial mientras no establezca otro. 165
126. Subsiste el domicilio matrimonial aún en el caso de separación de bienes. 166
127. Domicilio en caso de interdicción del marido. 166
128. Excepciones á las reglas sobre domicilio matrimonial. 169
129. La segunda excepción no es conforme á los principios. 171
Art. 72 173
130. Este artículo encierra dos reglas. 174
131. Domicilio de origen. 174
132. Domicilio del hijo natural. 175
133. Domicilio del pupilo. 176
134. Cuando los incapaces carecen de representante legal, se atiende á la residencia. 176
135. Si al pupilo se le provee de curador especial, no se altera su domicilio 176
Art. 73. 177
136. Resumen del artículo. 178
137. El domicilio de los criados ó dependientes puede referirse al domicilio general ó al domicilio especial de la persona á quien sirven. 179
138. Si el criado ó dependiente tiene representante legal, el domicilio de éste prevalece. 180

www.libtool.com.cn

TITULO II.

DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

§. I.

Del principio de la existencia de las personas.

PÁGINAS.

139. De todo punto necesario establecer reglas ciertas, que fijen el instante en que las personas principian á existir 181
Art. 74. 181
140. Reglas que da el artículo. 185
141. Estas son conformes al Derecho romano. 186
142. El Código de Napoleón no da reglas que determinen el instante preciso en que una persona principia á existir 187
143. Historia fidedigna del art. 74. 188
144. Sistema de la ley recopilada. 190
145. Sistema propuesto por Boulay. 192
146. El art. 74 suscita dos cuestiones. 193
147. La fisiología ha manifestado que no hay monstruos. . 195
148. Cuatro sistemas sobre el principio de la existencia. 195
149. Si el nacimiento no constituye un principio de existencia, se prescinde absolutamente de la criatura. 195
Art. 75. 196
150. Su examen. 197
Art. 76 198
151. Encierra tres reglas 200
152. Estas son conformes á las leyes romanas. 201
153. Según la fisiología, la gestación tiene un *maximum* y un *minimum*. 201
154. Código de Napoleón. 201
155. Las reglas del art. 76 no tienen excepciones. 203
156. Opiniones de los intérpretes del Derecho francés. . . 205
157. La regla que, sobre la manera de computar el tiempo de la gestación, da el Código chileno, es más clara que los arts. 312 y 315 del Código francés. 207
Art. 77 209
158. Resumen del artículo. 210
159. Derecho romano. 210

PÁGINAS.
160. Código de Napoleón 212
161. Consecuencias que del art. 77 se deducen. 213
Art. 78. 214
162. La ley distingue la muerte natural de la muerte civil. 215
163. Importantísimo determinar cuándo acaece la muerte. 215
164. A quién incumbe la prueba de la existencia. 215
Art. 79. 215
165. Casos que él prevé. 218
166. Si los fallecimientos no se han efectuado en un mismo suceso, no se comprenden en el art. 79. 219
167. Sólo á falta de otras pruebas, se presume la muerte simultánea. 219
168. De suma importancia es determinar el orden de los fallecimientos. 219
169. Derecho romano. 220
170. Código de Napoleón. 222

§ III.

De la presunción de muerte por desaparecimiento.

Art. 80 224
171. Necesario dar reglas sobre la presunción de muerte por desaparecimiento. 225
172. El Código chileno distingue entre la ausencia y el desaparecimiento. 226
173. El Código de Napoleón no presume que el desaparecido ha muerto. 228
174. Tanto el Código chileno como el de Napoleón distinguen tres períodos. 229
175. La presunción de que el desaparecido ha muerto, es el principio fundamental en ésta materia. 231
Art. 81. 231
176. Reglas comprendidas en el nº. I. 242
177. El Código de Napoleón no determina qué juez tiene jurisdicción para declarar la muerte presunta. . . 243
178. Según el Código chileno, la declara el juez del último domicilio que el desaparecido tuvo en Chile. . 246
179. Reglas applicables en Chile cuando un extranjero desaparece. 246
180. Regla segunda. 249
181. Fecha de las últimas noticias. 250
182. Transcurridos desde entonces, cuatro años, declárase la presunción de muerte. 251

PÁGINAS.

183. Citación al desaparecido. 252
184. Resumen del nº. III. 253
185. El juicio no prosigue mientras no transcurran catorce meses dos días desde la última citación. 253
186. Quiénes son interesados en que se declare la presunción de muerte. 253
187. Resumen del nº. IV. 255
188. Las sentencias y autos se insertan en el periódico oficial 257
189. Examen del nº. VI. 259
190. Análisis del nº. VII. 262
191. El art. 81 encierra las principales reglas sobre la presunción de muerte por desaparecimiento. 263
Art. 82. 264
192. Cuándo se concede la posesión definitiva. 266
Art. 83. 268
193. Resumen del artículo. 269
194. Este completa los tres períodos. 270
195. Análisis del art. 473. 270
196. En cuanto á la mera ausencia, pueden ocurrir dos casos. 270
197. Si el ausente no ha constituído mandatario, vuelven á distinguirse dos casos. 272
198. En el primero, el curador general continúa administrando los bienes. 273
199. Si á la sentencia que declara la presunción de muerte no hubiere precedido el nombramiento de curador de bienes, en la misma puede el juez designar curador 273
200. Salva la excepción prevista en el nº. VII. del art. 81, el período de la ausencia dura siempre diez años. 274
Art. 84. 274
201. Á quiénes se concede la posesión provisional. 278
202. Ante todo se abre y publica el testamento. 279
203. Concédese la posesión provisional sólo á los herederos. 280
204. Cómo se procede cuando los herederos no piden la posesión provisional 280
205. Qué efectos surte esa posesión. 281
206. Los poseedores provisionales son dueños de los bienes, bajo condición resolutoria. 283
207. Á virtud de la posesión provisional se abre la sucesión en los bienes del desaparecido. 284
208. Hubiera sido mas propio denominar el segundo y el

PÁGINAS.

tercer periodo *herencia provisional* y *herencia definitiva* 286
209. Importante y trascendental es determinar los derechos de los poseedores provisionales. 287
210. Concedida la posesión provisional, la sociedad conyugal se disuelve. 289
Art. 85. 291
211. Resumen del artículo. 292
212. Son herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta. 292
213. En qué bienes se suceden. 294
Art. 86 295
214. Examen del artículo 296
215. El inventario se considera en dos aspectos. 297
Art. 87. 298
216. Resumen del artículo. 299
217. Crítica 299
Art. 88. 301
218. Resumen. 302
219. Autorización judicial para enajenar los bienes muebles. 303
220. Requisitos para enajenar los predios. 303
221. Los poseedores provisionales no pueden transigir sobre los predios 304
222. Cuando no se observan las respectivas solemnidades, la enajenación adolece de nulidad relativa. 304
Art. 89. 305
223. Análisis del artículo. 306
224. Por qué se exige caución. 307
225. Á falta de ésta, no se concede la posesión provisional á los herederos. 308
226. Los poseedores provisionales hacen suyos todos los frutos 310
Art. 90. 311
227. Reglas que este artículo encierra 314
228. Cuando consta la existencia del desaparecido, cúmplese la condición resolutoria. 314
229. No se restablece la sociedad conyugal. 3 5
230. Cómo se procede cuando durante la posesión provisional llega á ser cierta la muerte del desaparecido. 3 8
231. Dificultades en cuanto á expensas necesarias ó á mejoras útiles. Referencia 3 9

PÁGINAS.

232. Los poseedores provisionales están obligados á conservar y restituir los bienes 320
233. Posesión definitiva. 320
234. Diferencias entre la posesión provisional y la definitiva. 323
235. Los respectivos interesados pueden pedir que se declaren extinguidas las cauciones. 324
236. Apertura de la sucesión. 324
Art. 91. 325
237. Sólo cuando se concede la posesión definitiva surte pleno efecto la apertura de la sucesión. 326
238. En cuanto á las personas que tengan en los bienes raíces derechos subordinados á la condición de muerte, lo más equitativo fuera entregarles los bienes. 327
239. Las demás personas cuyos derechos se subordinan á la presunción de muerte, pueden pedir que á los herederos se conceda la posesión definitiva 329
Art. 92. 331
240. Examen del artículo. 332
Art. 93. 335
241. La posesión definitiva no se rescinde sino se resuelve. 336
242. Á nada conduce el juicio sobre resolución de la posesión definitiva 337
243. El desaparecido puede pedirla en cualquier tiempo que se presente ó que haga constar su existencia. 337
244. Si llega á ser cierto que murió el desaparecido, la posesión definitiva no puede resolverse sino en ciertos casos 339
245. Qué legitimarios tienen derecho á pedir que se resuelva la posesión definitiva. 344
Art. 94. 344
246. Referencias al art. 93. 347
247. La acción que se concede á los legitimarios, es la de petición de herencia. 347
248. El beneficio de la resolución no aprovecha sino al que por sentencia lo obtuviere. 348
249. En virtud de la sentencia sobre resolución, los que hubieren sido actores recobran los bienes como se hallen 348
250. Para toda resolución se considera á los demandados como poseedores de buena fe, á menos de prueba contraria 351

251. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido ó su existencia, constituye mala fe. . 354

www.libtool.com.cn

§ IV.

De la muerte civil.

Art. 95. 355
Art. 96. 356
Art. 97. . . . . 357.
252. Los romanos asimilaban la *capitis deminutio* á la muerte natural. 358
253. Leyes españolas. 358
254. Antiguas leyes francesas. 358
255. Código de Napoleón. 358
256. Código chileno. 360
257. Cuándo hay muerte civil. 362
258. Relajación de los votos. 362
259. Nulidad de la profesión. 363
260. El art. 1447 enumera á los religiosos entre las personas relativamente incapaces de obligarse. 363
261. Examínase si la muerte civil surte efectos extraterritoriales. 363

14/4/16.

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn