

ALIRIO A. CASTRO

DERECHO DE FAMILIA

# DERECHO DE FAMILIA

Por

ALIRIO A. CASTRO

SAN SALVADOR

EL SALVADOR, CENTRO AMERICA



**Decreto de fundación del certamen  
anual de conferencias estudiantiles  
en la Universidad Nacional**

PODER EJECUTIVO

*Secretaría de Instrucción Pública*

*CARLOS MELENDEZ, Presidente de la República, en  
uso de sus facultades constitucionales,*

DECRETA:

Art. 1.—En la Universidad Nacional habrá un certamen anual de conferencias estudiantiles para los alumnos de las Escuelas de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y de Medicina, Química y Farmacia.

Art. 2.—El Consejo Universitario, previo dictamen de las Juntas Directivas de las Escuelas Profesionales, designará, al principio del año lectivo, el tema correspondiente a cada Escuela.

Art. 3.—Los trabajos se presentarán a la Secretaría de la Universidad Nacional antes del 30 de septiembre de cada año, marcados con un lema y acompañados de un sobre que tendrá al exterior el mismo lema y al interior el nombre del autor.

Art. 4.—El Consejo Universitario nombrará para cada Escuela un Tribunal formado por tres catedráticos que discernirá el premio correspondiente y lo comunicará al Rector de la Universidad antes de la clausura del año escolar.

Art. 5.—El premio a que se refiere el artículo anterior consistirá en un Diploma de Honor y ciento cincuenta pesos.

Art. 6.—El premio de la Facultad de Jurisprudencia se denominará "Isidro Menéndez", y el de la Facultad de Medicina, Química y Farmacia "Rafael Pino", como homenaje de gratitud a la memoria de tan ilustres académicos.

Dado en el Palacio Nacional: San Salvador, a los veinte días del mes de marzo de mil novecientos dieciséis.

(f.) C. MELENDEZ.

El Ministro de I. P.

(f.) FRANCISCO MARTINEZ S.

## Motivos

Publico estos "Estudios de Derecho Civil Patrio" confiado en que a pesar de su marcada deficiencia, pueden ser útiles a los estudiantes iniciados en el cultivo de las disciplinas jurídicas. Tienen para mí el atractivo del esfuerzo y la buena voluntad empleados en escribirlos; y la opinión adversa que de ellos se formen quienes lean su contenido, quedará compensada con los minutos de íntima satisfacción disfrutados al adjudicárseme los premios que rememoran al padre de la Legislación Salvadoreña.

Hago presentes mis agradecimientos a los tribunales calificadores, que juzgaron estas conferencias dignas de los lauros universitarios, y al señor Ministro de Gobernación, doctor don Arturo Argüello Loucel, por la benévola ayuda que me prestó para que fuesen publicadas.

ALIRIO A. CASTRO.



**LA INSTITUCION DEL REGISTRO CIVIL  
DESDE EL PUNTO DE VISTA TECNICO  
Y ADMINISTRATIVO**



**Párrafo de la Memoria de la Universidad  
Nacional del año de 1918, alusivo a la adjudicación  
del premio “Isidro Menéndez”**

“Notable éxito tuvo el certamen de conferencias estudiantiles en la Escuela de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. El tema señalado fue: *“La Institución del Registro Civil desde el punto de vista Técnico y Administrativo”*. Varios trabajos se presentaron al concurso, todos de mérito según el tribunal examinador, y sobresalió entre ellos el firmado con el seudónimo “Licurgo”, obra del alumno Alirio Augusto Castro, a quien muy merecidamente se concede el premio “Isidro Menéndez”.



DEDICATORIA  
AL ILUSTRE  
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL,  
DOCTOR DON VICTOR JEREZ

Respetuosamente

A. A. C.



# LA INSTITUCION DEL REGISTRO CIVIL DESDE EL PUNTO DE VISTA TECNICO Y ADMINISTRATIVO

## Palabras Preliminares

Al emprender la tarea de desarrollar el tema de fin de año, con el cual encabezamos estas líneas, y que fue propuesto por el Honorable Consejo Universitario a los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, lo hacemos convencidos de que por muchos que sean nuestros esfuerzos, no nos será posible obtener a la postre el buen resultado apetecido, conscientes como estamos de lo rudimentario de nuestros conocimientos sobre la materia, y de la extensión y complejidad de las muchas cuestiones jurídicas que encierra dicho tema, cuya exposición y comentarios requieren de parte de quien las estudia, una investigación paciente y laboriosa.

Sin embargo, confiamos en que servirá de disculpa a nuestro atrevimiento, el laudable deseo que nos anima de secundar gustosos la noble iniciativa, creadora de los concursos anuales en pro del adelanto y estímulo del simpático gremio estudiantil universitario. Constituyendo nosotros una entidad, aunque insignificante de dicho gremio, no por eso nos mostramos indiferentes ante el encomiable propósito, que redundará en beneficio de nuestro progreso intelectual, para el aprendizaje científico de nuestra legislación civil, como base indispensable de la profesión a que aspiramos.

Con las salvedades indicadas, principiamos por manifestar que hemos elegido como base del estudio que emprendemos, la doctrina del legislador salvadoreño en la materia objeto de nuestra atención, pues unánimemente se reconocen los defectos y deficiencias que la caracterizan. Siendo los fines encomendados en todos los países cultos a la Institución del Registro Civil, de importancia indiscutible, preciso es dedicarle atención preferente, lo cual nadie puede negar que no se ha hecho entre nosotros, dejándola por el contrario en un descuido lamentable. Por tal motivo, pondremos de nuestra parte todo aquello que esté a nuestro alcance, a fin de hacer resaltar los múltiples vacíos e insuficiencias que la ley de la República contiene en un asunto de tanta trascendencia social y jurídica, e indicaremos a un mismo tiempo cuales son, según nuestro criterio, las mejoras que el Código Civil patrio exige en el sentido indicado.

El plan que hemos seguido para el desarrollo del tema, comprende, primeramente, una breve reseña histórica de la Institución, desde los primitivos tiempos hasta cuando el legislador francés la sustrajo de la perniciosa vigilancia de los sacerdotes. En segundo lugar, desde el punto de vista técnico, nos ocupamos de la reglamentación de los Registros y del valor probatorio que se da a los actos de los mismos; y por último, desde el punto de vista administrativo, ponemos de manifiesto los múltiples e importantes servicios que presta la susodicha Institución, a la estadística administrativa, para el cumplimiento de ciertos fines inherentes al Estado.

Con el objeto de no distraer tanto la atención de quienes lean estas líneas, y con el fin de abreviarlas lo más que nos sea posible, sin perjuicio de la claridad, hemos creído conveniente omitir detalles superfluos o fácilmente comprensibles, en las observaciones que nos veamos precisados a formular sobre los preceptos legislativos que estudiaremos.

## Reseña Histórica

Entre los pueblos de la antigüedad, la Institución del Registro Civil puede decirse que se desconoció por completo, si se atiende a la manera tan rudimentaria de cómo estaba organizada, aun en aquellos pueblos que habían alcanzado cierto grado de progreso. En Atenas, para el caso, solamente se acostumbraba llevar ciertos libros, donde se consignaban los nombres de las personas, con fines puramente políticos. En Roma, sin embargo, según dice un historiador, ordenó Servio Tulio a los guardianes de los templos, que registraran los nacimientos y defunciones para facilitar las operaciones del censo, lo cual venía a constituir un relativo adelanto en favor del orden administrativo. Un descuido tan lamentable en países que se distinguieron por la sabiduría de sus leyes, impedía suministrar a la colectividad los datos concernientes al estado civil de sus miembros, los cuales se veían forzosamente obligados a recurrir a la prueba testimonial para identificarlo. Tal orden de cosas subsistió hasta en tiempo de los bárbaros, quienes proveyeron a la organización de los registros, que no por eso dejaron de adolecer de muchísimos defectos, como luego veremos. Dichas tribus encomendaron su tenencia a los sacerdotes, quienes debían conservar la prueba por escrito de ciertos actos religiosos, que lo eran a un mismo tiempo del estado civil, como los bautismos, los matrimonios y las sepulturas. Ellos mismos extendían los extractos de las actas, a los cuales se concedía una fe absoluta, como medio de prueba, en toda clase de actuaciones. La redacción de éstas, no obstante la costumbre de semejante práctica, permaneció por mucho tiempo defectuosa, porque se solían omitir las referencias al parentesco de los nacidos y muertos, así como también las fechas en que se hacían las inscripciones de las referidas actas. Estas presentaban, además, lagunas e interrupciones

considerables, y casi nunca eran firmadas por los sacerdotes.

En cuanto al matrimonio, aunque como contrato fue elevado a la dignidad de sacramento, no eran admitidas para su validez ninguna condición de forma, ni ninguna solemnidad religiosa, a diferencia de los nacimientos y defunciones; por lo cual, durante todo el tiempo que estuviesen en vigor las leyes a que nos venimos refiriendo, en los lugares ocupados por los pueblos mencionados, hubo necesidad para establecerlo, de recurrir a la prueba testimonial, o a las declaraciones de los sacerdotes, como en tiempos anteriores. Así mismo se reconocían como medios de prueba para los matrimonios, la posesión de estado durante un lapso de tiempo considerable; la presentación en juicio de papeles domésticos; el acta que acreditaba el cambio de consentimiento de los esposos, y en último término las convenciones matrimoniales.

Debemos agregar, que como los clérigos acostumbraban exigir un salario por administrar los sacramentos a los peticionarios, los primeros registros de matrimonios fueron verdaderos libros de cuentas, sobre los cuales apuntaban lo que se les pagaba y no indicaciones provechosas para la colectividad. Poseídos por el deseo insaciable del lucro, a menudo no consignaban en sus libros sino los nombres de los cónyuges y de los testigos, a quienes, por otra parte, no se les exigía que firmaran las actas como una garantía de la veracidad de los hechos. Estas ambiciones pecuniarias que dominaban a los sacerdotes, se hicieron con el tiempo extensivas a los registros de nacimientos y defunciones, y por esta causa, lejos de desempeñar como era debido la misión que les estaba confiada, lo hicieron de un modo lamentable.

La negligencia y descuido de aquellos que parecían ser los más aptos para la conservación de los Registros, por haber sido los iniciadores de su establecimiento, nos pone de manifiesto que la previsión y el buen deseo de los legisladores de entonces sobre un

punto tan esencial, se vieron completamente frustrados. A pesar de tan graves inconvenientes, los fundamentos de una organización verdaderamente laica no se sentaron hasta mucho tiempo después, y la administración por los clérigos de las pruebas del estado civil de las personas, ocasionó muchísimos perjuicios a los particulares, como una consecuencia de los diferentes cultos que profesaban.

En efecto; por su carácter religioso, la prueba de que tratamos era deplorable para aquellos que no pertenecían a la religión católica; y cuando los padres de familia, fieles a sus creencias, daban a sus hijos un bautismo diferente del que mandaba la religión mencionada, la aceptación de la prueba quedaba al arbitrio de los tribunales quienes podían repudiarla o no, según los casos. En cuanto a los matrimonios, estaba ordenado por las autoridades civiles que solamente los curas católicos podían proceder a su celebración, so pena de nulidad. Una disposición tan inconsciente, ponía a los que profesaran distinto credo religioso, en la alternativa de abjurar de sus creencias y someterse a la voluntad de sus contrarios, o desposarse de conformidad con sus ritos, y entonces eran tenidos como concubinos. En el primer caso, los católicos desconfiaban de la sinceridad de los peticionarios, y para cerciorarse de que su conversión no era fingida, los sometían a una serie de pruebas humillantes destinadas a dar la medida de su fe; pero muchos no se resignaban a estos vergonzosos simulacros, por la cual no era dudoso que sus matrimonios fueron declarados nulos.

La excesiva intolerancia para con los no católicos, se atenuó con el tiempo, debido a que éstos con su heroica resistencia e inquebrantable fe, consiguieron disminuir la severidad de los jueces, quienes prestaron su apoyo y protección a los matrimonios que hasta entonces se habían considerado como inexistentes. La benevolencia de los jueces, indujo a los legisladores de Francia a publicar en el año de 1787,

un edicto, en virtud del cual, se ordenaba a los oficiales de justicia que recibieran las declaraciones del estado civil concernientes a todas las personas sin distinción de cultos, y de este modo fue instituida por primera vez en el país mencionado una organización verdaderamente laica para los registros aludidos. La obra tan en buena hora comenzada, la perfeccionó el legislador revolucionario, como una resultante de los nuevos principios de libertad de conciencia e igualdad ante la ley, y en lo sucesivo los depositarios de los Registros del estado civil de las personas, fueron funcionarios también civiles, encargados de recibir las declaraciones de las partes, dentro de su respectiva comprensión y con las formalidades prescritas por la ley, en nombre de la sociedad. Así, en la primera constitución que se dió en Francia, fue promulgada como principio la secularización del susodicho estado en los términos siguientes: "La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil.—El Poder Legislativo establecerá, para todos los habitantes sin distinción, el modo por el cual los nacimientos, matrimonios y defunciones serán comprobados y él designará los empleados públicos que recibirán y conservarán las actas."—Esta ley, que crea el matrimonio civil y confiere a las municipalidades la exclusiva tenencia de los registros se dió en septiembre de 1792; pero tan beneficiosa transformación no produjo en los primeros tiempos todos los buenos resultados que eran de esperarse. Sin embargo, la utilidad y alcance de la reforma introducida en la constitución francesa; las supieron apreciar en todo su valor los legisladores de los países cultos, quienes se apresuraron a imitarla; y por eso la vemos hoy convertida en una Institución independiente de la Iglesia, destinada a prestar a la sociedad servicios que por su importancia no requieren comentarios. (\*)

---

(\*) En El Salvador, la Institución del Registro Civil, fue establecida en el año de 1880.

A pesar de todo, los hechos constitutivos o modificativos del estado y capacidad de las personas, no están sometidas actualmente al mismo sistema de publicidad. Mientras que para unos esta publicidad está organizada de una manera permanente y satisfactoria en cuanto a su comprobación, para otros es más efímera o casi no existe. Semejante anomalía, pone de manifiesto que aun no se ha conseguido perfeccionar los medios de prueba concernientes a ciertos cambios de estado de las personas, y muy al contrario, se nota acerca de ellos una marcada indiferencia de parte de las legislaciones; pero abrigamos la esperanza de que no se hará esperar mucho tiempo una reforma radical, por ser ya de urgencia imperiosa y reconocida en el mundo civilizado.

En el curso del presente trabajo, tendremos ocasión de detallar, como es debido la referencia que por ahora nos limitaremos solamente a bosquejar.



# REGLAMENTACION DE LOS REGISTROS

## I

### Disposiciones Preliminares

El Registro Civil está destinado para consignar en él el estado civil de las personas. Es éste, según lo define Jacinto Chacón en sus comentarios al Código Civil chileno, "la posición legal de una persona en la familia y en la sociedad, que le imprime un carácter o calidad y le confiere ciertos derechos y obligaciones civiles. El concepto del legislador salvadoreño acerca de dicho estado, difiere sin embargo, aunque no en lo sustancial, del que nosotros consignamos; pues éste lo explica diciendo: "que es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles" (Art. 303 C.) Examinando la anterior definición, el ya citado comentarista se expresa de la manera siguiente: "el estado no es la calidad: v. g.: el estado de padre no es la calidad de padre, sino la posición que como tal ocupa el hombre en la familia. El estado crea la calidad; pero esta calidad que es el efecto, es distinta del estado que es la causa. Por lo demás, el legislador toma el efecto por la causa, pero no cambia el sentido de la palabra estado".

Después de darnos la definición del estado civil de las personas, diciéndonos en qué consiste, el Código

respectivo se ocupa de designar los funcionarios a cargo de los cuales deben estar los Registros; el número de libros necesarios para la formación de dichos Registros y los requisitos que deben llenar, a efecto de que puedan servir para el fin al cual se les destina; la manera de autorizar las actas y el orden en que deben escribirse, así como también las formalidades requeridas para cuando se trata de extender las certificaciones de las partidas correspondientes. A continuación transcribimos los artículos que hacen referencia a las designaciones apuntadas.

“Art. 304.—El Alcalde Municipal de cada población y su secretario estarán encargados de llevar el registro del estado civil de las personas”. Para este registro se formarán tres libros: uno de nacimientos, otro de matrimonios y el tercero de defunciones”.

“Estos libros serán costeados por los fondos municipales de la respectiva población”.

A los tres libros que menciona el artículo anterior, hay que agregar un cuarto, o sea el de divorcios, de conformidad con el artículo 52 de la Ley del Ramo Municipal vigente.

Del inciso primero de la disposición legal precedente, se desprende que la competencia de los Alcaldes tratándose del estado civil de las personas es meramente territorial, y por lo tanto limitada únicamente al municipio donde ejercen sus funciones. Serán pues, incompetentes para ejercerlas en lugar distinto, y si faltaren a esta prohibición inscribiendo actas sobre Registros que no les corresponden, es natural suponer que obrarían como simples particulares, y aquellas, en tal caso, no tendrían ningún valor; pero si al contrario, los Alcaldes asentaran dentro de su territorio actas que no son de su competencia, no por eso deberían reputarse a éstas sin existencia jurídica. Cuando se trata de actas de matrimonios, es el domicilio o residencia de los contrayentes el que determina la competencia del encargado de inscribirlas según lo prescribe el Art. 117 C.

El inciso segundo de la regla jurídica que comentamos, y el Art. 52 de la Ley del Ramo Municipal ya mencionada, mandan que solamente se formen tres y cuatro libros originales respectivamente para cada clase de actas. Esta disposición del legislador nos parece defectuosa y no del todo conforme con los fines que por medio de los Registros se persiguen, debido a que, existiendo solamente un ejemplar de cada acta inscrita en los libros correspondientes, corren éstos mayor peligro de extraviarse por malicia, descuido o negligencia de los encargados de su custodia, y aquellas pueden ser más fácilmente adulteradas, a sabiendas de que no hay un medio fácil y expedito de descubrir la falsedad. Opinamos, por lo tanto, que, como en otros países, los susodichos libros deberían llevarse por duplicado, con el objeto de dificultar los fraudes y evitar en muchos casos a los interesados tener que recurrir a los otros medios de prueba que la ley establece.

Además de las ventajas apuntadas que se obtendrían con la doble inscripción de las actas, la conservación de éstas estaría mejor asegurada para los casos de inundación, incendio, terremoto o cualquier otro accidente, y su consulta prestaría mayores facilidades para los particulares que quisiesen enterarse de su contenido.

El Código, en el inciso que acabamos de examinar, nos dice únicamente que para el Registro del estado civil de las personas se formarán tres libros, y guarda el más completo silencio acerca de los requisitos necesarios para la formación de dichos libros. El olvido del legislador, sin embargo, no es más que aparente, pues está subsanado por lo prescrito en la Ley del Ramo Municipal de la manera que sigue:

“Art. 53.—Estos libros serán debidamente empastados y costeados su valor por los fondos municipales de cada población, y deberán estar sellados y rubricados por el Gobernador del Departamento, conteniendo en la primera foja, cada uno de ellos, una

razón en que se exprese el número de folios que tiene y el objeto a que se destina”.

“Cada libro principia con el año y concluye con él”.

La firma y sello del Gobernador respectivo y la razón que expresa el número de folios que debe contener cada libro, garantizan la legitimidad de éstas contra las suplantaciones que podrían sobrevenir como una consecuencia de los pocos escrúpulos y la conducta maliciosa de los encargados de su custodia.

Siendo el Alcalde de cada población y su secretario, los comisionados para la guarda de las actas, bajo su más estricta responsabilidad, y como una garantía de la veracidad de dichas actas, el Art. 305 C. ordena: que cada una de las partidas de los libros sea firmada por los funcionarios mencionados, y en caso que el Alcalde no supiese firmar, rogará a otra persona que lo haga por él.

Todas estas partidas, agrega el Art. 306 del mismo Código, “se extenderán una tras otra sin dejar blanco entre ellas y sin abreviaturas ni números”. Con esta disposición se evita cualquier intento de fraude que pudiera alterar el sentido de las actas o el propósito de intercalar otras, y es natural que así sea, dados los perjuicios que podrían ocasionarse a los interesados y las consecuencias perniciosas que tales alteraciones traerían consigo.

Además del inciso a que nos referimos en el párrafo que antecede, el Art. 306 comprende los dos siguientes:

“La inscripción del registro será gratis; pero los encargados de llevarlo podrán cobrar un peso por la certificación de cada partida que tuviesen que expedir”.

“Estas certificaciones serán autorizadas como se previene en el Art. 305 para las partidas del registro”.

En todos los países civilizados donde los Registros del estado civil están establecidos, se prescribe que sean públicos, y tal disposición es natural y obvia, dado que, sería una inconsecuencia injustificable, te-

ner ocultas las constancias de aquellos hechos que interesan a la sociedad toda. Por este motivo, nuestro Código establece en su Art. 307 que: "Toda persona tiene derecho a leer o enterarse de las partidas del registro que le interesen; y de pedir las certificaciones que le convengan".

El Código Civil, bajo el epígrafe de "Disposiciones Preliminares", (Título XVI, Cap. 1), comprende, además de las que dejamos apuntadas, (Art. 303 hasta el 307 inclusive) otras que no nos corresponde examinar ahora, en atención al orden que nos hemos propuesto seguir en el desarrollo del tema, pero que trataremos en su oportunidad. Las prescripciones a las cuales nos referimos, están contenidas en los artículos 308, 309 y 310 del Capítulo precitado, de los cuales el primero tiene importancia desde el punto de vista estadístico; el segundo se refiere a los agentes diplomáticos y consulares de la República en el extranjero, como encargados de llevar los libros del Registro del estado civil; y el tercero, que hace responsables a todos los encargados de llevar los libros del mismo Registro, por los daños y perjuicios que ocasionen a los interesados, cuando incurran en faltas u omisiones al inscribir las partidas.

Hechas las breves consideraciones precedentes sobre los preliminares de nuestro asunto, pasamos a examinar, haciendo un breve comentario de cada uno de ellos, los artículos de nuestro Código que enumeran los datos necesarios para la redacción de las partidas; las personas llamadas a proporcionar dichos datos a los Alcaldes y los trámites coetáneos y posteriores requeridos en el procedimiento de inscripción para que aquellas tengan existencia jurídica.



## II

### Actas de nacimientos

Art. 311 C. "Todo padre legítimo de un recién nacido está obligado a poner en conocimiento del Alcalde Municipal del lugar, a más tardar dentro de los quince días siguientes al nacimiento:

1º El nombre y sexo del recién nacido.

2º El día en que se verificó el nacimiento.

3º Los nombres y apellidos del padre y de la madre.

A falta del padre tendrá la misma obligación la madre, y a falta de ésta los parientes del recién nacido que vivan en la misma casa".

Según el tenor de la anterior disposición, es en primer término al padre legítimo del recién nacido a quien corresponde dar aviso del alumbramiento al Alcalde Municipal del lugar; a falta del padre se impone la misma obligación a la madre, y a falta de ésta a los parientes del recién nacido que vivan en la misma casa.

Para dar este aviso, la regla jurídica inserta establece que las personas indicadas están en la obligación de *poner en conocimiento* del Alcalde del lugar el hecho del alumbramiento. Según sus palabras textuales, la ley no exige que ocurran en persona ante el Alcalde respectivo las personas llamadas a informar de la existencia del nuevo vástago, basta que lo *pongan en su conocimiento*, y por lo mismo, cualquier extraño puede presentarse a suministrar los datos

pedidos, manifestando que lo hace en nombre del padre, madre o parientes del recién nacido, aunque no tenga conciencia de la misión que desempeña o sea del todo extraño a la realidad de los hechos.

La deficiencia de la prescripción legal que comentamos, es por lo tanto manifiesta, con la desventaja de que puede fácilmente ocasionar perjuicios a los interesados. El medio de información establecido por ella, se reconoce unánimemente que no es el más apropiado por los inconvenientes con que se tropieza al reflexionar un poco acerca de las inexactitudes o suplantaciones a que puede dar lugar la inscripción de las señales suministradas de esa manera.

De lo dicho se desprende que la veracidad de las actas no queda, ni con mucho, suficientemente garantizada, y al funcionario municipal no le resta otro recurso más que inscribir aquellas con los datos suministrados por los comparecientes, de la manera que la ley lo manda.

Estos datos son para las partidas de que tratamos, los que aparecen detallados en los números 1º, 2º, y 3º del Art. 311 preinserto. Si pues, la ley establece lo que las actas deben contener, el encargado del Registro no tiene facultades para hacer referencias a otras circunstancias, y los comparecientes solamente están obligados a declarar aquello que la ley ordena y nada más que eso. Por la misma causa, los Alcaldes no podrán suplir el silencio de estos últimos cuando por cualquier motivo estén en la imposibilidad de hacer las declaraciones necesarias.

Ahora bien: como una consecuencia de lo que dejamos expuesto, se nos ocurre preguntar si los encargados de los Registros en cuestión, pueden faltar a la verdad a sabiendas de que lo declarado por las personas que facilitan los datos para formular las actas es una falsedad, como si por ejemplo éstas declarasen que un recién nacido es hijo legítimo no siéndolo, o le atribuyesen una maternidad distinta de la verdadera.

Nuestra contestación al caso propuesto es negativa, dado que, si el Alcalde procediera como suponemos en cumplimiento de su deber, se convertiría en un instrumento de personas delinquentes. (Art. 229 Pn.).

En el inciso último del artículo que examinamos, se impone a la madre legítima, la obligación de *poner en conocimiento* del funcionario llamado a asentar el acta, los datos pertinentes en defecto del padre del recién nacido.

Para la inteligencia de dicho inciso, entendemos que el padre falta no solamente cuando ha fallecido, sino también en todos aquellos casos en los cuales les sea imposible comunicar al Alcalde los datos exigidos. Tal sucedería, por ejemplo, si estuviera ausente del lugar en la época del nacimiento y durante los quince días subsiguientes a él, por ser el plazo máximo que la ley concede a las personas llamadas para el cumplimiento de la obligación. Asimismo, se entendería que falta, cuando estuviera imposibilitado para comunicar los datos a causa de locura, imbecilidad u otra dolencia grave.

Art. 312.—“Si el recién nacido fuere hijo ilegítimo corresponde a la madre, y en su falta a los parientes que vivan en la misma casa, el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo anterior, pudiendo entonces omitirse el nombre del padre”.

Acerca de la presente disposición, no debemos pasar en silencio que muchos publicistas discuten si es o no conveniente el llamamiento de la madre ilegítima para el cumplimiento de las prescripciones legales en el presente caso, debido a que algunas madres bien pudieran tener motivos poderosos para ocultar una falta. De la controversia resulta que no faltan quienes, basándose en razones de moralidad e indulgencia, opinan por el respeto de los deseos de aquellas que quisiesen ocultar una deshonra; pero no obstante la buena voluntad de los sostenedores de la doctrina expuesta, nos parece más aceptable el pare-

cer contrario; pues una omisión de tal importancia, como es la del nombre de la madre, en un documento que imperiosamente lo necesita, dejaría indeterminada la filiación de no pocas personas, llegando hasta perjudicar los intereses de terceros, y en todo caso la administración de justicia no debe interrumpirse por fútiles escrúpulos o motivos de conveniencia particular.

Después de la madre ilegítima, y en último lugar, la ley llama a los parientes del recién nacido que vivan en la misma casa, para que cumplan con la obligación establecida en el artículo 311. Como el legislador no hizo ninguna distinción respecto del orden en que éstos deben concurrir, es indudable que todos por igual están en el deber de dar cumplimiento a lo ordenado, aunque a nuestro modo de pensar hubiera sido mejor para desvanecer dudas y vacilaciones probables, que los más próximos excluyeran a los más remotos, porque como muy bien dice un comentarista, es imprudente contar con la buena voluntad de los particulares para asegurar la observancia de las leyes.

Art. 313.—“La partida de nacimiento se extenderá inmediatamente en el libro respectivo y será firmada por la persona que haya comunicado el hecho, u otra a su ruego, si no supiere firmar”.

El fundamento de este artículo es obvio, entre la recepción de los datos que deben contener las actas y la inscripción de éstas, no ha de mediar ningún espacio de tiempo. La importancia del acta exige la unidad del mismo, y por tal motivo los alcaldes no pueden reservarse para después el cumplimiento de lo ordenado en la disposición preinserta, porque si ese retardo fuere permitido es indudable que los fraudes y las equivocaciones serían muy frecuentes con perjuicio de los interesados.

Art. 314.—“La muerte del recién nacido no exime de la obligación de registrar el nacimiento, como se registrará también la defunción”.

El artículo anterior, disipa todas las dudas que

podrían surgir acerca de la inscripción de las actas, en los casos que se dan con tanta frecuencia, de fallecimientos prematuros, acaecidos después de recientes alumbramientos, pues no faltarían personas carentes de alguna cultura, de las designadas para suministrar los datos, que, juzgando torpemente, creyesen innecesario por entonces el cumplimiento de la obligación que la ley les impone, ignorando que un principio de existencia basta para dar origen a la adquisición de derechos por parte de cualquier individuo de la especie humana, los cuales en todo tiempo pueden hacer valer los interesados, necesitando en tal caso de las pruebas del estado civil del fallecido.

Art. 315.—“Cuando se trate de inscribir el nacimiento de dos niños gemelos, se extenderá una inscripción para cada uno, indicando la hora en que nacieron o expresando que no fue conocida”. Solamente en el caso del artículo que precede pide la ley que se haga mención en las actas de la hora del alumbramiento, indudablemente para los efectos de la primogenitura. Los comentaristas han entablado acaloradas disputas, atribuyéndosela al que nació por último, y apoyan sus acertos en que éste, según las enseñanzas de la medicina, fue engendrado el primero. Mas, las discusiones no caben y los argumentos se hacen innecesarios desde que las legislaciones de todos los países fijan como principio de existencia legal para las personas el instante del nacimiento, y reputan no haber existido jamás la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre o que no haya sobrevivido a la separación ni siquiera un momento, aunque protejan la vida del que está por nacer.

Como se ha visto en la última parte del presente trabajo, hasta aquí no hemos hecho otra cosa que transcribir el articulado del Código en lo que atañe a las actas de nacimientos, haciendo un somero comentario de cada disposición.

Nos toca por lo mismo, como dijimos en un principio, poner de relieve las deficiencias, inexactitudes y omisiones en que incurrió el legislador patrio según nuestro criterio al ocuparse de tan útil e importante materia, como es la del estado civil de las personas.

En el artículo 311, percibimos en primer término, que aun cuando el padre, madre o parientes tuvieran la obligación de presentarse en persona ante el funcionario respectivo a declarar lo que la ley manda, no quedaría con eso suficientemente garantizada la probabilidad de ser ciertos los datos suministrados por ellas, debido a la falta de otras personas encargadas de dar fe a la veracidad de los hechos, como habiéndolos presenciado. Mucho se ganaría, por lo tanto, si nuestro Código ordenara, como los de otros países, que los alcaldes no asentaran las actas si no a presencia de dos o más testigos idóneos juntamente con los comparecientes.

Bastaría que los testigos estuviesen en su sano juicio, fueran mayores de edad y domiciliados en el lugar, no importando su nacionalidad ni su parentesco con las partes. Una disposición semejante haría difíciles, sino imposibles, los fraudes que el encargado de los Registros pudiera cometer en el desempeño de su cometido, y aquéllos como presenciales de lo sucedido, constituirían una verdadera garantía, impidiendo las falsas deposiciones de los interesados. En todo caso, las partidas deberían ser firmadas por estos últimos y los testigos, haciendo constar además del nombre y apellido de los mismos, su profesión y domicilio.

Acerca del plazo de quince días determinado por la ley para la comparecencia de los llamados a dar la noticia del alumbramiento al alcalde del lugar, opinamos que debe ser reputado como excesivo si se consideran las facilidades que presta para las suplantaciones, las cuales muy bien podrían realizarse introduciendo extraños en las familias con el propósito

de obtener algún beneficio a consumir un acto delictuoso.

Opinamos, pues, que debería restringirse dicho plazo fijando otro más prudencial, para cuyo efecto es preciso tomar en cuenta que es en el lugar del alumbramiento donde se inscribe la partida y por esa causa no debe ser de tan larga duración. El Código francés limita el término de que hablamos a tres días, y el italiano a cinco, tiempo durante el cual los llamados a proporcionar los datos, pueden cumplir perfectamente su obligación, sin precipitaciones ni molestias de ningún género.

Hemos dicho, y lo repetimos, que a nuestro juicio la presencia de testigos, juntamente con las personas llamadas a declarar vendría a constituir una sólida garantía para la veracidad de las actas del estado aludido; mas a fin de que las aspiraciones de la ley corrieran menos peligro de ser defraudadas, consideramos como imprescindible y necesario el cumplimiento de otro requisito del cual pasamos a ocuparnos.

En efecto: no siendo difícil que en un remoto caso pudieran estar de acuerdo los comparecientes y los testigos, con el propósito de cometer un fraude, la mayoría de los Códigos establece que el niño debe ser presentado al encargado del Registro, para que éste se cerciore de si realmente es recién nacido y en caso contrario deniegue la inscripción; cuál es su sexo y si en verdad está vivo. Si la salud del infante corriere peligro con su traslación a la oficina del registrador, previo dictamen de un facultativo, se impone a éste la obligación de pasar a la casa del recién nacido para asentar el acta.

Por último, para que no faltaran medios de información, tratándose de los recién nacidos, sería conveniente establecer que estuvieran obligados a dar aviso del alumbramiento no sólo las personas comprendidas en el artículo 311, sino también el médico o comadrona que hubieren asistido el parto y las de-

más personas presenciales del hecho, so pena de incurrir en las mismas responsabilidades de aquéllas.

Otras de las graves deficiencias de nuestro Código, cuando se trata de los Registros de nacimientos, es la de no haber prescrito la manera de escribir las actas de los niños, expósitos o abandonados. Sobre este punto, somos de parecer, que imitando a otras legislaciones, se impusiera a quienes los encuentran la obligación de entregarlos inmediatamente al encargado del Registro, junto con los vestidos y cualesquiera otros objetos hallados con el niño, y también la de relatar las circunstancias de lugar y tiempo del hallazgo. Con estos datos el alcalde debería levantar una acta, haciendo constar la edad aparente del niño, su sexo y el nombre que se le hubiera dado, así como también todos los detalles que pudieran facilitar su identificación. Dicha acta, copiada en el libro respectivo, haría las veces de partida de nacimiento.

Tampoco se ha promulgado entre nosotros ninguna ley acerca de la manera de inscribir las actas de los nacimientos acaecidos durante un viaje terrestre o a bordo de un buque nacional. En el primer caso, sería muy oportuno prescribir que el funcionario que asentara la partida en los libros de su Registro, remitiera copia al alcalde del lugar del domicilio de la madre, dentro de un plazo prudencial, para que éste, a su vez, la trasladara a los suyos. En el segundo, el acta debería ser recibida por el comandante de la nave u otro comisionado especial para el efecto, siempre delante de dos o más testigos. Si el nacimiento ocurriera durante la permanencia del barco en un puerto salvadoreño, la partida debería asentarse en las mismas condiciones, cuando la nave estuviere comunicada con tierra, o cuando no existiese en el puerto, si fuere extranjero agente consular nacional. De dichas partidas debería remitirse copia, debidamente legalizada, al Ministro de Marina, para que de allí se traspasaran al encargado de los Registros del último domicilio de los padres del niño.

### III

## Actas de defunción

Art. 317.—Las partidas de defunción deberán contener:

1º El nombre y apellido, edad, sexo, estado y domicilio del muerto.

2º El nombre y apellido del cónyuge, si era casado.

3º El día y hora en que hubiere acaecido la muerte, y si ésta ha sido natural o violenta; y

4º El nombre y apellido de los padres legítimos del muerto, o de la madre ilegítima.

\* \* \*

Art. 318.—“Los datos expresados en el artículo anterior, serán comunicados al Alcalde por las mismas personas y en el mismo término señalado en el artículo 311. Tiene igual obligación el jefe de la familia en cuya casa se verifique el fallecimiento de una persona extraña y el empleado encargado del cementerio”.

Con las indicaciones que la ley pide en el artículo 317, no queda ninguna duda acerca de la identidad de la persona fallecida, siempre que los llamados a facilitar los datos procedan de buena fe, sin pretender faltar a la verdad de sus declaraciones; pero precisamente esto último será lo dificultoso de lograr en muchos casos, dado que, la misma ley con su falta de previsión y de cuidado, facilita los fraudes, dejando

ancho campo a la arbitrariedad de los que quisiesen infringir sus preceptos y burlar sus aspiraciones, por la manera tan deficiente de cómo exige que se inscriban las partidas. Lo dicho al ocuparnos del procedimiento que debe seguirse para asentar las actas de los recién nacidos, es perfectamente aplicable cuando se trata de las de defunción ya que son unas mismas las condiciones exigidas en lo que atañe a las personas y lugar de los hechos. El encargado del registro, puede decirse que permanece completamente extraño a la realidad de éstos, tanto en el primer caso como en el segundo, si se atiende a la actitud meramente pasiva que por fuerza tiene que observar, constreñido, por decirlo así, en el radio de sus atribuciones. Fácil es cerciorarse de nuestro aserto, con solo acudir al Código respectivo y no ver en él ninguna disposición que obligue a los Alcaldes a enterarse por sí mismos de la veracidad de los sucesos, o que al menos los faculte para exigir, juntamente con las personas llamadas a declarar, la comparecencia de testigos idóneos que los hubieren presenciado.

En las pocas líneas que preceden, dejamos expuesta nuestra opinión en lo concerniente a los Registros de defunciones, tal como se hallan reglamentados entre nosotros; pero con el objeto de corroborarla en lo posible; de hacer resaltar más las deficiencias de que hemos hecho mérito y por creerlo oportuno, nos ha parecido conveniente formular un breve comentario acerca del importante trabajo que sobre la materia publicó recientemente el doctor Héctor David Castro en la Revista "La Universidad", órgano del Instituto Nacional del mismo nombre.

Dice el doctor Castro, en la parte que se intitula "Registro de Defunciones" de su trabajo "Comentarios sobre las graves deficiencias de nuestra Ley de Registro del Estado Civil", que dicha ley no establece nada en concreto acerca de los medios más adecuados y que mejores resultados producen para obtener la inscripción de las partidas de fallecimientos, a seme-

janza de casi todas las legislaciones, pero que a pesar de eso, es un hecho innegable que entre nosotros el Registro de defunciones es uno de los que *mejor responden* al fin o fines para que fué creado, atendiendo a causas *bien sencillas* fácilmente comprensibles. Las dificultades quedan subsanadas totalmente, a juicio del doctor Castro, con los requisitos previos que para la inhumación de cadáveres deben llevarse en la práctica administrativa, los cuales él sintetiza en los siguientes párrafos: .....“Para practicar un enterramiento es forzoso cancelar los impuestos respectivos, y por consiguiente, la constancia de la defunción en los libros-talonarios en que se anota el pago de esos impuestos, sin cuyo requisito el encargado del cementerio no permite el enterramiento. La causa del fallecimiento la hace constar el interesado con una certificación del facultativo que asistió los últimos momentos del fallecido o que se cercioró de su estado de muerte y también se hace uso de una constancia del Consejo Superior de Salubridad, extendida a solicitud de parte, en defecto del primer documento mencionado.

“Queda, pues, constancia de haberse dado cuenta de la defunción a *empleados dependientes de la Municipalidad*, y el alcalde respectivo *se basa en ese dato o noticia* que se desprende del pago de los impuestos de enterramiento, para inscribir la partida que corresponde. La práctica administrativa ha venido, como se ve bien claro, a evitar los efectos *de la inercia* de las personas obligadas por la ley a suministrar esta clase de datos al Registro”.

Por mucho que sea el respeto que merezca tan autorizada opinión, nos atrevemos a afirmar que la reglamentación del Registro de defunciones no llena, como el doctor Castro lo asegura, todas las condiciones de un buen servicio, y muy al contrario, estamos convencidos de que aun resta mucho que enmendar en esa importante Institución. De que la práctica administrativa produzca resultados satisfactorios, no

se debe inferir en modo alguno que haya solucionado las dificultades que pudieran sobrevenir, cuando los interesados faltos de escrúpulos y de respeto hacia los preceptos legales y con miras puramente utilitarias, aspiraren a obtener provecho de la excesiva confianza con que esos mismos preceptos los favorecen por falta de previsión y severidad.

Lo que verdaderamente nos causa extrañeza, es la equivocación lamentable en que, a nuestro juicio, incurrió el doctor Castro, al ponernos como modelo de buen servicio esa práctica administrativa que tan calurosamente defiende, la cual, como demostraremos, es enteramente arbitraria por estar en pugna con las disposiciones de la ley, (cuya interpretación no es dificultosa y deficiente) porque no ofrece ninguna clase de garantías para la sociedad, dados los muchos puntos vulnerables que la caracterizan.

Sin desconocer la inminente facilidad de juzgar equivocadamente, pasamos a examinar los trámites de dicho proceso administrativo, a fin de patentizar sus defectos y poner en claro sus inconvenientes, advirtiendo que las modestas apreciaciones hechas por nosotros, tienen de su parte el parecer de reputados comentaristas, puesto que en él están basadas.

En primer lugar, los encargados de los cementerios, para permitir los enterramientos, no deben basarse en la constancia de las defunciones donde figura el pago de los impuestos respectivos, sino en una boleta firmada por el Secretario Municipal en que conste estar asentada la partida correspondiente, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 61 de la Ley del Ramo Municipal. Como se ve claramente en disposición apuntada, entre una y otra cosa existe una diferencia notable. Por estar asentada la partida correspondiente, creemos nosotros que debe entenderse, hallarse inscrita definitivamente en los libros de Registro destinado al efecto, por lo cual la simple constancia a que el doctor Castro se refiere no tiene, a los ojos de la ley, ningún valor para el fin que se

le destina, y el encargado de permitir las inhumaciones debe rechazarla siempre "so pena de cinco a veinticinco pesos de multa, aplicables gubernativamente por el Alcalde".

Ahora bien; si un cadáver no puede permanecer insepulto por más de veinticuatro horas, y para proceder a su enterramiento se debe presentar al encargado del cementerio *una boleta en que conste estar asentada la partida correspondiente*, o sea inscrita definitivamente en los libros de Registros destinados al efecto, llegamos a la conclusión de que nuestra Ley Orgánica de las Municipalidades exige se ponga en práctica el principio universalmente reconocido, de que el asiento de las actas de defunción no debe *ser nunca posterior* al enterramiento, y deroga tácitamente, por ese hecho, lo dispuesto en el artículo 318 del Código Civil, en lo referente al plazo de quince días dentro del cual deben comparecer ante el funcionario correspondiente las personas llamadas a suministrar los datos pedidos.

Así pues, la costumbre que, según el doctor Castro observan los Alcaldes de basarse en la noticia que se desprende del pago de los impuestos de los enterramientos para inscribir la partida que corresponde, es, como ya dijimos, arbitraria y perjudicial, y no merece el calificativo de buen servicio que él le atribuye. Dichos funcionarios no deben dar crédito a las declaraciones recibidas por simples empleados dependientes de las Municipalidades y tomados de talonarios, cualquiera que sea su destino, para cumplir la delicada misión referente al estado civil de las personas, sino que deben basarse, para asentar las partidas correspondientes a dicho estado, *en los datos que le suministren las personas expresamente encargadas de hacerlo*, y, de ningún modo, en las noticias obtenidas por otros medios, so pena de incurrir en la responsabilidad impuesta por el artículo 310 del Código Civil.

La inercia de las personas obligadas a declarar al Alcalde los datos aludidos, no cabe desde el momento

en que la Ley del Ramo Municipal pide tácitamente que se cumpla con dicho requisito antes del enterramiento de cualquiera persona, y dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la muerte de la misma, so pena de incurrir "en una multa que no bajará de cinco pesos ni excederá de veinticinco, aplicables gubernativamente por el Alcalde respectivo", de acuerdo con el artículo 336 del mismo Código citado.

La certificación facultativa en que conste el fallecimiento de la persona y la causa que la determina, nos parece indispensable por su importancia desde el punto de vista científico, mas nó, para que se le dé una fe absoluta, considerando que el médico puede convertirse en cómplice de un fraude y faltar a la verdad con perjuicio de terceros. Asi, pues, somos de opinión que en todo caso debe inspirar más confianza la información personal del registrador, a quien la ley debe obligar a apersonarse siempre en la casa mortuoria, con el fin de que compruebe por sí mismo el fallecimiento.

Por otra parte, cuando hayan indicios o signos de muerte delictuosa, u ocasión para sospecharla, atendiendo a las circunstancias, debería prescribirse que no se pudiera sepultar el caráver sino después de haberse levantado un acta sobre el estado del mismo y previa orden judicial, pues a este respecto nuestro Código guarda el más completo silencio, a diferencia de otros que se caracterizan por los previsores.

La última parte del artículo a que nos venimos refiriendo, extiende la obligación de comparecer ante el Alcalde del lugar a cumplir con lo ordenado en el Art. 311, al jefe de la familia en cuya casa se verifique el fallecimiento de una persona extraña y al empleado encargado del cementerio. Esta disposición nos parece muy oportuna, entendiendo por persona extraña la que muere fuera de su domicilio, sin embargo de que sería útil y conveniente completarla, estableciendo que, en tal caso, dicho Alcalde remitiera copia de la partida inscrita en sus libros al encargado de los Re-

gistros de la última residencia del difunto, como se acostumbra en otros países, para que éste la trasladara a los suyos.

“Art. 319.—Todo el que encuentre un cadáver fuera de habitación o en una casa sin habitantes, deberá participarlo al Alcalde Municipal dentro de veinticuatro horas a más tardar, y este funcionario se informará de los datos que ha de contener la partida de defunción y la asentará en el libro respectivo en el término de ocho días”.

Dice el artículo que precede que el Alcalde se *informará* de los datos que ha de contener la partida, pero nosotros opinamos que cuando sucediere lo previsto en dicho artículo, con mucha mayor razón que cuando el difunto es persona conocida, debería el mismo funcionario apersonarse en el lugar donde fuese encontrado el cadáver, a efecto de cerciorarse de la muerte con sus propios ojos, e investigar los datos para asentar el acta, siempre delante de dos o más testigos idóneos y por último remitir copia de la partida al registrador del postrer domicilio del muerto, del mismo modo que lo dejamos dicho para el caso del Art. 318.

“Art. 320.—En caso de muerte de alguna persona en hoteles, mesones, casas de huéspedes, colegios, cuarteles o cárceles, darán cuenta al Alcalde para que asiente la partida de defunción, el que gobierna la casa o establecimiento, el jefe del cuerpo acuartelado, o el alcaide de la cárcel”.

A esta disposición es aplicable lo que ya hicimos observar acerca de las dos anteriores, sobre la concurrencia del encargado del Registro al lugar del hecho y demás que nos parece inoficioso repetir. Solamente tenemos que agregar al respecto, una indicación referente a la costumbre implantada en Francia, Italia y otras naciones, de llevar en los establecimientos públicos costeados por el Estado como hospitales, cárceles, cuarteles, etc., registros para hacer

constar las declaraciones concernientes a los fallecimientos ocurridos en ellos.

Tales registros, como bien se comprende, carecen de autenticidad, y únicamente son útiles en casos excepcionales de destrucción o pérdida de las actas verdaderas.

“Art. 321.—Respecto de los que murieren en campaña o en un combate en el territorio de la República, es obligación del que tenga el mando de la fuerza, si estuviere al servicio del país, dar noticia al Alcalde del lugar de las muertes ocurridas en ella, para que este funcionario asiente las partidas correspondientes”.

“En cuanto a las muertes que acaecieren en fuerzas militares que operen fuera de la República y de personas domiciliadas en ésta, el jefe dará la noticia respectiva al Comandante General de la República, para que éste ordene el asiento de las partidas de defunción en los lugares del último domicilio de los muertos”.

Otros Códigos, en el caso contemplado por el inciso primero del presente artículo, mandan que el jefe de la fuerza inscriba las partidas en un libro destinado al efecto y que debe llevar consigo, para remitirlas después al Ministerio de la Guerra, de donde a su vez deben ser transmitidas al último domicilio del muerto, cuando se trata de defunciones; al de la madre, o en su defecto al del padre, si fueren de nacimiento, y al del cónyuge si las actas fueren de matrimonios.

En caso de ignorarse el último domicilio de las personas mencionadas, se prescribe que la inscripción se haga en el Registro de la capital del Estado. Este procedimiento ofrece más seguridades y tiene mayores ventajas que el establecido entre nosotros, y por eso nos inclinamos a él, pues en efecto: los azares de la lucha muy bien podrían imposibilitar la comunicación de los datos al alcalde del lugar, quedando en consecuencia sin asentarse las actas de los falleci-

mientos ocurridos durante la campaña, o sin remitirse a las poblaciones donde los difuntos hubieran tenido sus residencias fijas.

Cuando las muertes ocurrieran en fuerzas que operen fuera del territorio de la República, así como también cuando las personas fallecidas fuesen domiciliadas en ésta, dice el inciso segundo del artículo 321, que el jefe de la tropa *dará la noticia* respectiva al Comandante General de la República, para que éste haga inscribir las partidas de defunción en el último domicilio de los muertos.

A la anterior disposición tenemos que objetar primeramente, el no haberse hecho extensiva a las actas de nacimientos y matrimonios acaecidos en idénticas circunstancias, como lo dejamos descubrir en el párrafo precedente al tratarse de fuerzas que aun no han traspasado las fronteras nacionales, puesto que los desposorios y alumbramientos no es nada difícil que se verifiquen en tiempo de guerra y en medio de los ejércitos.

Por otra parte, aclarando los términos usados por el legislador de *dar la noticia respectiva* entendemos que quiso referirse a los datos exigidos para la inscripción de las actas; pero sin que eso tenga nada de particular, es lo cierto que no merece elogios ni debe reputarse como acertada, examinándola con cuidado. Lo primero que nos llama la atención, es lo indeterminado del plazo dentro del cual el jefe de la tropa debe investigar los datos que han de contener las partidas y remitirlos a su destino. La ley dice que la noticia debe darse, pero no especifica cuándo, lo cual, a nuestro juicio, es un descuido que no puede justificarse ni apoyándose en las eventualidades y percances de las operaciones militares.

Por otra parte, dicho jefe muy bien podría faltar al cumplimiento de su cometido con cualquier fútil pretexto, quedando por ese hecho sin registrarse las partidas de los fallecidos durante la campaña, como una consecuencia del poco o ningún interés que los

particulares se toman por todo aquello que no los beneficia, cuando no los impele el temor o los seduce la ambición.

Si ahora volvemos nuestra atención a las legislaciones de otros países, para enterarnos de lo proveído en ellas a fin de que sus prescripciones no sean ilusorias a causa de la guerra y en las circunstancias previstas en el inciso segundo de nuestro artículo 321, nos encontramos con que los designados para el comando de los ejércitos son verdaderos encargados del estado civil, no sólo de las unidades de la tropa, sino también de todas las personas que la acompañan, o que por los azares de la guerra se ven imposibilitadas para comparecer ante el funcionario competente. Para que cumplan satisfactoriamente la importante misión que se les confía, están obligados a llevar consigo registros especiales, firmados, sellados y foliados por el jefe del Estado Mayor, donde deben inscribir tanto las partidas de defunción, como las de nacimientos y matrimonios ocurridos durante el tiempo que dure su permanencia fuera del territorio patrio, siempre delante de dos o más testigos idóneos. Una vez finalizadas las operaciones militares, son depositados dichos registros en el Ministerio de la Guerra, donde quedan guardados para extender las partidas correspondientes a cualquier solicitante interesado.

Como bien se comprende, siendo en este caso los jefes de tropa verdaderos funcionarios, es natural que estén sujetos a las responsabilidades consiguientes por los daños y perjuicios que provengan a los interesados, por no asentar las partidas en la forma debida u omitir alguna que haya debido consignarse.

Lo que dejamos dicho acerca de la inscripción de las actas de nacimientos, cuando éstos ocurran a bordo de un buque salvadoreño en alta mar, es igualmente aplicable a los fallecimientos acaecidos en idénticas circunstancias, debiendo, en tal caso, inscribirse las partidas dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, y siempre delante de dos o más testigos presen-

ciales que reúnan los requisitos de idoneidad. Los depósitos y transcripciones deberían hacerse respecto de éstas, del mismo modo que para aquéllos.

Puede suceder también, tratándose de defunciones a bordo de buques nacionales o extranjeros, que una o muchas personas perezcan ahogadas sin que sus cadáveres puedan ser encontrados. Previendo una desgracia semejante, en otras legislaciones se ha dispuesto que se siga un proceso verbal de la desaparición, por la autoridad, revestida en el barco de las atribuciones de los funcionarios del estado civil, con el objeto de investigar los datos que ha de contener la partida respectiva.

Nos resta, por último, hacer mención de una formalidad exigida por muchos Códigos, con la cual deben cumplir los encargados del Registro del Estado Civil, al finalizar el acta de la inscripción de las partidas, tanto de nacimientos como de defunciones. Nos referimos a la lectura que de las actas deben dar dichos funcionarios a los llamados a suministrarles los datos y a los testigos que los acompañan, así como también a la constancia que debe ponerse al pie de la partida del cumplimiento del requisito mencionado. Este aditamento nos parece de todo punto necesario, porque da seguridades a los interesados de que la veracidad de sus declaraciones no ha sido adulterada, al mismo tiempo que es una salvaguardia contra cualquiera imputación calumniosa hecha al registrador por no haber acatado la ley, ajustándose a sus preceptos.



## IV

### Actas de Matrimonios

“Art. 316.—Las partidas de matrimonio se asentarán en el libro respectivo y comprenderán”:

“1º El nombre y apellido, edad y profesión u oficio de cada uno de los cónyuges”.

“2º Los nombres y apellidos de sus padres, si fueren legítimos, o de su madre ilegítima”.

“3º Los nombres y apellidos del funcionario que autorizó el matrimonio, y de los testigos que lo presenciaron”.

“4º El día en que fue celebrado el matrimonio”.

“El Alcalde respectivo asentará la partida dentro de los ocho días siguientes al matrimonio, tomando los datos del acta respectiva, que deberá comunicarle dentro del tercero día el funcionario que haya celebrado el matrimonio si él mismo no lo fuere”.

Este artículo enumera las designaciones necesarias para la inscripción de las partidas de matrimonios en el Registro correspondiente, las cuales deben ser extractadas del acta de celebración, por el funcionario competente.

Del tenor literal de la disposición, se desprende que el legislador al mencionar en ella los términos de *acta y partida*, o hizo atribuyéndoles diferente significado, por lo cual es preciso marcar la distinción que existe entre ambas, para evitar malas interpretaciones. El acta respectiva a la cual se refiere el inciso que comentamos, no es sino el escrito donde

consta la celebración del matrimonio, o sea el consentimiento prestado por los contrayentes ante el funcionario competente, y la declaración solemne hecha por éste de que los esposos están unidos ante la ley. Dicho escrito se consigna entre nosotros en un libro que se lleva al efecto con el nombre de "Libro de Actas Matrimoniales", según lo establece el artículo 139 C. Por partida debe entenderse el documento posteriormente redactado por el Alcalde en los libros destinados a ese fin, y que sirve como medio de prueba de la realidad del acto de la celebración, advirtiéndose que este acto constitutivo del matrimonio no debe confundirse con la partida del mismo, pues muy bien puede existir jurídicamente aquél, aunque ésta haya desaparecido.

Es precisamente a la partida, empleando la expresión del legislador, que nos corresponde hacer alusión en el presente trabajo, de conformidad con el artículo 316 C. ya mencionado y 55 de la "Ley del Ramo Municipal".

El precepto legal que examinamos es verdaderamente laudable y no podemos menos de reconocer las ventajas que reporta y las seguridades que ofrece en provecho de la comunidad. La confianza depositada en los Alcaldes para el cumplimiento de tan delicado cargo, merece ser elogiada, pues tales funcionarios, fieles intérpretes de las leyes y celosos por el cumplimiento de sus deberes, es de esperarse que siempre satisfagan su cometido de manera satisfactoria, tanto más cuanto que, en caso contrario son ellos únicamente quienes cargan con todas las responsabilidades con las cuales los conmina la ley por los daños y perjuicios que ocasionen a los interesados. (Art. 310 C.).

Sin embargo de nuestra favorable opinión en lo concerniente a la inscripción de las partidas, por lo que toca al procedimiento, debemos hacer algunas observaciones acerca de ciertos olvidos del legislador que ya hicimos notar al ocuparnos en párrafos anteriores de las partidas de nacimientos y defunciones,

por lo cual no nos detendremos en detalles superfluos. Queremos referirnos, primeramente, a los beneficios que traería consigo la formación de los Registros en doble matriz. En segundo lugar al silencio del legislador en lo tocante a la consignación de las partidas de los matrimonios, cuando estos se celebren en tiempo de guerra y los contrayentes se hallen en campaña, ya sea en una plaza sitiada o a bordo de los barcos de la armada nacional. Los Códigos Francés e Italiano, por no citar otros, establecen para tales casos, que los funcionarios competentes sean los mismos designados para asentar las actas de los nacimientos y defunciones acaecidos en iguales circunstancias, no sólo de los militares, sino de todas aquellas personas que se hallen en la imposibilidad de desposarse observando los trámites ordinarios. En último término, percibimos que nada dice nuestra ley acerca de la enmienda de las partidas, ordenada en muchos otros países, cuando por negligencia, malicia o descuido las asientan mal los encargados de los Registros, y solamente castiga a dichos funcionarios con una pequeña multa por cada infracción de las formalidades prescritas en los artículos que se refieren a la inscripción de todas las actas del estado civil de que tratamos; pero acerca de este olvido tan lamentable preferimos no entrar en más explicaciones, porque nos volveremos a ocupar de él posteriormente en la sección que llevará por título: "De la Rectificación de las Actas".



## Actas de divorcios

Nuestro legislador, al desarrollar la doctrina que versa sobre el estado civil de las personas, no incluye ningún precepto relativo a las actas de divorcios, pero lo hace en el Capítulo V del Título IV del Código respectivo, donde figura la disposición siguiente:

Art. 154.—“El Juez o Tribunal que declare ejecutoriada la sentencia de divorcio absoluto, oficiará al Alcalde del domicilio donde se celebre el anterior matrimonio, para que cancele la partida respectiva y anote por separado la partida de los divorciados, para lo cual llevará también otro registro”.

El artículo anterior establece que debe llevarse por los Alcaldes el Registro de Divorcios, pero no especifica los detalles que deberán contener las partidas respectivas. El vacío, sin embargo, se halla subsanado en la Ley del Ramo Municipal, como puede verse a continuación.

“Art. 57.—En el cuarto libro se asentarán las partidas de divorciados que contendrán las mismas formalidades que se exigen para las de matrimonio y la fecha de la sentencia ejecutoriada que declare el divorcio y la cancelación respectiva”.

Es aplicable a estos Registros todo lo dicho acerca de los de matrimonios, por lo cual nos abstenemos de incurrir las repeticiones innecesarias, dado que, tanto unos como otros, se caracterizan por unos mismos

defectos e idénticas cualidades, con la desventaja de parte de los de divorcios de dejar al arbitrio de los alcaldes la inmediata o retardada inscripción de las partidas, ya que no se determina el tiempo preciso para llenar ese requisito, lo cual sería conveniente establecer con el fin de evitar eventualidades peligrosas para los interesados.

## VI

### Actas inscritas en el extranjero

“Art. 309.—Los agentes diplomáticos y consulares de la República en el extranjero, llevarán un Registro de los nacimientos, matrimonios y defunciones de salvadoreños residentes o transeúntes en los países en que aquéllos estén acreditados; y cada año remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores copia certificada de las partidas que consten en sus libros”.

Este artículo de nuestro Código, reconoce a los agentes diplomáticos y consulares salvadoreños, la misma competencia que las leyes de los países civilizados reconocen a los suyos para recibir, en el lugar donde están acreditados, las actas del estado civil que interesan a sus nacionales.

Dichos agentes hacen, pues, las veces de verdaderos funcionarios del estado aludido, en el lugar donde ejercen sus funciones, y por esa causa las partidas asentadas por ellos, de conformidad con las leyes salvadoreñas, hacen fe del mismo modo que si lo hubieran sido dentro del territorio de la República por los Alcaldes Municipales; y aunque en la disposición que comentamos no se detallan las formalidades que los agentes mencionados deben cumplir al recibirles las declaraciones a las personas comparecientes; es indudable que no pueden ser otras que la exigida en El Salvador.

A pesar de todo, debemos hacer notar la necesidad aun más impériora en el caso que contemplamos,

de que los Registros sean formados en doble original, pues los agentes diplomáticos y consulares referidos muy bien podrían incurrir en alteraciones u omisiones lamentables al proceder a la remisión de la copia de las partidas que consten en sus libros.

Por otra parte, la retención de tan importantes documentos durante el plazo de un año en poder de los susodichos funcionarios, adolece a nuestro juicio de dos inconvenientes principales: 1º no garantiza la veracidad de las actas contra posibles alteraciones posteriores, por negligencia o malicia de parte de los encargados de su custodia; y 2º, impide que sean conocidas sin demora en el domicilio de las personas cuyo estado acreditan.

Con el objeto de obviar dificultades y facilitar en el territorio nacional el conocimiento del estado civil de los ausentes, las leyes de otros países imponen a sus representantes en el extranjero la obligación de remitir copia de las partidas que asientan en sus libros, *inmediatamente* al Ministerio de Relaciones Exteriores, y de enviar al fin de cada año al mismo Ministerio, un ejemplar de cada uno de los Registros, que deben llevar en doble matriz, a fin de poder extender las partidas sin demora a las personas que lo soliciten.

Puede suceder también con mucha frecuencia, que los salvadoreños residentes o transeuntes en país extraño prefieran comparecer ante los encargados de los Registros del lugar donde se encuentran para la inscripción de las partidas a ellos concernientes, y en tal caso es aplicable el principio latino del "*locus regit actum*", admitido por el Derecho Internacional Privado y reconocido por nuestro Código Civil en el artículo 17; pero de la interpretación y alcance de dicho principio preferimos ocuparnos en otra sección de nuestro estudio.

Por ahora nos corresponde decir algo acerca de la necesidad, reconocida en todos los países, de que las actas del estado civil asentadas en sus libros por

funcionarios extranjeros, sean conocidos y puedan ser consultadas en el territorio nacional.

Para obtener este provechoso resultado hay varios procedimientos, de los cuales exponemos algunos a continuación: Uno de ellos lo pone en claro el doctor Héctor David Castro en el trabajo a que ya nos hemos referido anteriormente y consiste: "en que baste la presentación al funcionario diplomático o consular correspondiente, de una certificación auténtica en que conste haberse inscrito en el Registro de la jurisdicción extranjera en que se verificó el nacimiento (o la defunción, agregamos nosotros) los datos necesarios de tal hecho, para que pueda hacerse una inscripción igual en el Registro Civil que llevará la Legación o Consulado".

Las mismas ventajas trae consigo el procedimiento establecido en Francia, de invitar a los nacionales que hubiesen optado por la inscripción de sus actas ante los Registros extranjeros, a transmitir certificación de las mismas, debidamente autenticadas, a los correspondientes funcionarios de los lugares de sus domicilios, para que éstos las copien en sus libros respectivos.

Pero el mejor de todos los medios imaginados y que mayores seguridades ofrece para el fin a que aludimos, es, indiscutiblemente, el de la transmisión internacional de las actas organizado por convenios vigentes en muchos países.

Este sistema de publicidad consiste en el compromiso formal contraído entre dos o más Estados, de remitirse recíprocamente, y en fechas determinadas, las partidas del estado civil que aparezcan en los Registros de las jurisdicciones de su comprensión concernientes a sus súbditos respectivos.

Entre nosotros, no tenemos noticia de que exista alguna ley, procedimiento ni tratado semejante a los indicados en los párrafos precedentes, en virtud del cual, pueda conocerse por cualquiera persona y sin demora ni contratiempos molestos, en el territorio

de la República, el estado civil de los salvadoreños que hubiesen comparecido ante las autoridades de otros Estados para registrar sus partidas, y por esa causa todos los que tienen interés en ellas como medio de prueba, se ven precisados a recurrir a los trámites ordinarios.

Además, según el artículo 309, del que venimos hablando, los representantes salvadoreños en el extranjero tienen facultades para proceder a la celebración de los matrimonios de sus connacionales residentes o transeuntes en el lugar donde ejercen sus funciones y se vuelven incompetentes, de acuerdo con la misma disposición, en los casos de divorcios concernientes a los mismos y en idénticas circunstancias, lo cual no puede menos de ser una anomalía injustificable e inmotivada, dependiente, a nuestro juicio, de un simple olvido del legislador, cuya corrección se hace necesaria por causas fácilmente comprensibles.

## VII

### De la rectificación de las Actas

El procedimiento especial de la rectificación de las actas del estado civil de las personas, es el medio más útil y ventajoso para conseguir el buen funcionamiento de la Institución de los Registros de dicho estado, porque estimula la natural negligencia de los individuos en la observancia de las leyes que a ella atañen, prestando verdaderas seguridades contra la impunidad de quienes las infrinjan, por el control riguroso a que somete las declaraciones no suministradas en tiempo oportuno, proveyendo además a la corrección de las partidas equivocadas, a fin de que éstas no adolezcan de imperfecciones.

Nuestro legislador, quizá por olvido o inadvertencia, o por creerlo innecesario, prefirió guardar silencio acerca de este procedimiento de rectificación, como medio de salvar los errores de las actas, y se contentó con imponerles a los encargados de inscribirlas, una reducida multa por las faltas u omisiones en que incurran cuando, no siendo minuciosamente escrupulosos, se desvíen de la diligencia debida en el desempeño de tan delicado encargo, según el artículo 59 de la Ley del Ramo Municipal formulado de la manera siguiente:

“Cada infracción de las formalidades prescritas para el Registro en los artículos anteriores, será penada con diez pesos de multa, que impondrá la Municipalidad a los encargados de llevar aquél”.

Si dicha infracción trajera consigo daños o perjuicios a los interesados, los funcionarios respectivos quedan estrictamente obligados a responder por ellos, además de incurrir en la multa de que habla el artículo precedente, como puede verse a continuación:

Art. 310.—Todos los encargados de llevar los libros del registro civil serán responsables de los daños y perjuicios que se sigan a los interesados por la omisión de algunas partidas que haya debido consignarse o por no asentarla en la forma debida.”

Ahora bien, las faltas u omisiones de estos documentos pueden provenir, en primer término, de actos meramente inconscientes, debidos a la casualidad y por pura inadvertencia de los depositarios de los Registros, pero aun cuando eso suceda, éstos no quedan exentos de las responsabilidades legales, como muy claramente nos lo hace ver el legislador en la disposición citada. Esta severidad parece a primera vista excesiva y no del todo conforme con los principios de la sana justicia, si se toma en cuenta que todos nos hallamos expuestos a cometer yerros, aun cuando tratamos de administrar nuestros propios asuntos, pero las dudas se desvanecen y la prevención de la ley se vuelve justificable y racional, al reflexionar que sin esta conminación los intereses sociales se verían constantemente amenazados de perjudicarse, porque entonces dichos funcionarios darían rienda suelta a su negligencia, a sabiendas de que en todo caso podrían librarse de sus descuidos, alegando en su favor la más completa inculpabilidad o inocencia de las equivocaciones u omisiones de las actas, pudiendo llegar su osadía hasta achacar todas las responsabilidades a los mismos encargados de suministrarles los datos para los asientos.

Por otra parte, las imperfecciones de que hablamos, bien pudieran ser motivadas por la voluntad reflexiva o las intenciones criminosas de los mismos que inscriben las partidas, cuando éstos, abusando de la confianza que el legislador deposita en ellos, fal-

taran a su deber en provecho de sus intereses personales, o convirtiéndose en viles instrumentos de manejos indecorosos, secundando los deseos de otros que persiguieran los mismos fines, en cuyo caso el Código Penal tomando cartas en el asunto, les pedirá cuenta de su incorrecto proceder infligiéndoles las penas de seis años de presidio, multa de quinientos pesos e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, con las cuales castiga al funcionario público que abusando de su oficio cometiere falsedad; ya contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica; suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido; atribuyendo a los que han intervenido en él, declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieren hecho, alterando las fechas verdaderas, y en otros casos semejantes.

\*  
\* \* \*

Ahora bien; tanto cuando las imperfecciones de las actas son voluntarias o intencionales, como cuando dependen de la negligencia, descuido o inadvertencia de los depositarios de los Registros, resulta que éstas quedan siempre defectuosas, lo cual en muchos casos puede acarrear contratiempos y molestias a los interesados, aunque no sean nulas, como lo previene la Ley del Ramo Municipal.

Esto, sin embargo, es hasta cierto punto de poca importancia ante la falta de previsión de parte del legislador, para con los que quisieran burlar las aspiraciones de la ley en provecho de sus intereses personales; lo cual a continuación esclarecemos en pocas palabras.

Según vimos al estudiar los Registros de nacimientos, el artículo 311 fija como plazo máximo para que las personas designadas pongan en conocimiento del funcionario respectivo las señales requeridas, el de quince días; so pena de incurrir "en una multa que no bajará de cinco pesos ni excederá de veinti-

cinco, aplicables gubernativamente por el alcalde respectivo" (Art. 336 C.); pero no ordena a dichos alcaldes que se opondan a la inscripción de las partidas, denegándolas, por causa del retardo, lo cual quiere decir indudablemente, que en nuestros Registros del Estado Civil se permite sean recibidas sin formalidades de ningún género las declaraciones tardías, no obstante que es justo sospechar de la certeza de las mismas por haberse dejado transcurrir el término que se ha creído prudencial para su asiento.

Volviendo a referirnos al trabajo del doctor Héctor David Castro, notamos que en la sección dedicada por él a la crítica de las partidas inscritas después del término legal, prevé el caso de retardo, tratándose de las de fallecimientos, para lo cual se basa en el artículo 318 del Código Civil y no el 61 de la Ley del Ramo Municipal; pero como ya expusimos nuestra opinión acerca de la inteligencia de ambas disposiciones, nos resta sólo agregar que el descuido de los llamados a suministrar los datos para el asiento de las partidas de defunción lo creemos imposible, siempre que los encargados de los cementerios para permitir las inhumaciones exijan "una boleta firmada por el Secretario Municipal en que conste estar *asentada la partida correspondiente*", acatando lo mandado por el artículo 61 de la ley orgánica citada, pues en todo caso la regla jurídica especial prevalece sobre la general. (Art. 4 C.)

Las de matrimonios, también es difícil que se queden sin inscribir donde corresponde, por ser el mismo Alcalde en cumplimiento de su obligación quien debe proceder a hacerlo, tomando los datos del acta respectiva de celebración. (Art. 316 C.)

Los mayores contratiempos surgirán atendiendo a la denuncia del estado civil de los recién nacidos, pues es entonces cuando por malicia o negligencia se facilita dejar transcurrir el plazo legal de información, pudiendo traer consigo dicho aplazamiento consecuencias perniciosas, difíciles de reparar. En otros

países se ha proveído a este respecto, que como no es conveniente dejar a los depositarios de los Registros que aprecien por sí mismos, la veracidad de las declaraciones retrasadas, porque se les convertiría en jueces sobre si deben admitirlas a rechazarlas es preciso someter a los infractores a ciertos trámites que podíamos llamar molestos pero al mismo tiempo necesarios en pro del buen nombre y de los intereses sociales consistentes en obligarlos a solicitar por escrito ante el Juez de Primera Instancia competente, la inscripción de las partidas, exponiendo las causas de no haberlo hecho en tiempo oportuno y ofreciendo prueba testifical acerca del lugar, día y hora del alumbramiento, así como también sobre la filiación del recién nacido, con lo cual dicho Juez sigue una investigación minuciosa para asegurarse, por medio de la prueba que presenten los peticionarios, de la certeza de los hechos, y según el resultado de aquélla accede o no a la solicitud según proceda, debiendo en el primer caso remitirse la sentencia dictada al encargado de los Registros del domicilio del recién nacido, quien deberá trasladarla al libro correspondiente para que dicha sentencia haga veces de partida de nacimiento, en sustitución del acta inscrita siguiendo los trámites ordinarios.

La disquisición sobre el estado civil de los recién nacidos que acabamos de bosquejar, es un preventivo eficaz contra cualquiera superchería maliciosa, puesto que bien fácilmente podría ser descubierta, siendo innegable que no se despiertan los mismos temores en quienes pretendiesen burlar los buenos deses de la ley, conminándolos con una simple multa como entre nosotros.

Creemos ocioso prodigar más razones de buen sentido para poner en claro el error palmario de nuestro legislador al permitir que en los Registros del estado civil se reciban declaraciones tardías, sin reservas de ninguna clase, que en muchos casos servirían para frustrar los proyectos inícuos de los parti-

culares, y por lo mismo pasamos a enumerar los casos en que debe procederse a la rectificación de las actas propiamente dicha, a diferencia de la inscripción que debe ser denegada y a la cual nos referimos en los párrafos precedentes.

Cuando los Alcaldes no han terminado de asentar las actas e incurrir en leves equivocaciones de redacción, se admite por los publicistas de la materia que pueden ser ventajosamente corregidas por ellos, teniendo siempre cuidado de salvar al final las enmendaduras, testaduras o enterrerrenglonaduras que no les haya sido posible evitar al recibir los datos; pero una vez que las hubiesen firmado, si aun quedasen errores o alteraciones por corregir, las leyes de otros países, en vez de establecer que "éstos no producen nulidad" de las partidas, como entre nosotros (inciso segundo, Art. 58 L. del R. M.), mandan que se proceda a su rectificación, lo cual puede tener lugar en los casos siguientes: 1º cuando existieren errores en las actas, como si en una de nacimiento se hiciese aparecer a un recién nacido con un nombre o sexo distinto de los suyos propios; 2º en los casos de omisiones de uno o más datos que hayan debido consignarse, como si no se pusieran en el acta respectiva el día en que se verificó un nacimiento, o los nombres y apellidos de la esposa o padre de una persona fallecida, si aquélla fuese de defunción; 3º cuando se exige comparecencia de testigos, el no haberse asentado la partida delante de éstos; 4º cuando el encargado de recibirlos se niega a hacerlo, o en otros semejantes que puedan presentarse.

El procedimiento de enmienda de dichas actas es semejante al observado cuando se trata de la omisión de las mismas, con la pequeña diferencia en cuanto a la inscripción, de que entonces es necesario escribir al margen del Acta corregida una razón en que conste haberse cumplido con dicho requisito.

La extensión y límites de nuestro trabajo no nos permiten detenernos en detalles y explicaciones inne-

cesarios sobre la materia, por lo cual nos contentamos con haber puesto en claro que el sistema de las multas vigente entre nosotros, no es el más adecuado para conseguir los resultados satisfactorios que de él se esperan, pues tienen los inconvenientes de dejar las actas siempre defectuosas, y no impide los fraudes que cualquier interesado quisiese cometer a sabiendas de que sus proyectos están a salvo de inquisiciones molestas y peligrosas, por falta de previsión y vigilancia de parte de la ley.



## VIII

### Valor probatorio de las Actas

Antes de estudiar las actas del estado civil, que son el blanco de nuestra atención y objeto de nuestro estudio, desde el punto de vista de su valor probatorio, cuando han sido inscritas con las formalidades necesarias en los Registros destinados al efecto por las leyes salvadoreñas, haremos algunas referencias acerca de los requisitos de los cuales deben hallarse revestidas las asentadas en el extranjero ante los funcionarios competentes, para que cuando hayan de surtir sus efectos en El Salvador, pueda dárseles por los tribunales del país el grado de fe que merecen, acatando el principio latino del "*locus regit actum*", reconocido por el Derecho Internacional Privado.

De acuerdo con dicho principio, todo acto relativo al estado civil de una persona puede y debe ser probado en El Salvador, del mismo modo que podría y debería serlo en el lugar donde fueron recibidas las actas que lo acreditan, para lo cual basta que reúnan todas las condiciones de forma exigidas por la ley del país de donde provienen, según lo establece nuestro Código Civil en el inciso primero del artículo 17, concebido en los términos siguientes:

"La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados".  
"Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimientos".

Aplicando lo expuesto a las actas de nacimientos

y defunciones acaecidos fuera de El Salvador, llegamos a la conclusión de que si en el país donde tuvieron lugar los hechos relacionados solamente se exigieron declaraciones de testigos para comprobarlos, sin un principio de prueba por escrito, ese mismo procedimiento tiene que ser aceptado por nuestros tribunales, y no podría denegarse sin infringir la regla jurídica universalmente aceptada, de la cual hemos hecho mérito en los párrafos preinsertos.

Lo mismo debemos decir si en el país extranjero fuere un acta de bautismo el medio legal de comprobación a propósito de nacimientos, o una simple constancia del enterramiento del cadáver, tratándose de defunciones.

Como una consecuencia de lo que llevamos explicado, los medios de suplir la prueba regular de las partidas cuando éstas falten, no pueden ser otros que los establecidos en el lugar donde se verificaron los hechos, no pudiendo por lo mismo ser rechazados en el país en que hayan de producir sus efectos, sin atacar injustamente con la evasiva la costumbre observada en todas las naciones cultas, por razones de mutua conveniencia y en provecho de los intereses comunes.

En cuanto a los matrimonios de salvadoreños celebrados en idénticas circunstancias a las expresadas en los párrafos precedentes, se hace necesario, con el fin de determinar la apreciación de la validez del cambio de estado de los contrayentes, tomar en consideración como lo hacen todas las legislaciones de los Estados civilizados, dos clases de condiciones, a saber: las de fondo y las de forma.

Las primeras se refieren a la capacidad requerida por aquéllos de acuerdo con su estatuto personal, que siempre los acompaña, cualquiera que sea el lugar donde residan o tengan su domicilio o residencia, según lo prescribe el artículo 15 de nuestro Código Civil.

De conformidad, pues, con este principio de jurisprudencia universal, para que el matrimonio de los

salvadoreños celebrado en país extraño pueda reputarse como válido en El Salvador, es necesario que quienes lo contrajeron se hayan sujetado a la observancia de los requisitos relativos a la edad, parentesco, necesidad del consentimiento, etc., sin los cuales no sería lógico negar que no puede considerárseles como revestidos de existencia jurídica por los tribunales de la República, cuando hayan de surtir sus efectos entre nosotros, lo cual se desprende del artículo 116 de nuestra ley sustantiva, que literalmente dice:

“Art. 116.—El matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, o a las leyes salvadoreñas, producirá en El Salvador los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio salvadoreño”.

“Sin embargo, si un salvadoreño o salvadoreña contrajere matrimonio en país extranjero contraviendo de algún modo a las leyes salvadoreñas, la contravención producirá en El Salvador los mismos efectos que si se hubiese cometido en El Salvador”.

La contravención a que alude el inciso segundo de la regla jurídica anterior, repetimos, es relativa a la capacidad legal de los contrayentes, y no comprende en modo alguno las ceremonias que acompañan a la celebración del matrimonio, puesto que éstas constituyen las solemnidades de forma, las cuales deben ajustarse al susodicho principio del “*locus regit actum*”, de cuya aplicación resulta que no puede reputarse sin valor legal ante nosotros el matrimonio que se haya celebrado sin observar verdaderas solemnidades conforme a la ley del lugar donde tuvo verificativo.

A los divorcios de salvadoreños a salvadoreñas en país extranjero, es aplicable lo dicho acerca de los matrimonios celebrados en las mismas circunstancias, tanto en lo relativo a las solemnidades de forma como las de fondo. Para la mejor inteligencia de estas últimas copiamos a continuación lo que muy acertadamente dice al respecto el Dr. Héctor David Castro,

a quien varias veces nos hemos referido en el curso de nuestro trabajo...

“Para que un divorcio de salvadoreño o salvadoreño tenga valor legal en nuestra República, habiendo sido pronunciado en el extranjero, se necesitan varias condiciones esenciales. La primera se deduce de la doctrina del artículo 116 de nuestro Código Civil y consiste en que el matrimonio cuyo vínculo se disuelve haya podido tener valor legal en El Salvador, sin cuya circunstancia el divorcio sería un acto ineficaz proque rompería un vínculo cuya existencia jurídica no reconocen nuestras leyes ni los preceptos del Derecho Internacional Privado. Se requiere, además, que el divorcio haya sido fundado en una de las causales que admite nuestra Legislación, pues de otro modo conforme a nuestro Derecho se entendería que quedaba subsistente el vínculo matrimonial, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado corroborados, aunque no de manera muy clara, por el Art. 170 de nuestro Código Civil.

Terminado ya lo relativo a los cambios del estado civil de las personas cuando los actos que lo acreditan han sido recibidos por las autoridades extranjeras, pasamos a estudiar dichos actos desde el punto de vista de su fuerza probatoria cuando son tomadas de nuestros propios Registros y hayan de surtir sus efectos en El Salvador.

A este respecto prescribe nuestro legislador que las diferentes modificaciones de la calidad especial de un individuo que forma su estado civil, deberán probarse con las respectivas partidas de nacimientos, matrimonios, defunciones y divorcios, lo cual quiere decir que dichas partidas constituyen el medio de prueba ordinario y normal de los hechos cuya existencia garantizan, teniendo además el carácter de verdaderos documentos auténticos, desde el momento que es un funcionario público quien los autoriza invistiéndolos con su firma de una autoridad propia e independiente de los Registros de los cuales han

sido extractados, y por lo tanto los terceros a quienes se opongán estos extractos llenando las condiciones de ley, no pueden exigir la presentación de los libros originales.

“Art. 323.—Se presumirán la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en la forma debida”.

La interpretación del precepto anterior no ofrece ninguna dificultad, puesto que comprende términos ya expresamente definidos por la ley misma, como puede verse a continuación en el inciso 2º del Artículo 176.

“La forma se refiere a las solemnidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales documentos se expresa”.

El espíritu de los anteriores conceptos podemos explicarlo diciendo: que nuestros tribunales reconocerán toda su validez a las certificaciones de las partidas, cuando éstas contengan ni más ni menos de lo que los funcionarios competentes declaran haber oído y entendido, para lo cual la ley presume la buena fe de dichos funcionarios en el estricto cumplimiento de las obligaciones que ella les impone. Por este motivo, nadie que pretenda impugnar las actas por defectos en su forma, alegando contra su autenticidad, puede hacerlo sin atacar la veracidad de quienes las autorizan.

Como ejemplo de actas defectuosas en la forma, podemos citar las que contengan equivocaciones en cuanto al día u hora de su asiento, o alteraciones respecto de la edad y sexo de la persona a que se refieran, así como también las inscritas sin la presencia de testigos, cuando se exige dicho requisito.

“Art. 324.—Podrán rechazarse los antedichos documentos, aun cuando conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretenda aplicar”.

Según este artículo, las actas pueden, además, impugnarse lícitamente por falta de identidad personal, lo cual puede acontecer perfectamente cuando los interesados se hayan valido de una suplantación para cometer un delito o satisfacer sus ambiciones de lucro mediante precio, promesa o recompensa, acarreando perjuicios a terceros.

La superchería en tales circunstancias podría volverse dificultosa y hasta imposible con sólo imponer a los alcaldes como hicimos observar desde un principio, la obligación de apersonarse en el lugar donde se verificaron los hechos, para que estos les constaran no solamente de oídas sino también de vista.

“Art. 325.—Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes.

“Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata”.

Nada más razonable y conforme con la naturaleza de los seres, que lo establecido por esta disposición legal de nuestro Código, pues a nadie se oculta que los funcionarios encargados de recibir las declaraciones prestadas por los comparecientes, según los casos, están en la imposibilidad de penetrar los pensamientos de éstos, y por lo mismo son impotentes para deslindar, ni aun en lo más pequeño, lo verdadero de lo falso en las deposiciones de los mismos, cuando no se cercioren por sí de la realidad de los hechos. Limitada la esfera de su actividad y restringidos en el radio de su acción, se ven obligados a enterarse de los sucesos solamente escuchando a las personas que les suministren los datos conforme a los preceptos legales, viniendo a ser las actas, por decirlo así, un retrato fiel y exacto de las declaraciones de dichas personas, quienes muy bien pueden forjar mentiras, según los móviles que las guíen, en provecho de sus medros personales.

## IX

### Prueba Supletoria de las Actas

“Art. 326.—La falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas por la notoria posesión de ese estado civil”.

La regla jurídica precedente deja a salvo los derechos de los particulares, permitiéndoles que puedan rehabilitar su estado civil cuando no existan las actas representativas del mismo. La falta de los referidos documentos, como literalmente dice el artículo citado, puede acontecer de varios modos: 1º—cuando no se hayan consignado donde corresponde, ya por culpa de los interesados o bien de los depositarios de los Registros; 2º—a causa de su destrucción, motivada por caso fortuito, como lo sería una inundación o incendio, etc., y 3º—siempre que los originales se vuelvan ilegibles por cualquier motivo. Es obvio que quienes se vean en la necesidad de gozar de esta prerrogativa, deben comprobar previamente la inexistencia de dichos documentos, sin embargo de que nuestro legislador no hizo ninguna prevención para cuando los mismos interesados fueren los causantes de la destrucción o pérdida de las partidas, como puede verse en otras legislaciones que castigan a los culpables privándolos de disfrutar de dicho privilegio.

Por otra parte, el artículo que examinamos exige

para suplir la prueba regular de los hechos constitutivos del estado civil, documentos *auténticos* o declaraciones de testigos *presenciales* de los mismos, a diferencia del Código Civil Francés, que en tal caso admite toda clase de documentos, aunque no sean auténticos y declaraciones de testigos, aunque no sean presenciales, por lo cual pueden los interesados valerse, cuando la ocasión lo requiera, de escritos emanados de sus parientes o de actas de bautismo así como también de los registros llevados en ciertos establecimientos públicos, como hospitales, cárceles, etc.

El señor don Jacinto Chacón, en sus comentarios al Código Civil Chileno, explica los resultados que de la observancia de estos dos sistemas se derivan diciendo: que el francés, al llamar a toda clase de testigos para la prueba supletoria, tiende antes que a establecer la partida a reconstituir el estado; y el nuestro, por el contrario, llamando únicamente a los presenciales, tiende antes que a reconstituir el estado, a restaurar el título que lo acredita.

Las desventajas del Código francés acerca de este punto son pues manifiestas, y el citado civilista las pone en claro, expresándose de la manera siguiente:

“Admitiendo como principio de prueba escritos privados fáciles de fraguar y toda clase de testigos fuera de los presenciales, se da al fraude estímulos para intentar la acción y facilidades de éxito”.

Como ejemplo de legislación que no admite las pruebas documentales o testificales cuando la falta, pérdida o destrucción de las actas hayan provenido por dolo del demandante, podemos citar la italiana, que para asegurar la veracidad de las inscripciones y precaverse contra fraudes, dispone que haya un encargado de inspeccionar los libros de Registro en los primeros quince días de los meses de Enero, Mayo y Septiembre, para comprobar, primero, si se llevan con regularidad y exactitud; segundo, si las actas están inscritas en los originales y en general si han

observado las reglas establecidas por la ley para su asiento teniendo el cuidado de levantar un acta del resultado de cada inspección, que deberá ser firmada por dicho encargado de visar los libros y el funcionario respectivo. Si se notaren vacíos en las inscripciones, la ley provee al interés particular, estableciendo que se repongan las actas destruidas, omitidas o perdidas, o bien que se supla su falta.

Volviendo a nuestro artículo 326, vemos que establece otro medio de prueba supletoria, cuando sucede que no existen documentos auténticos ni hay testigos presenciales para llenar la falta de las partidas regulares, que consiste en la posesión notoria del estado civil de los peticionarios, cuya definición nos la da el legislador en los artículos siguientes, según se trata de restablecer la prueba del estado matrimonial o la calidad de hijo legítimo o ilegítimo.

“Art. 327.—La posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general”.

“Art. 328.—La posesión notoria del estado de hijo legítimo e ilegítimo, consiste en que los padres del primero o la madre del segundo le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio hayan reconocido aquel estado”.

La condición esencial para estar en aptitud de reclamar el reconocimiento de esta posesión, la determina la ley de la manera siguiente:

“Art. 329.—Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos”.

Comentando el presente artículo, el señor Chacón se expresa en los siguientes términos:

“En esta fijación de tiempo hay, sin embargo, sus inconvenientes, pues si un hijo tratado como tal en la familia, durante toda su vida, no tiene a la fecha del juicio posesorio, sino nueve años de edad, no sería amparado por no tener diez años de posesión. Antes de suponer tal absurdo en la ley, debemos creer que ella, al fijar diez años a la posesión, ha supuesto fácilmente posible el lapso de ese tiempo. De todos modos convendría que una ley interpretativa fijase la inteligencia del Código en este punto”.

“Peligros de esta naturaleza indujeron, sin duda, a los redactores del Código Francés, a no fijar término alguno y a dejar a la prudencia de los tribunales, apreciar, según las circunstancias, el tiempo en que la posesión se hallare constituida”.

Así, pues, según nuestro Código, tres son los hechos que deberán probarse para establecer la posesión de estado: el tratamiento, su notoriedad o fama y un goce continuado por diez años.

Todos estos hechos deberán probarse según el artículo 330. Dicho artículo está concebido así:

“Art. 330.—La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezca de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro o registro, en que debiera encontrarse”.

No obstante lo dicho, puede suceder que no sea posible suplir la partida de nacimiento y por tal motivo la ley, reconociendo la importancia de la edad, determina el medio de calificarla como puede verse a continuación:

“Art. 331.—Cuando fuere necesario calificar la edad de un individuo, para la ejecución de actos o ejercicios de cargos que requieran cierta edad, y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones, que fijen la época de su nacimiento, se le

atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que comparecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo”.

El Juez, para establecer la edad, oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas”.

Para finalizar el tratado de la prueba supletoria de las actas, hemos creído conducente exponer algunos conceptos que externa un tratadista de la materia acerca de dicha prueba, por lo tocante al matrimonio y en especial sobre la posesión de estado del mismo.

El tratadista al cual nos referimos, en sus comentarios al Código Civil Francés, se expresa diciendo que por ser el acta de matrimonio el medio de prueba regular y normal de su celebración, no podrá en ningún caso suplirse: 1º por la prueba de una promesa de matrimonio, cualquiera que sea la solemnidad con que se le haya revestido; 2º ni por la constancia de las publicaciones que han sido hechas, porque solamente anuncian un proyecto que ha podido ser abandonado; 3º ni por la presentación de un contrato matrimonial porque muy bien ha podido no realizarse; 4º ni por el acta de celebración de un matrimonio religioso porque el sacerdote que dió la bendición a los contrayentes ha podido prestarse a esta celebración antes que se haya efectuado la del civil; y 5º ni por la *posesión del estado*, porque ésta tiene su origen en la situación personal de los interesados. Su familia y el público, agrega, no los han tratado como esposos más que porque ellos exteriormente lo han hecho así, siendo por lo mismo imprudente dar a esta posesión de estado la fuerza de suplir el acta respectiva, porque suministra medios a los esposos de suplantar su verdadero estado y deja ancho campo al concubinage, sobre todo en las ciudades populosas donde con facilidad se pueden usurpar los derechos de unión legítima. No se debe tomar en materia tan grave el renombre como juez y el rumor público como testigo.

Como se ve, en Francia no se admite como prueba supletoria de la celebración del matrimonio la posesión de estado del mismo, pero sí es permitido alegar dicha posesión cuando concurre juntamente con el acta respectiva, aunque carezca de valor por sus irregularidades, a propósito de lo cual, el aludido civilista, se expresa así: “estos dos medios de prueba tomados aisladamente son insuficientes; pero los vicios del acta no deben importar en presencia del espontáneo consentimiento de los contrayentes”.

Sin embargo de lo dicho, el Código Francés hace una salvedad acerca de dicha posesión notoria en favor de los hijos legítimos de los contrayentes, lo cual esclarece el susodicho tratadista en los términos siguientes: “Cuando existan hijos nacidos de personas que han vivido públicamente como marido y mujer, la legitimidad de éstos no podrá ser impugnada bajo el pretexto de la no presentación del acta respectiva, siempre que esta legitimidad esté probada por una posesión de estado, no contradicha por el acta de nacimiento”.

## Anotaciones Marginales

El único artículo de nuestro Código Civil que hace referencia a esta importante y utilísima materia, es el 175 que copiamos a continuación:

“El tribunal que pronuncie la sentencia de nulidad que cause ejecutoria dará aviso al Gobernador o Alcalde que hubiese autorizado el matrimonio, para que éste lo anote *al margen* de la correspondiente partida”.

Por lo demás, guarda completo silencio a este respecto, de lo cual resulta que no se hace ninguna mención al margen de la partida de nacimiento en los casos de legitimación, reconocimiento de hijos naturales, ni, en general, de todas aquellas circunstancias que modifican la capacidad de una persona. El gran defecto de esta insuficiencia se comprende si consideramos que sin la implantación del sistema de las anotaciones marginales, las actas del estado civil de un individuo se hallan sin conexión entre sí. esparcidas en Registros situados en lugares diferentes y permaneciendo por lo mismo muertas y guardando su secreto para todos aquellos que ignoran su paradero, sin saber donde se encuentran. Este inconveniente ha sugerido a muchos hombres de ciencia la idea de consignar en un lugar único todo lo relativo a la condición civil de una persona, sea en cuanto a su estado o ya en cuanto a su capacidad, llegando a la conclusión de que dicho lugar deberá ser aquel

donde se encuentra inscrita la partida de nacimiento, por haberse señalado allí el primer acto que da origen a los otros mencionados, teniendo el cuidado de hacer la consignación de dichos cambios en cuadro especial anexionado a la partida respectiva para que, de ese modo, convergiendo todos a un mismo Registro, fuera fácil, en cualquier tiempo, informarse de la exacta condición civil de las personas.

Estos hechos modificativos de la capacidad legal individual, son todos aquellos que deberían inscribirse al margen del acta de nacimiento; a saber: reconocimiento de hijos naturales, matrimonio, divorcio, nacionalidad, interdicción, rehabilitación etc.

En la mayoría de las legislaciones sin embargo de las múltiples ventajas que reporta la implantación de este sistema de publicidad de todos esos hechos, no se ha llevado a cabo sino solamente respecto de algunos de ellos, dejándo los más ignorados de la colectividad, y es por eso innegable que se impone como necesaria una reforma radical en el sentido indicado, principalmente entre nosotros, que no podemos gloriarnos de la excelencia de nuestra Institución del Registro Civil.

✱  
✱ \*

## La Estadística Administrativa y la Institución del Registro Civil

La ciencia estadística como estudio de los hechos sociales por excelencia, sirve de ayuda imprescindible y necesaria a la Administración del Estado. Ambas se hallan íntimamente compenetradas y en estrecha relación desde el momento que los servicios de esta última están supeditados a las investigaciones de aquella, para las cuales emplea dicha ciencia, como más propio y adecuado, el método de observación, y sus resultados se traducen en expresiones numéricas o cifras, hasta el punto que se ha llegado a definirla como "el estudio numérico de los hechos sociales".

"La Estadística como obra real, dice don Adolfo Posada, se reputa una función esencial indispensable para la vida del Estado".

Como objeto primordial de las investigaciones estadístico-administrativas, podemos citar como de capital importancia el relativo a la población, por lo cual los autores le dan preferente lugar en el campo de sus estudios. Este elemento personal del Estado, cuyos problemas interesan, en cuanto es un factor indispensable de las operaciones administrativas, puede tratarse desde muchos puntos de vista, por los diversos problemas que abarca el exacto conocimiento de sus factores, (tomando el término población como un conjunto de personas que habitan en un espacio determinado de territorio), la cual, considerada como objeto de conocimiento reflexivo, da origen a una ciencia especial denominada Demografía que determi-

na, según un autor, los principios generales a que su formación obedece, las leyes de su crecimiento o disminución y las consecuencias que de aquí nacen para el Estado.

A la administración pública solamente le corresponde examinar, valiéndose de la Estadística, la composición de la población y su movimiento, o sean los dos aspectos que esta puede presentar: el estático y el dinámico. El primero, que es el que a nosotros nos interesa para nuestro asunto, "pide una descripción de la misma en todos sus elementos, la cual se obtiene por los censos", que vienen a ser la más importante de todas las operaciones estadísticas, para cuya organización y exactitud se requieren muchas condiciones de elaboración, las cuales no nos corresponde examinar aquí.

Entre los datos que deben contener los censos, merece especial mención por su importancia, el relativo al estado civil de las personas, lo cual ha hecho decir a un tratadista de la materia, para poner de relieve su utilidad y necesidad, que en los países donde no existen los llamados Registros de la población, para fijar ésta de manera bastante aproximada, se puede aplicar el cálculo y llegar a obtener un resultado muy satisfactorio atendiendo *al exceso de los nacimientos sobre las defunciones; a los coeficientes de natalidad, nupcialidad y mortalidad* del municipio de cada región, proporcionalmente a la población anterior y al número de los nacimientos y defunciones en períodos anteriores a los censos.

Tratando del estado civil de las personas, como uno de los datos que exigen para la formación de los últimos, don Adolfo Posada se expresa de la manera siguiente:

"Las indicaciones de éste entrañan características de la población de índole ética y social. Los datos del estado civil, que implican si la persona es soltera, casada, viuda o si está separada, entrañan una importancia grande en el respecto administrativo,

en cuanto revelan una diferenciación social de la población, la importancia del elemento doméstico, ciertas tendencias éticas y las condiciones generales del normal desarrollo o decrecimiento de aquella. Las operaciones estadísticas se encaminan en este caso a consignar: 1º el número de solteros, casados, viudos y divorciados; 2º número de cada uno de éstos con relación al sexo; 3º número de solteros y casados, viudos y divorciados, a partir de la edad matrimonial, 4º número de viudos según la edad y dada la edad, según el sexo; 5º edad predominante en el matrimonio en varones y en mujeres. La revelación que la Administración de la estadística busca por el cálculo del estado civil, es la de la diferencia que se acusa entre los solteros y los casados; y ésto: 1º en cuanto el aumento o disminución de los matrimonios indica: a) el estado económico del país; b) en parte el criterio moral de las gentes; c) la condición positiva o negativa del aumento de población; y 2º en cuanto tal disposición es necesaria para la buena ordenación de determinados servicios políticos”.

En las líneas preinsertas, sintetiza el señor Posada, clara y explícitamente todo lo que puede decirse acerca de los servicios que la Institución del Registro Civil presta a la colectividad por medio de la Estadística Administrativa, y en esa virtud procuraremos abreviar nuestra labor agregando con el citado tratadista que las indicaciones que el Estado necesita saber a propósito de las diferentes facetas de dicho estado son: 1º tratándose de los matrimonios, la frecuencia con que se celebran; la relación del matrimonio con el estado civil de los esposos; el matrimonio según la edad de los contrayentes; la fecundidad de las uniones; su duración y cómo se disuelven.

Acerca de los nacimientos, como fuente de su elemento personal, el Estado pide a la Administración que los inscriba circunstanciadamente y que los clasifique según los sexos de los recién nacidos; según su origen (legítimos, ilegítimos, expósitos), y su ano-

tación por día, mes y año, distinguiendo según haya o no nacido viva la prole.

Por último, pasando a las defunciones, como la contraindicación necesaria de los nacimientos, se pueden enumerar como las operaciones más importantes que la Administración verifica respecto de ellas. 1º su registro por día, mes y año; 2º sus causas y circunstancias; 3º relación de los muertos con el número total de habitantes; 4º relación de los mismos con el número de los nacimientos; 5º número de muertos con respecto a la edad, al sexo, a las estaciones, a las enfermedades. Todos estos datos son necesarios a fin de investigar las causas probables de las defunciones reinantes, para ver si es posible o no que sean evitadas; el término medio de la duración de la vida; si hay exceso o no de fallecimientos, y por último si aumenta la población, está estacionaria o disminuye.

Debemos reconocer que en El Salvador el servicio estadístico del estado civil tanto como los demás, está bastante bien servido y haciendo justicia a nuestra Oficina del ramo, vemos con placer que los resultados y conclusiones que figuran en los anuarios como órganos de publicidad de dicho centro, honran a sus colaboradores, pues están en un todo conformes y en perfecta armonía con las enseñanzas de la ciencia, lo cual revela que los trabajos se practican de manera diligente y cuidadosa.

Tenemos en primer término como medio de información del movimiento de dicho estado; los diarios de empresas particulares, que publican detalles de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos durante el día, pero bien visto esta publicación no merece mencionarse, pues únicamente se circunscribe a la capital de la República. En segundo lugar, figura como órgano de información del estado civil, el periódico oficial del Gobierno, de conformidad con el siguiente artículo del Código Civil.

"Art. 308.—Todo alcalde está obligado a pasar al

governador del departamento el día último de cada mes, un estado que indique el número de matrimonios, y el de los nacidos y muertos con separación de sexos, que haya registrado dentro del mes. El Gobernador con presencia de estos estados formará otro en los primeros quince días de cada año para remitirlo al Gobierno, que comprenda los nacidos y muertos y los matrimonios habidos durante el año transcurrido, en cada una de las poblaciones del departamento”.

“En el Ministerio de Gobernación se formará el estado general que abrace la República y se publicará en el periódico oficial del Gobierno”.

A esta disposición tenemos que objetar el haberse omitido en ella la consignación del número de los divorcios, como si los depositarios de los Registros no estuvieran obligados a anotarlos, o no merecieran publicarse, así como los matrimonios, nacimientos y defunciones.

Sin embargo, en la Ley del Ramo Municipal encontramos rectificada la omisión según lo previene el artículo que copiamos en seguida:

“Art. 60.—El último día del año, se pondrá, en cada uno de estos libros y a continuación de la última partida, el número total de ellas, debiendo ser firmada esta razón por la Municipalidad y Secretario, y transcrita inmediatamente a la Gobernación del Departamento, acompañada de un cuadro general que comprenda el movimiento del Registro Civil durante el año”.

Analizando las disposiciones citadas, a primera vista se descubre que el sistema de recolección y publicidad de los datos establecido por ellas, es defectuoso e insuficiente, pues los resultados que con él se obtienen, aunque sean exactos, no satisfacen ni siquiera la curiosidad de los menos exigentes sobre la materia, no digo ya las necesidades de las operaciones administrativas, para convencerse de lo cual basta fijarse en que únicamente se pide a los alcaldes

en sus informes que anoten la separación por sexos de los casados, nacidos y muertos durante el mes o año, incluyendo los divorciados.

Para cerciorarnos del adelanto de nuestro movimiento demográfico en toda la República durante el año, tenemos que recurrir a los anuarios estadísticos que publica la Oficina del ramo, a la cual nos hemos referido antes, para ver en ellos una serie de cuadros que dan idea exacta y detallada de todo cuanto a la población se refiere e interesa a la colectividad.

Damos por terminado el presente estudio sin abrigar la menor duda de que está desprovisto de las sobresalientes cualidades que adornan un trabajo metódico, sustancial y sistemático, como lo sería el elaborado por personas versadas en el asunto. Ningún mérito descubrimos en él, y muy al contrario, somos los primeros en reconocer que está plagado de numerosos defectos, desde cualquier punto de vista que se le examine, pero no por eso dejamos de sentir satisfacción de haberlo llevado a cabo, aunque no como lo concebimos en un principio. Viene a ser, de esa manera, un modesto ensayo estudiantil, que llevando impreso el sello del esfuerzo, a no dudarlo nos será útil y provechoso para nuestros estudios ulteriores sobre la ciencia.

LICURGO.

San Salvador, 1918.

**SITUACION  
DE LOS MENORES ANTE  
LA LEGISLACION CIVIL  
SALVADOREÑA**



**Párrafo de la Memoria de la Universidad  
Nacional del año de 1919, alusivo a la  
adjudicación del premio "Isidro Menéndez"**

"Para el certamen de conferencias estudiantiles de la Escuela de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, se dió como tema: *"Situación de los Menores ante la Legislación Civil Salvadoreña"*. Se presentaron trabajos muy interesantes. El tribunal calificador, apreciando la bondad de todos ellos, estimó digna de recompensa la obra firmada con el seudónimo "Justiniano". A su autor, don Alirio Augusto Castro, corresponde el premio "Isidro Menéndez".



## DEDICATORIA

Próximo a terminar mis estudios profesionales, dedico esta conferencia a mi padre Doctor y General José Ignacio Castro, como anticipada recompensa a sus esfuerzos por mi educación.

A. A. C.



# SITUACION DE LOS MENORES ANTE LA LEGISLACION CIVIL SALVADOREÑA

## Introducción

Iniciados apenas en los estudios de la valiosa cuanto difícil ciencia del Derecho, creímos por un momento que sería temerario de parte nuestra acometer la escabrosa empresa de elaborar el presente trabajo, por considerarlo fuera del alcance de nuestros pocos conocimientos adquiridos acerca de tan importante ramo del saber humano.

La emprendimos, sin embargo, aunque con la creencia de desfallecer en la mitad de la jornada, después de fatigosos e inútiles intentos; pero con la seguridad de obtener en definitiva algún provecho y sobrados de buena voluntad, no nos dejamos abatir por el desaliento hasta ver terminada la tarea emprendida, si bien abundante de imperfecciones y en consecuencia carente de toda originalidad. ,

Presentamos, pues, esta disertación al Honorable Consejo Universitario a sabiendas de su notoria insuficiencia bajo todos conceptos, como sin dificultad lo podrán apreciar con ilustrado criterio quienes lean su contenido. También hacemos presente nuestro convencimiento de que no responde a las útiles finalidades tenidas en mira por quienes han elegido como tema de conferencias estudiantiles el examen de toda

una etapa de la vida humana al travez de nuestra legislación civil.

El desarrollo de dicho tema en toda su magnitud, requiere, indudablemente, un estudio doctrinario, histórico-crítico-comparativo, de amplia y armónica exposición, que represente un retrato fiel y exacto de la vida jurídica de los menores, en sus múltiples aspectos de vinculación con la familia, la sociedad y la propiedad, como medio de que el hombre se sirve para la satisfacción de todas sus necesidades.

El Derecho Civil, que regula las relaciones de los hombres en sociedad, fijando sus respectivos derechos y asegurando el respeto de los mismos mediante sanciones para aquellos que los infringen o los violen, ha preestablecido para llenar cumplidamente su misión, distintas normas según el estado natural y civil de las personas, tomando en cuenta aquellas desigualdades naturales que no dependen del artificio ni del capricho convencionalista. Acompaña fiel y solícito a los individuos en los diversos períodos de su existencia, antes de su nacimiento y aun más allá de la tumba, por la trascendencia de aquellos efectos que son un resultado del acontecimiento de la muerte.

Esas variaciones de la capacidad de las personas provenientes de su estado natural y civil, han sido impuestas por la necesidad imprescindible de deslindar entre ellas la extensión y límites de los derechos y obligaciones que a cada cual le competen.

Por esa razón, todos los Códigos del mundo civilizado dan cabida en sus páginas de modo uniforme a las divisiones de las personas en varones y mujeres, nacionales y extranjeras, nacidos y por nacer, capaces e incapaces, mayores y menores de edad; divisiones que han sido respetadas al través de los tiempos, unas porque no son susceptibles de ser cambiadas, y otras por motivos de conveniencia, sirviendo todas en conjunto a legisladores y magistrados para la creación y aplicación de los principios jurídicos.

De todas ellas la que nos interesa para el desarro-

llo del tema propuesto, es la última de las indicadas, o sea la que considera al hombre desde el punto de vista del tiempo que tiene de vivir, tomando como punto de partida el instante en que principia su existencia legal.

No obstante de ser el apuntado el único y exclusivo objeto del presente estudio, hemos creído también de mucha importancia dedicar algunos renglones a los no nacidos, haciendo un somero examen de su situación jurídica, ya que el período de la gestación humana, como próximo a la menor edad, es un estado de las personas que genera capitales consecuencias desde el punto de vista de la protección que les brinda la ley para el ejercicio de sus derechos en caso de verificarse el alumbramiento, y para su transmisión si su existencia legal no llegare a efectuarse.

En esa virtud, debemos ante todo delinear el plan que hemos elegido para el desarrollo de la cuestión propuesta y compendiar su alcance expositivo, el cual hemos procurado que sea lo más completo posible.

La diversidad de materias que nos concierne tratar sobre el asunto y sus variadas cuanto complejas conexiones dentro del articulado del Código, nos impide seguir un método de riguroso orden lógico que refleje en toda su amplitud lo relativo a cada institución dedicada a los menores; pero semejante contra-tiempo no será un inconveniente para que procuremos, en cuanto nos sea posible, armonizar en conjunto todos los preceptos legales alusivos a los mismos en los distintos momentos de su vida jurídica civil.

En resumen estudiaremos: 1º la situación legal de los no nacidos; 2º la patria potestad: su concepto, fuentes originarias, efectos en cuanto a la persona y bienes de los hijos sometidos a ella y los modos como se suspende o extingue (Emancipación); 3º la habilitación de edad y la capacidad relativa de los menores para obligarse; y 4º la tutela: su concepto, divisiones, ejercicio en cuanto a la persona y bienes de los emancipados sometidos a ella, maneras de extinguirse

y de las incapacidades y excusas para su desempeño etc.

Por otra parte; tomando en consideración la indiscutible importancia de la antigua jurisprudencia, encabezamos algunos párrafos de la presente disertación con breves nociones históricas, extractadas de la legendaria legislación romana, muchas de las cuales han adoptado carta de naturaleza entre nosotros y servido de base a gran número de legisladores para redactar todos los Códigos modernos.

Únicamente nos falta para dar fin a esta introducción, referirnos a las modificaciones implantadas en nuestro Código en diversas ocasiones, conforme lo han ido exigiendo los adelantos del Derecho Civil contemporáneo, en lo tocante a la menor edad.

Todo nuestro anhelo sería disponer sobre el particular de valiosos recursos intelectuales y ser poseedores de abundantes conocimientos para suplir así la deficiencia con que abordamos esa delicada cuestión; pero apartándose de designios imposibles, intentaremos al menos, en el curso de este trabajo, rememorar aunque con mucha economía, algunas disposiciones pertinentes sobre el asunto que motiva estas líneas, copiadas de las leyes que nos rigieron en épocas anteriores y que hoy yacen en el olvido, quizá para eterna memoria, en el arsenal de las cosas inservibles.

## Situación legal de los no nacidos

Si bien es innegable que el período de la vida intrauterina del hombre ha merecido en todos los tiempos y lugares la atención y diligentes cuidados de parte de las ciencias médicas, no lo es menos que también ha preocupado la mente de los legisladores, quienes escudriñando los secretos de la existencia social, han dictado normas llenas de sabiduría con el fin de amparar los gérmenes de la personalidad humana.

En efecto; revisando atentamente las leyes sustantivas de todos los países cultos, nos encontramos con que hasta las más desemejantes extienden su saludable protección a aquellos seres que aun no han pisado los umbrales de la vida, pero cuyo advenimiento al teatro de los mortales se columbra en el seno del vientre materno.

Ese estado embrionario de materia amorfa carece como es obvio, hasta de los más elementales atributos de la persona natural, y en tal virtud huelga poner de manifiesto que entonces el hombre, de manera idéntica a las cosas materiales, se halla inhabilitado natural y jurídicamente para ser capaz de ejercer derechos; pero semejante imposibilidad no es un obstáculo que impida considerarlo como nacido para todo aquello que lo favorece.

Nuestro Código Civil cristaliza las ideas apuntadas con firme y sencilla elocuencia en el precepto siguien-

te: "Art. 73. La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligrará".

Como se ve, el círculo de la actividad judicial relativo a la protección de la vida intrauterina es muy amplio, ya que es libre para desplegar sin estorbos esa benéfica influencia, reclamada como indispensable por los intereses y propia conservación de la colectividad.

Cuando la expectativa del alumbramiento llega a convertirse en halagadora realidad, y la criatura completamente separada de su madre presenta todos los síntomas reveladores de la vida, se dice que da principio su existencia legal.

Si muere en el vientre materno, parece antes de estar separada completamente de la madre o no sobrevive ni un instante a la separación, se reputa que no ha existido jamás (72 C.).

Antes de proseguir, diremos dos palabras acerca del principio de existencia de las personas, ya que no todas las legislaciones están de acuerdo al determinar el tiempo en que se inicia. Para la nuestra, según acabamos de ver, es suficiente que la criatura sobreviva aunque sea un instante a la separación total de la madre. Otras, más escrupulosas, exigen que el recién nacido sobreviva veinticuatro horas a dicha separación, con el objeto se dice, "de evitar los diferentes pleitos que resultarían si naciendo muerto un niño, por ejemplo se pretendiera heredarlo alegando que *tuvo un instante o dos de vida*", Requieren, además que el nacido tenga figura humana. "porque los derechos civiles son exclusivamente para los individuos de dicha especie, y no se puede tener como tal, al que carezca de la figura que la distingue y caracteriza".

Semejante divergencia de criterios es puramente accidental, y según lo hemos hecho notar antes, no influye ni en lo más pequeño para la adquisición y goce de los derechos del niño, varón o hembra, cuando nace vivo.

Mientras un feliz alumbramiento es dudoso y problemático, el feto disfruta solamente de la protección legal, y aquellos que cifran en él sus ganancias futuras poseen simplemente una esperanza, puesto que en tal estado embrionario la persona no adquiere ni transmite absolutamente nada. Sus prenotados derechos están en suspenso hasta que el nacimiento que se efectúe, dice nuestro Código Civil en su Art. 75, y el recién nacido entrará en su pleno goce siempre que su venida al mundo constituya un principio de existencia, y del mismo modo que *si hubiese existido al tiempo en que se le defirieron*.

En virtud de este principio, el hijo concebido durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, tiene en su favor la presunción de la legitimidad (193 C.).

Por la misma razón, los no nacidos son capaces de suceder por causa de muerte, siempre que existan dentro de los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión (963 C.).

Pueden adquirir también donaciones entre vivos, con la misma limitación del artículo anterior (1269 C.).

Otro medio por el cual la ley ampara a los no nacidos en su persona y bienes, consiste en el nombramiento de guardadores para el caso de que nazcan vivos.

En efecto; todo padre que ejerce la patria potestad sobre sus hijos tiene el derecho de nombrarles tutor por testamento, si no les quedare madre viva o ésta fuere incapaz de ejercerla por su menor edad o cualquier otro motivo legal declarado (374 C.); pero ese derecho de los padres sobre sus hijos se extiende

no sólo a los que viven bajo su potestad y cuidados, sino también a aquellos que se hallan aún en el vientre materno.

Si concurriendo esta última circunstancia, fallece el padre, la persona designada por él en el testamento para la tutela del hijo, se presumirá designada así mismo para la curaduría de sus derechos eventuales (485 C.).

Hay más todavía; los bienes que el padre hubiere dejado al hijo que está por nacer o que hayan de corresponder a éste si se tratase de sucesión abintestato, cuando su nacimiento se efectúe en el tiempo debido, de acuerdo con la presunción de derecho de la concepción y ese nacimiento constituye un principio de existencia, sus bienes, decimos, estarán al cuidado de la madre, cuando ésta fuese capaz de ejercer la patria potestad, en virtud de la obligación que la ley le impone. En caso contrario, a cargo del curador que haya sido nombrado a este efecto por el testamento del padre, y a falta de uno u otro, bajo la vigilancia "de un curador nombrado por el Juez a pedimento de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo" (484 C.).

Cuando es la madre quien cuida de los derechos eventuales del póstumo, no cabe duda ni desconfianza alguna de que están bien garantizados por el afecto que aquella profesa a todo fruto de su vientre; pero el asunto cambia de aspecto y justas sospechas surgen, siempre que los derechos expresados quedan en manos extrañas, como pueden serlo los curadores nombrados por el Juez o testador. Sin embargo, nuestra ley sustantiva, con toda previsión, sujeta a los mencionados curadores en sus diversos manejos administrativos a todas las trabas de los otros guardadores, que no son pocas según adelante veremos, prohibiéndoles además ejecutar otros actos con los bienes de los no nacidos que los de mera custodia y conser-

vación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus representados (486 C.).

No es eso todo; se les impone aun otras prohibiciones importantes en el Art. 487 del Código citado, que consisten en no poder alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, ni enajenar aún los bienes muebles, que se puedan conservar sin que se deterioren o corrompan.

Todo el rigor de la ley manifestado en los preceptos anteriores, se atenúa con una salvedad que consiste en declarar judicialmente válidos los actos en ellos prohibidos, siempre que los curadores justifiquen su necesidad o utilidad; pero a condición de que el juez los autorice previamente (488 C.). Si dichos actos fueren ejecutados contraviniendo lo establecido en el artículo preinserto, serán enteramente nulos y los contraventores responsables por los daños y perjuicios que ocasione su desobediencia.

Si la criatura muere en el vientre materno, perece antes de estar completamente separada de su madre, o no sobrevive ni un instante a la separación. se reputa que no ha existido jamás, y los derechos que se le deferirían si hubiese vivido pasan a otras personas, de conformidad con las reglas y principios relativos a las herencias y donaciones por causa de muerte.

Por último, si son dos o más las criaturas que han nacido de un mismo parto y se supiere con certeza cuál de ellas nació primero, ésta sola entrará en el goce de aquellos derechos que fueren disputables por razón de la primogenitura. En caso contrario, se procederá como si ambas hubiesen nacido en el mismo momento, y esa igualdad es muy conforme con la justicia, porque la ley no podría sin peligro de equivocarse lamentablemente, establecer infundadas presunciones acerca de la prelación en el alumbramiento, cuando las mismas ciencias médicas han tropezado con el escollo de dictaminar con acierto sobre el fenómeno en cuestión. (76 C.)

No faltan, sin embargo quienes se expresen sobre lo mismo, asegurando que cuando varias personas se hallan en la circunstancia que contemplamos, la que nació con posterioridad debe tener los derechos de primogenitura, por haber sido concebida la primera; pero tales distingos no pueden ser tomados en serio por la jurisprudencia, ya que ésta debe basarse no en alambicadas hipótesis, sino en hechos ciertos y comprobados, haciéndolo por excepción en graves, fundadas y concordantes presunciones.

Sentadas las nociones preliminares que anteceden, entraremos en materia para examinar el verdadero y propio objetivo del presente estudio, o sea el concerniente al período de la menor edad de las personas naturales dentro de nuestras leyes civiles. Por edad de una persona se entiende gramatical y jurídicamente hablando el tiempo que tiene de vivir desde la fecha de su nacimiento, y según sea de más o menos amplitud este tiempo, el individuo recibe distintos nombres dentro de la técnica jurídica. Nuestro Código Civil, y muchos otros, denominan infante o niño al que no ha cumplido siete años; impúber al varón que no ha cumplido catorce y a la mujer que no ha cumplido doce; adulto al que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor al que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad* o simplemente menor al que no ha llegado a cumplirlos. A estos últimos, no obstante, se les aplica también el calificativo de mayores de edad cuando han obtenido la habilitación respectiva y la ley no dispone expresamente lo contrario. (26 C.)

El ejercicio y goce de los derechos civiles, como ya hemos tenido oportunidad de decirlo, varía con la edad de las personas, hallándose más o menos amplios o restringidos según el estado de las mismas.

La total aptitud para la vida jurídica no la adquiere el hombre sino cuando ha llegado a la completa madurez o pleno desarrollo de sus facultades físicas, morales e intelectuales.

Mientras tanto, el individuo necesita en su provecho mismo que se le den el apoyo y la protección necesarios para su persona y bienes, y de ellos disfruta ampliamente en el seno de la familia, mediante la institución de la patria potestad de la cual vamos a ocuparnos.





## II

### De la Patria Potestad

#### NOCIONES HISTORICAS

Si dirigimos una mirada retrospectiva a las antiguas épocas de la historia de las naciones, nos hallamos con que los mayores adelantos de la civilización consistían en los imperecederos momentos de su sabia jurisprudencia. En aquellas remotas edades el pueblo romano culminó entre los demás, ocupando la vanguardia en lo concerniente a sus conocimientos en derecho, que tuvieron su fuente originaria en el catálogo de las XII Tablas de sus antecesores los griegos. Los romanos hicieron de las personas, como sujetos del derecho, diversas clasificaciones, entre las cuales se encontraba la que distinguía entre hombres *sui juris* y *alieni juris*. Los primeros no estaban sometidos ni a la esclavitud de los *quirites* ni a la potestad de sus padres. Eran ciudadanos libres y se les llamaba padres de familia, cualquiera que fuese su edad. El niño recién nacido que todavía lloraba en la cuna, si estaba emancipado se le consideraba como tal padre de familia. Los *alieni juris* por el contrario, eran o hijos de familia o esclavos, según que estuviesen sujetos a la patria potestad o a la señoril no gozando, por lo tanto de los derechos y prerrogativas concedidos a los hombres libres.

Subdividían, además, la patria potestad en dos clases denominadas: una derecho de gentes y de derecho romano la otra.

La primera, o sea la de derecho de gentes, correspondía tanto al padre como a la madre de los menores, y en su ejercicio estaba limitada a lo estrictamente indispensable para el cuidado personal y educación de los hijos.

Expiraba sin formalidades de ninguna clase, cuando los hijos, por su mayor edad u otra causa semejante, podían dirigirse por sí mismos y se independizaban de la vida doméstica, que constituía su principal y único fundamento.

A diferencia de ésta, la patria potestad romana, cruel y despótica, correspondía solamente al padre de familia, a quien le daba sobre sus hijos los mismos ilimitados derechos que ejercían los *quirites* sobre sus esclavos. Su duración era ilimitada, comprendiendo toda la vida de los sometidos a ella, y de la cual sólo podían librarse mediante la muerte o la emancipación voluntaria.

El fundamento de la patria potestad romana derivaba del dominio quiritaro o señorial, o sea de los derechos que exclusivamente ejercían los ciudadanos romanos, a diferencia de los esclavos, las mujeres y los extranjeros.

Los hijos, por lo tanto, eran considerados con respecto de sus padres no como personas sino como cosas lo cual contribuía a que su situación fuera nada envidiable por cierto sino al contrario humillante y vergonzosa diferenciándose de la de los esclavos en que éstos no se reputaban personas respecto de nadie mientras que los primeros lo eran respecto de todos con excepción de sus padres. Por lo demás, la triste condición, tanto de los hijos como de los esclavos, era idéntica.

Los efectos de la patria potestad romana sobre la persona de los hijos sujetos a ella, consistían en el derecho de vida y muerte concedido a los padres sobre los mismos, aunque no de una manera absoluta, sino por causas justas, considerándose como tales los actos delictuosos cometidos por aquéllos contra éstos. En

tales casos, los padres no estaban obligados a recurrir a los tribunales para instruir algún proceso, ni tampoco se les pedía cuenta de la suerte corrida por los desventurados hijos. Ejercían a un mismo tiempo las funciones de jueces y verdugos que la sociedad les encomendaba, dando lugar con semejante sistema administrativo de justicia, a los más repugnantes atropellos y al más crudo imperio de la arbitrariedad.

Sin embargo, medidas de tan extraordinaria rigidez no era humanamente posible que estuviesen en vigencia por tiempo indefinido, y así vemos que poco a poco se fueron dulcificando hasta quedar reducidas a los límites de una saludable equidad, poniendo un dique a los desmanes de los padres, al fijarles como norma de su conducta doméstica la templanza y la moderación, delegándose, en lo sucesivo, la facultad de juzgar exclusivamente a los jueces, como fieles intérpretes de las leyes y celosos guardianes de los fueros de la justicia.

Gozaban también los padres en el derecho romano de la facultad de poder vender a sus hijos hasta por tres veces basándose en el criterio de que éstos eran respecto de aquéllos no personas sino cosas; pero con la precisa condición de quedar emancipados después de la tercera venta.

En tercer lugar los padres tenían la facultad de donar a sus hijos del mismo modo que sus bienes, lo mismo que el de entregarlos en pago de una responsabilidad civil para resarcir los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado con motivo de algún delito o falta cometida por ellos.

Por otra parte la potestad de que hablamos se hacía extensiva a los nietos y biznietos de los hijos varones acatando el principio *juris* de que lo accesorio sigue a lo principal y los bienes que todos ellos adquirirían igualmente que los esclavos pasaban a ser propiedad de sus padres según lo veremos con más amplitud al ocuparnos en otro párrafo sobre el particular.

De lo que llevamos dicho se deduce que en aquellos lejanos tiempos cada varón ascendiente con su inmediato descendiente eran reputados en los negocios privados como si fuesen una sola persona no pudiendo en consecuencia existir entre ambos ningún litigio ni contrato acatando el conocido aforismo de que nadie es capaz para obligarse consigo mismo.

Por esa razón los hijos de familia se veían forzados a conseguir el consentimiento de sus padres hasta para las estipulaciones y actos más triviales de su vida jurídica.

Lo que hasta aquí llevamos explicado en este preámbulo histórico, sintetiza la teoría de la jurisprudencia romana acerca de la institución de la patria potestad y vínculos de familia, pues si bien es cierto que hemos omitido detalles descriptivos, condensamos, en cambio, las ideas capitales que basten para formarse un concepto cabal y exacto sobre el asunto.

Verdaderamente, cualquier espíritu justiciero se asombra en la actualidad al reflexionar que en aquellas etapas de la infancia de la humanidad, tanto los jueces como los legisladores tuvieron atrofiados los más puros sentimientos del amor doméstico, y que interpretando falsa y equivocadamente las leyes que gobiernan el corazón de los seres racionales, se amoldasen a una conducta tan extraviada y fuera de los dictados de la razón, tanto en la vida pública como en la privada.

Aquel pueblo inmortal, no obstante sus extravíos y desatinos en los dominios del pensamiento cambió con el transcurso de los años aunque no totalmente, de costumbres y con ellas el sistema de sus leyes, que transmitieron a la posteridad cual un legado valioso que las generaciones presentes no se cansan de admirar, por su valor incalculable como fuente del bienestar y tranquilidad sociales.

## Fuentes Originarias y Definición de la Patria Potestad

Las fuentes originarias de la patria potestad en el derecho romano eran tres: las legítimas nupcias, la legitimación y la adopción. De ellas solamente se conservan entre nosotros las dos primeras, igualmente que en la mayoría de las legislaciones modernas, pues éstas han ido borrando la adopción de sus páginas, que como institución anticuada, innecesaria y sin base sólida en qué apoyarse, se encuentra en vías de quedar reducida a una vaga nomenclatura en el tecnicismo de la ciencia jurídica contemporánea.

La agonía palpable de este simulacro de la paternidad se justifica atendiendo a que la teoría de la agnación inventada por los romanos ha perdido por completo todo su prestigio, como tendremos ocasión de explicarlo en otro párrafo de la presente conferencia.

Por ahora nos corresponde hacer alusión al concepto de la patria potestad, según lo ha ido entendiendo nuestro legislador desde que redactó el primer Código Civil de la República, en el año de 1860, hasta la época actual.

Las varias innovaciones implantadas sobre el particular, son merecedoras de toda alabanza, porque en su proceso evolutivo se han alejado paulatinamente de los primitivos y anticuados códigos romanos, cuyos dogmas acerca del poder paterno, propio de las regiones en estado de barbarie, son inadmisibles en los paí-

ses que profesan el culto de la sana moral y de la verdadera religión.

Decimos que nuestros legisladores han vuelto sus espaldas al pasado en lo concerniente a la institución patria potestad, porque en un principio, no pudiendo resistir a las arcaicas sugerencias del derecho romano, la definieron como el "conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados". (Art. 244 del C. de 1860). Tal precepto nos descubre con el tinte dictatorial que lo caracteriza el culto fervoroso profesado a las añejas doctrinas de que nos hemos venido ocupando, las cuales negaban toda capacidad a la mujer para obligarse, y por lo consiguiente, hasta la más pequeña intervención en las relaciones familiares.

Durante veinte años, aproximadamente, estuvieron privadas las madres de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, y no se le concedieron esos derechos sino hasta en la ley publicada el 30 de mayo de 1880, adicionando el inciso citado en los términos siguientes: "Estos derechos pasan a la madre *en el caso de muerte del padre*; por consiguiente, todo lo que se dispone en el presente título y en el siguiente respecto del padre, se aplicará en tal caso igualmente a la madre, excepto cuando la ley disponga expresamente otra cosa".

Posteriormente, en el año de 1902, se introdujo otra nueva reforma al Art. en referencia, consistente en cambiar las palabras "en caso de muerte del padre", por las siguientes: "en defecto del padre", etc.

En el Código Civil que nos rige actualmente (Título X Libro I) se define la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo, y en su defecto a la madre legítima o a la ilegítima en su caso sobre sus hijos no emancipados"....

"Los hijos de cualquiera edad no emancipados se llaman hijos de familia y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia". (252 C.)

El fundamento jurídico de esta institución se en-

cuentra en la naturaleza misma, que impone a los padres de familia el deber de criar, educar y alimentar a sus hijos, para lo cual éstos deben estar sometidos a la autoridad de aquéllos, ya que sólo así se les facilita el cumplimiento de todas las necesidades primordiales de la vida doméstica.

Las leyes civiles no hacen más que reconocer y reglamentar esos deberes y obligaciones recíprocos entre padres e hijos, en provecho de la colectividad, y siendo de interés público no pueden menos que ser irrenunciables.

Analizando la definición apuntada de la patria potestad, se deduce: 1º, que tratándose de hijos legítimos, se ejerce en primer lugar por el padre y en su defecto por la madre; 2º, que los padres naturales están privados de esos derechos que la ley sustantiva muestra, reconoce únicamente a los padres legítimos y a la madre ilegítima. 3º, Que los menores de edad permanecen sujetos a la potestad paterna o materna hasta que obtienen la emancipación, de la cual nos ocupamos adelante; y 4º, que fuera de los padres legítimos o ilegítimos, ningún otro ascendiente ejerce sobre los menores los mencionados derechos, a diferencia de las leyes romanas que, según hemos visto antes, los hacían extensivos a los abuelos y bisabuelos varones.

La disposición que concede al padre legítimo de preferencia a la madre el disfrute de la patria potestad sobre los hijos, es digna de todo encomio y reveladora de gran prudencia, pues si ambos padres la ejercieran a un mismo tiempo serían muy frecuentes los conflictos y rencillas domésticos, que forzosamente se decidirían en favor del cónyuge varón, prevaleciendo su autoridad por ser el jefe de la familia. Como bien se comprende, los derechos y obligaciones de la madre legítima sobre la persona y bienes de sus hijos, son los mismos que corresponden a su consorte, y solamente se hallan *en suspenso*, mientras éste es capaz de dar cumplimiento a su satisfactorio manejo.

Aquella, por lo tanto, lo sustituye en todas sus cargas y prerrogativas, no sólo cuando fallece como lo disponía el Código del 80, sino en todos los casos en que se halla imposibilitado para desempeñar de modo correcto la misión que preferentemente le encomienda la ley, por su prolongada demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia de la cual se siga grave perjuicio a los intereses de los hijos (271 C.)

Los motivos que han asistido al legislador para privar al padre legítimo o madre ilegítima temporalmente de la patria potestad cuando concurren las circunstancias antedichas, no requieren ninguna explicación por su claridad y sencillez.

Como se expresa en el citado artículo 271, se trata solamente de una suspensión, cuyo lapso de tiempo puede ser más o menos largo; y en esa virtud la equidad exige, y es muy justo, que con las causales de impedimento, cesen las privaciones consiguientes.

Si fuere la madre ilegítima la suspensa de la patria potestad, hay lugar al nombramiento de tutor, de acuerdo con el Art. 369 C., porque entonces los menores no pueden quedar en completo desamparo.

La suspensión de que tratamos exige, además, para su efectividad y validez, ciertas formalidades consistentes en ser declarada judicialmente "con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo y un curador especial". (272 C.).

En cuanto al desconocimiento de la patria potestad de los padres sobre sus hijos naturales, varía el criterio de las legislaciones. La nuestra los priva totalmente de ese derecho y sólo les concede la tutela legítima a falta de la testamentaria según el Art. 387 C.

Otros códigos, como el italiano, les reconocen una tutela media entre la ordinaria y la patria potestad, que participa de ambas sin ser exclusivamente ninguna de las dos, según lo manifiesta el reputado civilista Ricce en sus importantes comentarios al mencionado Código de aquel país.

Pero la mayoría de las legislaciones están de acuerdo en que debe prevalecer la más completa igualdad sobre el particular, confiriendo a los padres naturales sobre sus hijos idénticos derechos que a los legítimos sobre los suyos, y entre ellas citamos, como ejemplo, la española.

El no menos célebre tratadista Mucio Scévola, comentando el punto de referencia, se expresa diciendo en apoyo de la potestad de los padres naturales, que "el padre que reconoce a su hijo demuestra por él un afecto no inferior al del legítimo". "Diferencia a éste de aquél su condición legal; mas no puede servir de línea divisoria el cariño de los hijos, porque el cariño no es producto de la ley sino de la sangre."

"¿Quién ha de dirigir con mayor acierto al menor sino su padre, sea legítimo o natural? ¿Quién ha de cuidarle con mayor interés que aquel o aquellos de quien trae causa? Estas razones son inconclusas, y obedeciendo a ellas el legislador español, de igual modo que el de otras naciones, afirma la patria potestad en favor del padre natural".

Hablando con sinceridad, debemos hacer constar que, en nuestra pobre opinión, el legislador salvadoreño se ha mostrado al respecto muy escrupuloso y desconfiado, olvidando que las afecciones naturales, ajenas a todo egoísmo exclusivista, se hallan fuera del alcance de los dogmas jurídicos, y en consecuencia nos adherimos sin restricciones a la doctrina del citado publicista, quien escribiendo sobre el mismo tema, agrega: "Compréndese su negación en Roma, donde la patria potestad sobre los hijos tenía como único origen las justas nupcias y como principio el mismo que la marital; el culto doméstico". "No es comprensible en las sociedades modernas en la que la familia no reviste el carácter religioso y el poder paterno tiene su fundamento en la ley natural preceptiva que el mismo hecho de la legitimidad debe llenar como inherente tal poder". No se concibe dice Fustel de Conlonges, cómo los legisladores modernos que han ex-

tendido los derechos de los hijos naturales y mejorado su condición no hayan modificado la antigua en ese punto”.

Tal sucede con los juristas de nuestro suelo, quienes se muestran intransigentes en conceder a los padres naturales la patria potestad sobre sus hijos, manifestando sin contemplaciones que dicha patria potestad corresponde a la madre ilegítima con los mismos derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos entre sí (287 C.)

Pero reflexionando con imparcialidad de juicio sobre el dictamen de las autoridades científicas, que con gusto nos complacemos en someter al examen crítico de quien distraiga su atención con la lectura de esta conferencia, llegaremos sin tropiezos a convencernos de que su acertado llamamiento a los fértiles campos de las innovaciones saludables debe ser oído, pues indudablemente ya es tiempo de abandonar en las disciplinas jurídicas los trillados senderos del egoísmo exclusivista, para penetrar consecuentes en los de la tolerancia magnífica.

Por otra parte, es digno de notarse que, según el tenor literal de la definición, la patria potestad se circunscribe a un *conjunto de derechos*, concedidos por la ley al padre legítimo o madre ilegítima. Estos términos *conjunto de derechos*, como también la etimología del nombre de la institución, contienen en sí algo de dictatorial y nos evocan las edades pretéritas del despotismo familiar. Más bien parecen fragmentos deteriorados de ruinas exornando un moderno edificio de estética delicada y agradable; porque la importantísima institución cuestionada se resuelve actualmente, en derechos y *obligaciones* recíprocos entre padres e hijos, y de ninguna manera en un poder absoluto e ilimitado de aquellos sobre la persona y bienes de éstos, como fácilmente lo pondremos en claro dentro de poco.

Otra de las fuentes originarias de la patria potestad que reconoce nuestro Código Civil, además de

las legítimas nuncias según lo hemos hecho notar antes, es la legitimación, la cual pone fin a la patria potestad de la madre o a la guarda en que se hallare el legitimado, y da al padre legítimamente los derechos y obligaciones que aquélla trae consigo sobre el menor de veintiún años no habilitado de edad, salvo que hubiere sido emancipado (253 C.)

Lo prevenido en este artículo es una consecuencia natural y necesita de lo que el mismo Código establece en otras de sus disposiciones, equiparando en un todo la condición legal de los hijos legitimados a la de los legítimos (Arts. 30-214-225-226 C.)

Siguiendo nuestro modesto estudio acerca de la institución de referencia y sin apartarnos del plan elegido para su exposición, trataremos en dos secciones distintas de las numerosas vinculaciones jurídicas que la misma entraña respecto de la persona y bienes de los hijos sometidos a la autoridad de los padres.

Debemos observar ante todo que nuestro Código Civil, a diferencia de muchos otros, relata bajo el epígrafe de Patria Potestad (Título X—Libro I) solamente lo que concierne a los derechos y obligaciones de los padres sobre los bienes de sus hijos no emancipados, enumerando en título distinto los deberes y restricciones existentes entre unos y otros desde el punto de vista de sus personas, como miembros de una familia y entidades que forman parte de la congregación social; pero según acabamos de decir, la susodicha institución se resuelve en ese doble conjunto de vinculaciones reales y personales, tan intensamente enlazadas y en tan estrecha dependencia, que sería un error imperdonable suponer que el calificativo de patria potestad conviene a uno solo de dichos órdenes de relaciones jurídicas.

Así pues, consecuentes con nuestro modo de pensar, estudiaremos primero las obligaciones y derechos personales de referencia, y a continuación esos mismos derechos y obligaciones reales.



#### IV

### **Efectos de la Patria Potestad en Cuanto a las Personas de los Hijos**

Nadie ignora que por ley natural y acatando los dogmas de la ética y del Evangelio, existe en el corazón del hombre una dosis más o menos grande de cariño hacia los seres que se hallan ligados con él por los lazos consistentes de la sangre; pero ese cúmulo de afecciones varía de intensidad a medida que es mayor o menor lo próximo o lejano del parentesco.

Consecuencia de esa verdad tan conocida es la de que los padres, salvo monstruosas excepciones, sientan por sus hijos el amor más puro y desinteresado que darse pueda, bien hayan éstos nacido de uniones autorizadas o reprobadas por la ley, pues la magnitud y delicadeza del amor filial no distingue entre padres e hijos legítimos, incestuosos, adulterinos, naturales o ilegítimos. De estos principios tan elementales, se deriva una serie de consecuencias, que trascendiendo de la vida interna de la familia, interesan al legislador por motivos de utilidad y conveniencia sociales, desde el momento en que la armonía doméstica no constituye un estado permanente de la convivencia humana.

Los encargados de elaborar las leyes, para cumplir fielmente la delicada tarea que la comunidad les confía, se ven precisados a abandonar en todo caso las teorías abstractas y especulativas de los moralistas,

para dictar reglas de conducta que con sus debidas sanciones constituyan una verdadera garantía de los intereses comunes.

En el seno de la vida familiar, observamos como fenómeno normal, que los padres se esmeran por dar a sus hijos la educación conveniente, prodigándoles los auxilios de toda clase que necesitan desde sus más tiernos años, para obtener de éstos el respeto y obediencia debidos.

Sin embargo; cuando tanto unos como otros, sordos a los dictados de la razón y la conciencia, echan en olvido tan sagrados deberes, amenazando perturbar la tranquilidad ajena, la intervención de la justicia humana se hace urgente, imprescindible y necesaria.

Para llenar de modo eficiente esta misión tan trascendental, los Códigos de los países civilizados dan cabida en sus páginas a un sistema de reglas de conducta privada, cuya infracción como la de toda ley, trae consigo consecuencias desagradables para los infractores.

Empero; la violación de muchas de estas reglas suele quedarse impune por múltiples causas que no es de nuestra incumbencia investigar en el presente estudio. Con esa salvedad damos principio al examen de las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos legítimos.

Nuestro legislador impone de consumo, a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, la obligación de cuidar de las personas de sus hijos legítimos, proveyendo a su crianza y educación, y en consecuencia la de tenerlos en su compañía y facilitarles alimentos. (233 C.)

Los gastos que todas estas solicitudes traen consigo, podrán sacarse de los bienes propios de los hijos de familia cuando éstos los tengan, pero con la precisa condición de que sus capitales deben conservarse íntegros en cuanto fuere posible (238 C.).

La intención del legislador externada en las disposiciones preinsertas, es bajo todos conceptos digna de aprobación, ya que tiene por objeto amparar a los menores en su persona y bienes desde el instante de su nacimiento, procurando no menoscabar los intereses de los padres sino cuando tal medida sea de imprescindible necesidad, por carecer los hijos de recursos.

Toda la doctrina de la patria potestad se halla cimentada en las mismas bases y persigue idénticos fines, por lo cual nos evitaremos en lo sucesivo de incurrir en inútiles repeticiones sobre el particular.

A pesar de que los padres despojados de miras interesadas se preocupan por el bienestar de su prole con abnegación y desprendimiento sin iguales, puede acontecer que surjan disputas entre ellos sobre si a uno sólo o ambos corresponde proporcionar los medios que las cargas domésticas requieren, y entonces, la ley con mucha previsión dispone que "en caso de comunidad los gastos de alimentos y demás de la familia serán a cargo de la sociedad conyugal, y en el *estado de administración separada*, dichos gastos corresponden en *primer lugar al marido* y subsidiariamente a la mujer. Ninguno de los cónyuges tendrá derecho de pedir que se le reembolse lo que hubiere invertido en los gastos de la familia común". (191 C.)

La inteligencia de este artículo es clarísima, pues únicamente se presta a una sola interpretación que se desprende de su tenor literal. Por consiguiente, si los esposos tienen bienes de su exclusiva propiedad y no han estipulado nada en las capitulaciones matrimoniales acerca de la administración de los mismos, corren a cuenta del cónyuge varón con preferencia a la mujer, las expensas de la crianza y cuidados de los hijos que ambos hubieren procreado.

Parece a primera vista que el artículo 191 de C. C. disipa todas las dudas que pudiesen sobrevenir acerca de la contribución conyugal para el mantenimiento de los hijos sujetos a la autoridad paterna; pero fijando

la atención el artículo 233 del mismo Código, tropezamos con un mandato que pugna con el que acabamos de comentar, en la siguiente forma: "*Si los cónyuges estuvieren separados de bienes*, el juez en caso de desacuerdo de los esposos y con conocimiento de causa regulará la cuantía con que cada uno debe contribuir, tomando en cuenta la importancia de los respectivos patrimonios".

Ahora bien; si comparamos ambos preceptos no se dificulta percibir su evidente y manifiesta contradicción de acuerdo con las reglas más elementales de la hermenéutica jurídica; contradicción que puede originar rencillas indecorosas entre casados, que deban resolver los tribunales.

Para solucionar la dificultad presente, a nuestro modo de entender, no queda otro recurso que el implantamiento de una reforma radical, cimentada en una estricta justicia y concorde con el espíritu de nuestra legislación.

Antes de manifestar nuestro humilde parecer sobre punto tan escabroso, hemos creído oportuno citar por vía de ilustración otro precepto legal que se halla íntimamente relacionado con los dos antedichos.

En efecto: cuando por cualquier causa legítima un cónyuge pide el divorcio absoluto ante la autoridad competente, esta "podrá decretar sin tramitación alguna y con sólo la solicitud del interesado".

2º "El señalamiento de alimentos de la mujer y de los hijos que no quedan bajo la potestad o guarda del marido siempre que el matrimonio se hubiese contraído bajo el régimen de la comunidad de bienes, y con tal que el marido tenga la administración del todo a la mayor parte de la sociedad conyugal. *En caso contrario, ambos esposos están obligados a suministrar los alimentos a la prole común en la proposición que el Juez señale atendiendo a las facultades pecuniarias de cada alimentante.* (150 C.)

Si como lo previene el Art. 191 C. corresponden al cónyuge varón todos los gastos que trae consigo el

mantenimiento de la familia cuando se ha celebrado el matrimonio bajo el régimen de administración separada, lo prevenido en el 150 es inoficioso e infundado, puesto que la simple demanda de divorcio absoluto no priva al padre de la patria potestad sobre sus hijos, ni puede traer como resultado la obligación para la madre de proveer al mantenimiento de la prole, cuando el mismo artículo 191 C. es aplicable mientras el matrimonio no se haya disuelto.

Por otra parte, en tesis general y según el Art. 235 C. durante el juicio de divorcio se reparte entre ambos esposos el cuidado de la persona de los hijos procreados entre ambos, sin que el padre pierda la patria potestad sobre ellos. Por esa razón nos parece defectuoso que el N° 2º del Art. 150 envuelva la idea de que el padre queda privado de los derechos que la misma le confiere con sólo la presentación de la demanda, cuando en realidad sólo se le suspende el *cuidado personal* de algunos de sus hijos, y entre ambas cosas hay una diferencia notable.

Sin entrar en detalles fácilmente comprensibles en tan arduos asuntos, y concretándonos a la cuantía contributiva de los padres legítimos para las expensas familiares, somos de parecer que cuando ambos cónyuges poseen bienes que administran por separado, los gastos necesarios para el sustento y educación de los hijos deben correr a cuenta del padre, y subsidiariamente a cuenta de la madre, de acuerdo con el Art. 191 citado.

La opinión que sustentamos está cimentada en las siguientes razones: la ley concede la patria potestad sobre los hijos legítimos al padre con preferencia a la madre y los efectos que la misma trae consigo se resuelven no sólo en molestias y dispendios pecuniarios, sino también en positivas ventajas, cuando los menores son dueños o adquieren bienes, según lo veremos en la sección siguiente.

Las utilidades a que nos referimos provienen del usufructo legal, concedido exclusivamente al padre

que goza la patria potestad como el medio necesario para su ejercicio, y por lo consiguiente a la madre que no tiene participación ninguna en el aprovechamiento de dicho usufructo mientras no ejerce la patria potestad, no es justo que sólo se le impongan gravámenes.

La regla que proponemos no es absoluta y la equidad aconsejará, según los casos, la mayor o menor amplitud en su aplicación, tomando en cuenta las facultades pecuniarias de ambos padres y también las de los hijos.

Para atender como es debido al cuidado personal del hijo, es preciso que éste viva bajo el techo de sus padres, porque sólo así se facilita la vigilancia y dirección de sus pasos y los cuidados que su educación física, moral e intelectual piden.

No todos los hijos, empero, están siempre al cuidado personal de ambos esposos. "A la madre divorciada haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidado personal de los hijos menores de cinco años sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la reprobación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio". (234 C.)

La intención de este artículo brilla por su sencillez. El cariño y los consejos de una madre buena y honesta, bastan por sí solos en los primeros años de la vida para dirigir convenientemente la educación de los menores, que recién llegados a la vida no han menester igualmente que las hembras del severo rigor de los padres. A éstos les corresponde velar por los varones desde que han cumplido cinco años, salvo en uno y otro caso que la mala conducta de cualquiera de los padres constituya un peligro para el porvenir de los hijos, pues entonces la moralidad exige que todos sean confiados al más idóneo de los cónyuges. (230 C.)

En obsequio de la claridad, no es inoficioso repetir que estas reglas aluden a las *atenciones personales* que según su edad y en las circunstancias previstas convienen a los menores en los casos de divorcio de sus padres; y en ningún caso privan al esposo varón de la patria potestad sobre sus hijos, cuando éste no ha sido culpable de dicho divorcio.

Los efectos del mismo, respecto de la patria potestad de los hijos, se rigen por otras disposiciones aplicables según la culpabilidad o inocencia de los padres en la separación.

A este respecto, se expresa cierto comentarista en la forma siguiente: "Las causas que originan la separación de los cónyuges en ciertos casos de divorcio son tan graves, que la ley con bonísimo acuerdo separa del *poder del culpable* a los hijos, porque la delicada inteligencia de los menores podría adquirir torcidas enseñanzas. La sentencia de divorcio produce por tanto el efecto de colocar a los hijos *bajo la potestad y protección* del cónyuge inocente".

Partiendo, pues, del principio de que en el lenguaje jurídico el *cuidado personal* y la *patria potestad* de los menores tienen diferente significado, vemos que de acuerdo con lo dicho por el citado publicista está nuestro Código Civil en su artículo 151.

Este artículo nos dice en su número 2º y 3º que uno de los efectos del divorcio, cuando no ha sido declarado por mutuo consentimiento es el de "quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente, debiendo estarse en lo demás a lo establecido en el Código respecto a los hijos en caso de divorcio" (lo concerniente a su cuidado personal).

"La privación del cónyuge culpable, mientras viva el cónyuge inocente, de la patria potestad y los derechos que lleva consigo respecto de la persona y bienes de los hijos, pero en ningún caso podrá el cónyuge culpable ejercer o recobrar aquellos derechos si se ha declarado el divorcio por alguna de las causas designadas en los números 2º 3º 6º y 9º (Art. 145)".

“La privación de la patria potestad no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de los hijos”.

Ahora bien; relacionando los números 2º y 3º del 151 con los Arts. 234 y 235, llegamos a la conclusión de que si el cónyuge inocente es el marido, este conserva la patria potestad sobre todos sus hijos, menos el cuidado personal de las hembras y de los menores de cinco años, cuando a juicio prudencial del Juez los mayores de esa edad no sea de temer que se perviertan en poder de aquél.

Muerto el marido, la madre entra a ejercer la patria potestad sobre todos sus hijos, excepto cuando la sentencia ejecutoriada que declare el divorcio absoluto, se haya dictado por el adulterio de ella, por su ebriedad escandalosa o por su tentativa para corromper a sus hijos o por complicidad en la corrupción de éstos.

Si el cónyuge inocente es la mujer, una vez declarado el divorcio absoluto, el marido conserva solamente el cuidado personal de los hijos varones mayores de cinco años, cuando a juicio del Juez no sea de temer que se perviertan, perdiendo la patria potestad sobre todos ellos, la cual recobra al morir la madre, siempre que los motivos de la separación no sean los comprendidos en los números 2º y 6º y 9º del Art. 145 C.

Debemos agregar acerca del cuidado personal de los menores, que la ley ha previsto el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres para atenderlo, estableciendo que entonces el Juez podrá confiar dicho cuidado personal a otra persona o personas competentes, prefiriendo en la elección de éstas a los consanguíneos más próximos de los hijos, y sobre todo a los ascendientes legítimos; pues ellos por la misma razón del parentesco, están en aptitud mejor que nadie para prodigarles las atenciones consiguientes. (236 C.)

No obstante; la ley que con tan plausibles motivos aparta a los hijos del peligro que los amenaza con

la comunidad de sus padres depravados, permite a éstos que los visiten con la frecuencia y libertad que el Juez juzgue conveniente, tomando en cuenta que por mucha que sea su perversidad, siempre conservan un cariño más o menos acendrado para aquellos a quienes han dado el ser. (237 C.)

Si el divorcio ha sido declarado por la causal de mutuo consentimiento, el cónyuge varón no pierde los derechos de patria potestad que la ley le concede sobre su prole, pues tales derechos son irrenunciables, pero deja en libertad a ambos padres para que depongan de común acuerdo y como mejor les parezca lo tocante al cuidado y educación de los hijos habidos en el matrimonio disuelto; es decir, que quedan todos o una parte de ellos en poder de alguno de los divorciados. (159 C.)

La declaratoria de nulidad de un matrimonio putativo produce respecto del cuidado de la personal y patria potestad sobre los hijos habidos en él, idénticos efectos que la sentencia ejecutoriada de divorcio absoluto; pero en tal caso la culpabilidad o inocencia de los padres se califican según que haya habido buena fe respecto de ambos o sólo por parte de uno de ellos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos, rigen los mismos principios respecto de los hijos, cuando éstos han sido concebidos durante el matrimonio disuelto; pues si hubiesen sido concebidos antes, dicho matrimonio no produce efectos civiles ni para los padres ni para los hijos. (Arts. 172, 173, 168, 165, 215, 217 C.)

En su afán de proteger a los menores por todos los medios posibles, nuestro Código Civil ordena: que "La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa por falta o insuficiencia de los padres a los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente. (241 C.)

Aún sin esta disposición expresa de la ley, diariamente se ve que los abuelos cumplen gustosa y espontáneamente con el deber moral de asistencia que sus

nietos han menester, corroborando la máxima jurídica romana de que el amor entre parientes se manifiesta en la línea descendente con preferencia a las otras.

Las medidas previsoras, sin embargo, nunca son superfluas, y en el presente caso las cuotas contributivas de los abuelos deben regularlas los Jueces tomando en consideración las facultades de los contribuyentes, pudiendo modificarlas de tiempo en tiempo según los cambios de fortuna que sobrevengan a protectores y protegidos. (241 C.)

Por otra parte, desde el momento en que los abuelos no gozan de los privilegios que la patria potestad trae consigo, es muy justo que su ayuda alimentaria sea conjunta, y que se eliminen las preferencias contributivas entre varones y hembras, justificables hasta cierto punto tratándose de los padres de los menores.

Además, no sólo cuando los hijos de familia se hallan bajo el techo de sus progenitores, les brinda su apoyo el legislador salvadoreño, sino también en el caso de encontrarse en lugar distinto abatidos por la suerte, pero con ciertas limitaciones según se desprende del precepto que a continuación copiamos:

Art. 243—"Si el hijo de menor edad ausente de la casa paterna se halla en urgente necesidad, en que no pueda ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste, para las suministros que se le hagan por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración a la fortuna y rango social al padre".

"Pero si ese hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministros sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la subsistencia personal del hijo".

"El que haga las suministros deberá dar noticias de ella al padre lo más pronto que fuere posi-

ble. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre”.

“Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende en su caso a la madre o a la persona a quien por muerte o imposibilidad de los padres toque la sustentación del hijo”.

Otro derecho que concede la patria potestad, es el de corregir y castigar moderadamente a los hijos, para que de ese modo los padres puedan cumplir con el deber de educación que la misma ley les impone. Como ese derecho es en beneficio de los menores, el legislador reprueba toda violencia que pudiera dañarlos en su constitución física o moral. Empero; a menudo acontece que las amonestaciones, buenos ejemplos y castigos moderados, son insuficientes para mantener a los hijos de mala índole en una línea recta de conducta, y entonces se hace necesario impetrar el apoyo de la autoridad pública en auxilio del poder paterno. En esa virtud, el padre o madre que ejerce la patria potestad está facultado para imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional, que podrán hacer cesar a su arbitrio, bastando al efecto la comparecencia ante el Juez competente, quien debe extender la orden de arresto con sólo la solicitud de la persona interesada.

“Pero si el hijo hubiere cumplido diez y seis años, no ordenará el Juez el arresto sino después de calificados los motivos y podrá extenderla hasta por seis meses a lo más”. (Art. 244 C.)

Además de los padres, puede ejercer los derechos concedidos por el artículo precedente cualquiera persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; “pero nunca se ejecutará contra el hijo mayor de veintiún años o habilitado de edad”. (245 C.)

Con prudencia merecedora de encomio, se fija un límite máximo para la duración del arresto correccional, pues si hiciese extensivo por mucho tiempo, además de que sería atentatorio a la libertad individual, se obtendrían seguramente resultados contrarios a los

que se desean para bien de los menores, ya que una severidad excesiva en su tratamiento sería ineficaz, tomando en cuenta que si no dan indicios de reformarse con seis meses de prisión es porque son refractarios a toda componenda provechosa.

De las precauciones exigidas por la ley cuando el hijo ha cumplido diez y seis años, debemos decir otro tanto, citando la opinión de un respetable publicista, quien se expresa sobre el particular con las frases siguientes: "Por mucha confianza que merezcan los padres, la ley no admite la suposición de que todos sean igualmente rectos y mesurados; así es que es conveniente examinar los motivos que deciden al padre o madre a detenerlo y desestimar su pretensión sino se apoya en motivos tan poderosos como racional y prudentemente deben serlo. Esto no amengua la autoridad de aquellos y puede beneficiar al hijo cuando procedan impulsados por malas influencias".

Otras legislaciones, con lucidez de criterio a juicio nuestro, hacen extensiva la calificación de motivos por el Juez cuando el hijo ejerce algún empleo, profesión o industria aunque sea menor de diez y seis años, sobre lo cual se expresa el aludido comentarista en los términos que siguen: "Debe suponerse entonces en el joven una educación esmerada o un talento o habilidad precoz y merece consideración especial por esta circunstancia y por la de que el arresto puede desprestigiarlo y hacerle perder su colocación o crédito perjudicándolo gravemente en su porvenir".

La disposición comentada dice que el castigo disciplinario impuesto por los padres deben sufrirlo los hijos de familia en un establecimiento correccional; pero como dichos establecimientos son enteramente desconocidos en nuestro país, ningún padre ocurre ante los Jueces en demanda de la orden de arresto mencionada.

En España sucedió, según el decir de un comentarista, que unas autoridades se negaron a dar cumplimiento al precepto legal de la reclusión a instancias

de los padres de familia por no existir en el reino, igualmente que entre nosotros, establecimientos *destinados al efecto* donde la corrección pudiera hacerse efectiva; mientras que otros accedieron a dichas peticiones reclusando a los menores en lugares inadecuados.

En vista del inconveniente suscitado, el Tribunal Supremo de Justicia, resolvió para solucionarlo que si bien era cierto que no existían los referidos establecimientos correccionales destinados *especialmente al objeto*, se encontraban en todo su vigor los derechos concedidos a los padres sobre sus hijos y cuya autoridad se hacía necesario sostener. Pero tomando en consideración que de cumplirse el castigo de que se trata en establecimientos de índole distinta de aquellos donde el legislador ha querido que se cumpla, podrían obtenerse resultados contraproducentes por ser muy peligroso para los corregidos su contacto en las cárceles con toda clase de delincuentes, dispuso para evitar el peligro: "que mientras se careciere de los referidos establecimientos, los castigos se cumplirían en lugares de beneficencia como los hospicios, y en los lugares donde no existiesen dichos establecimientos, se destinara un local a propósito para las correcciones como las casas consistoriales".

Transcribimos la anterior resolución por vía ilustrativa, ya que muy bien pudiera ser adoptada por nuestro legislador, tomando en cuenta que no estamos mejor provistos que nuestra madre patria de establecimientos tan deseados como son los correccionales.

Otro derecho que la patria potestad confiere a los padres de familia, consiste en poder elegir el estado o profesión futura de sus hijos, por lo cual éstos están obligados a dedicarse a la ocupación que aquellos prefieran, mientras no hubiesen cumplido diez y ocho años, pues una vez llegados a esa edad, quedan libres para optar sin tropiezos por la que mejor les parezca conveniente (246 C). Con todo, en ningún caso pueden ser obligados a contraer matrimonio con-

tra su voluntad, pues si eso fuera permitido los padres lejos de beneficiar a sus hijos, les impondrían un sacrificio, cuyas irreparables consecuencias serían probablemente desastrosas.

Cuando según el Art. 236, los hijos legítimos son *confiados* a otras personas por inhabilidad *moral* de sus padres, puede acontecer que éstos pierden solamente el *cuidado personal* de aquéllos o todos los derechos que la *patria potestad* trae consigo, verificándose una verdadera *emancipación* judicial de conformidad con el Art. 276 C., pues ambos se hallan íntimamente relacionados según la amplitud que quiera darse a los términos *inhabilidad moral*. Sucede lo primero, a juicio nuestro, cuando la *mala conducta* de los padres no es tan *grave*, y da motivo solamente a la providencia judicial de separar a los hijos de *su lado*, lo cual puede ser revocada y produce el efecto de suspender el goce la *persona* de los hijos (249 C).

La *inhabilidad moral* de ambos padres ocasionará la emancipación judicial de los hijos, que en todo caso es *irrevocable*, cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 276 citado, entre las cuales figura la del *abandono* de los menores.

La *mala conducta* de los padres será lo bastante *grave* para *despojarlos* de la patria potestad, cuando por su depravación se hacen incapaces de ejercerla y siempre que maltraten habitualmente a sus hijos en términos de poner en peligro su vida o causarles grave daño.

A estos motivos responde el artículo 277 C., que al referirse al derecho de elegir el estado o profesión futura de los hijos de familia y de dirigir su educación, establece que tal derecho "cesará respecto de los hijos *que por la mala conducta del padre o madre* hayan sido sacados de su *poder* y confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con *anuencia* del *tutor* o *curador*; si *ella misma no lo fuere*.

Por otra parte, el Art. 248 C. dice claramente que los padres legítimos *pierden* los derechos que se les

conceden sobre la *persona* de sus hijos, cuando los han llevado a una casa de expósitos o *abandonado* de otra manera.

Si el *abandono* de los menores por sus padres legítimos es *causal de emancipación*, el artículo anterior contempla un caso de verdadera pérdida de la patria potestad, que debe estar comprendido indudablemente en el inciso 2º del Art. 276 C. y debe hacerse extensivo a los bienes de los hijos.

Dando por cierta esta identidad, y sabiendo que toda emancipación es *irrevocable*, resulta que el artículo 250 C. es inútil y contradictorio, a saber: "Art. 250. Si el hijo *abandonado* por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona y quisieren sus padres *sacarle del poder* de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el Juez".

Lo compendiosa que por razón de su extensión debe ser nuestra conferencia nos imposibilita para entrar en detalles analíticos sobre los distintos puntos que nos precisa atender; pero del somero examen que antecede sobre las restricciones o derecho de patria potestad, resulta, salvo error o crítica superficial, que reina en tan delicada materia cierta confusión, proveniente de la impropiedad en el uso de los términos y de falta de orden y sistema expositivos, que se nota en la incoherencia manifiesta entre disposiciones que versan sobre el mismo asunto.

Si bien es cierto que los hijos legítimos están especialmente sometidos a su padre, que ejerce sobre ellos la patria potestad con preferencia a la madre, aquéllos deben respeto y obediencia a ambos, con más la obligación que la ley les impone de servirles sin ningún salario en el oficio o cargo a que los destinen.

Es una recompensa muy justa en verdad, ésta de que los padres se aprovechen *ad honorem* de los servicios de sus hijos, ya que no son insignificantes los desvelos y cuidados a que gustosamente se sujetan para proporcionarles todo el bienestar posible.

Además, nuestro Código previene a los hijos legi-

timos que aunque la emancipación les dé el derecho de obrar independientemente, es decir con entera libertad en todos los actos de su vida pública y privada, quedan siempre moralmente comprometidos a culdar de sus padres y abuelos en su ancianidad, cuando agotados por las inclemencias de la vida se hallen al borde de la tumba (231 y 232 C.)

Al dictar estas últimas disposiciones, el legislador ha traspasado los límites del derecho para entrar en las esferas de la ética, y según el decir de un notable civilista carecen de objeto, porque no producen ninguna consecuencia jurídica. "El Código Civil agrega no debe ser un tratado de moral sino que en él deben encontrar puesto aquellas prescripciones que el legislador puede proveer de una sanción válida".

Hasta aquí los efectos de la Patria Potestad en cuanto a la persona de los menores desde el punto de vista de su vida privada. En cuanto a los actos de la vida jurídica, los menores están clasificados entre los incapaces para obligarse, pudiendo serlo de una manera absoluta o solamente relativa, según el mayor o menor desarrollo de sus facultades como lo veremos en su oportunidad. Para suplir esta incapacidad de los menores, todos los Códigos del mundo civilizado han instituido la representación legal, que tratándose de hijos sujetos a patria potestad, corresponde al padre o madre que la ejercen, quienes están obligados a comparecer en juicio en todos los negocios judiciales y extrajudiciales que de alguna manera se relacionen con la persona o bienes de sus representados, y que éstos legítimamente no puedan atender (Arts. 16 Pr. y 41 C).

Por último, nos resta referirnos a los derechos y obligaciones recíprocos de los padres y los hijos ilegítimos, acerca de los cuales el artículo 287 C. dice: "La madre ilegítima tiene la patria potestad sobre sus hijos con los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres e hijos legítimos entre sí".

En cuanto a los hijos naturales, ya hemos visto y criticado que nuestro Código Civil no los comprende al definir la patria potestad, y por el contrario los excluye en los términos siguientes: "Art. 285. Los hijos naturales no tienen respecto del padre que los ha reconocido con las solemnidades legales, otros derechos que los que expresamente les conceden las leyes.

Empero, estos derechos son más numerosos de lo que a primera vista pudiera creerse, pues los hijos naturales están equiparados a los legítimos y les son aplicables con leves restricciones todos los preceptos enunciados que regulan la conducta privada de los padres legítimos para con los suyos (288, 289, 290 y 291 C.)

Las facultades de los padres naturales para con sus hijos, se hallan restringidas en lo tocante a la representación legal, gobierno y derechos sobre los bienes de los mismos, que corresponden a la madre. Cuando ésta falta por fallecimiento o se le priva o suspende de la patria potestad, la ley prefiere a los padres naturales para la tutela legítima (387 C.)



## Efectos de la Patria Potestad en cuanto a los bienes de los hijos

Ya hemos hecho notar antes, y es muy sabido de todos, que hubo un tiempo en que la patria potestad romana, despiadada y cruel, desconociendo hasta los más elementales principios del derecho natural, se caracterizó por su tinte despótico, tirano y atentatorio de la personalidad humana. Si los padres estaban autorizados legalmente para disponer sin reparos de la vida de los hijos, fácil es suponer cuáles serían sus facultades sobre los bienes de los mismos, o mejor dicho, sobre los que estos adquirirían; pues habiéndose suprimido para ellos el derecho de propiedad, al menos por muchos años, resultaba que no podían jactarse de poseer ningún bien de su exclusiva pertenencia.

Conocido es el aforismo de aquella antigua legislación, calificada en todos los tiempos de sabia, y que aún se conserva al través de los siglos por el indiscutible fondo de justicia que lo informa: *“se adquiere para nosotros, no sólo por nosotros mismos, sino por medio de nuestras cosas”*. Los hijos eran considerados con respecto de sus padres, no como personas, sino como cosas, de donde todo lo que éstos adquirirían con su trabajo y a cualquier título pertenecía a aquéllos sin distinciones de ninguna clase. Los padres de familia, pues, adquirirían por medio de sus hijos de igual modo que los quiritas mediante sus esclavos.

Dionisio de Alicarnaso escribió en aquellas remotas edades sobre el particular: "que los hijos de familia romanos no tienen nada propio, viviendo los padres; antes la ley de Rómulo puso al arbitrio de los padres los bienes y personas de sus hijos".

La ley de Rómulo, para bien de los hijos de familia, no estuvo afortunadamente en vigencia por tiempo indefinido, sino que sufrió una saludable modificación consistente en concederles el goce de una parte de los bienes que formaban lo que se denominó *peculio*, palabra derivada de *pecus* cuya etimología significa rebaño; porque antiguamente consistían en tenerlos la mayor parte de las riquezas, y en memoria de este modo de concebir dichas riquezas se le dió con posteridad a la moneda el nombre de *pecunia*. A esa circunstancia obedeció, según el decir de Helnecio, que en las antiquísimas monedas de los romanos, se hallase, las más veces, la figura de un buey, cerdo u otro animal cuadrúpedo.

En el lenguaje jurídico se definió el *peculio* como el reducido patrimonio que el hijo de familia o el esclavo tenían separado de los bienes paternos o de su señor, y se dividía en militar y pagano. El militar era castrense o cuasicastrense, y el pagano profecticio o adventicio.

El militar castrense se adquiría con ocasión de la milicia armada, marítima o terrestre; y el cuasicastrense, con ocasión de la milicia togada o de los consejos, tribunales y artes liberales.

El *peculio* pagano estaba formado por los bienes que el hijo adquiría fuera de la milicia togada o armada, y se dividía en profecticio y adventicio, subdividiéndose este último, a su vez, en ordinario y extraordinario.

Se llamaba profecticio cuando llegaba a los hijos mediante las cosas pertenecientes a sus padres, o simplemente por consideración a éstos. El adventicio ordinario lo formaban los bienes adquiridos por los hijos en su trabajo, profesión o industria; y el adven-

ticio extraordinario cuando provenía del azar o de terceras personas, es decir, que no fuera mediante los bienes de los padres o en consideración a éstos.

La propiedad de estas distintas clases de peculios estaba distribuida entre los padres e hijos según su procedencia, de acuerdo con las mudanzas que sufría sobre el particular la patria potestad romana.

El castrense y el cuasi castrense pertenecían al hijo de pleno derecho, y sobre ellos no tenía el padre ni el dominio ni la administración.

Se concedió a los hijos el privilegio de gozar y disfrutar de dichos peculios, para estimularlos a que se alistasen en las filas de los ejércitos en tiempo de Augusto, quien estableció en Roma la milicia mercenaria.

Sobre el peculio profecticio, el padre tenía pleno derecho y al hijo sólo correspondía su administración, porque ambos eran considerados en los negocios privados como una sola persona.

En cuanto al peculio adventicio, si era ordinario o regular el hijo tenía la propiedad y el padre el usufructo; y si era extraordinario o irregular el hijo tenía todo y nada el padre.

Tales eran los efectos de la patria potestad en derecho romano sobre los bienes de los hijos, que comprendidos en la teoría de los peculios se conservan actualmente más o menos modificados en nuestro Código Civil y otros muchos, como la veremos a continuación.

Según hemos dicho en párrafos anteriores, el padre de familia es el representante de sus hijos legítimos en todo lo concerniente a los negocios que les atañen, estando comisionados por ministerio de ley para velar por los intereses de sus representados.

Sin embargo, como no todos los bienes de los hijos de familia reconocen un mismo origen y procedencia, ni suponen idéntico título de adquisición, las facultades que el legislador reconoce a los padres sobre ellos son esencialmente diversas.

El primordial derecho que se les reconoce, es el de usufructo sobre gran parte de los bienes de sus hijos. Acerca del verdadero fundamento jurídico de este usufructo legal, los más insignes civilistas han externado su opinión, si bien no lo han hecho todos de modo uniforme; pero universalmente se ha reconocido la necesidad de fijar su verdadero concepto, por ser de sumo interés para la práctica y la ciencia.

Para explicar su razón de ser, el concepto que prevalece es el de una remuneración concedida a los padres por la ley en recompensa de las costas que la educación y cuidado de los hijos traen consigo.

El comentarista Ricce adversa la opinión de que el usufructo legal sea una recompensa otorgada a los padres de familia por su gestión en las atenciones de la prole, expresándose de la manera siguiente: "Repugna la idea de que el más sagrado de los deberes pueda corresponder a una remuneración pecuniaria material. Una patria potestad valuada en metálico perdería todo su prestigio, y el más poderoso de los afectos que abriga el corazón humano se convertiría en un objeto de lucro".

En consecuencia, el usufructo legal para el mencionado tratadista, no es sino un derecho moral que no puede ser objeto de contratación, ni renunciarse porque se deriva de la patria potestad que es irrenunciable y constituye un medio para ejercerla.

No teniendo el padre de familia la propiedad de estos bienes sino como un medio para ejercer la patria potestad, resulta, siguiendo la doctrina del civilista de referencia, que los acreedores particulares de aquél no pueden embargar el haber que constituye el usufructo legal, sino en la parte que excede a los gastos necesarios para subvenir a la educación de los hijos.

La teoría expuesta es la que rige en el Código Civil italiano, y la transcribimos aquí únicamente por vía de ilustración. Entre nosotros, las disposiciones claras y terminantes de la ley conceden al padre o

madre que ejerce la patria potestad, el derecho de gozar y disfrutar del usufructo de varios de los bienes de sus hijos como una remuneración por las espenzas y cuidados que trae consigo la educación de la prole. Pueden por lo tanto disponer como mejor les parezca de dicho usufructo, enajenándolo a cualquier título, no obstante lo cual está exento de poder ser embargado a consecuencia de obligaciones personales contraídas por ellos (2213 C.)

La doctrina de nuestra legislación sobre esta materia tan importante y trascendental, está contenida en los preceptos siguientes del Art. 255 C.

1º El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia que forman su peculio adventicio ordinario.

2º No tiene ningún derecho en los bienes que el hijo ha adquirido en el ejercicio de toda profesión, empleo, industria u oficio, los cuales forman su peculio profesional o industrial, correspondiente al costrense o cuasi costrense de los romanos, pues para su administración y goce la ley los considera como emancipados y habilitados de edad (258 C.)

3º Tampoco goza del usufructo de las herencias o legados que hayan pasado al hijo por su incapacidad o indignidad.

4º Puede tenerlo en los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, según la voluntad del donante o testador, los cuales forman, junto con los comprendidos en el número precedente, su peculio adventicio extraordinario.

Como se ve, el artículo 255 aludido, deslinda la propiedad separada de los padres y los hijos de familia en los bienes de éstos.

En cuanto a la administración de dichos bienes, se rige por reglas distintas, para cuya aplicación precisa diferenciar aquellos en que el padre tiene el usufructo legal de aquellos en que no lo tiene.

Sin ninguna limitación, el padre es administrador

de los bienes de sus hijos en que la ley le concede el usufructo (peculio adventicio ordinario) (259 C.)

No tiene la administración ni el usufructo, según acabamos de decir, en los bienes que forman el peculio profesional o industrial del menor (258 C.) principio que también es aplicable a los bienes que han pasado a sus hijos por su incapacidad o indignidad (259 C.)

En los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, puede el padre tener el usufructo y la administración; ninguna de las dos cosas; sólo el usufructo o sólo la administración, pues la condición de no administrar que le impone el donante o testador no se entiende que le priva del usufructo, y al contrario (260 C.)

La ley se muestra profundamente respetuosa al no conceder al padre el usufructo de los bienes que se han transferido al hijo con esa reserva, porque una condición de tal naturaleza no puede tener otro fundamento que la falta de confianza del donante o testador, o también una mayor utilidad para el hijo.

En los bienes en que la ley les concede el usufructo o la administración, los padres tienen las obligaciones de todo administrador o usufructuario, exceptuando la de inventariar dichos bienes mientras no pasen a otras nupcias, y la de prestar fianza para la conservación y restitución de la cosa fructuaria (261 C.)

Se les exime de la obligación de prestar fianza, porque es indudable que su afecto hacia la prole es la garantía más segura de que no abusarán del usufructo legal en menoscabo de los intereses de sus hijos, y aparte de esta razón moral se toma en cuenta que comúnmente emplean esos frutos en provecho de los mismos hijos.

En cuanto a la formalidad del inventario, otras legislaciones exigen que el padre o madre que ejerce la patria potestad lo haga en todo caso, porque tal requisito no constituye para ellos una carga y en más

de alguna ocasión serviría de salvaguardia en bien de los menores.

Entre nosotros, según acabamos de indicar, basta que mientras el padre o madre no intenten contraer nuevo matrimonio, lleven una descripción circunstanciada de los bienes de sus hijos desde que empiezen a administrarlos (261, 177, 181 C.) y deberán, en consecuencia, sujetarse a las limitaciones y cargas que la ley impone a los administradores de bienes ajenos que figuran enumerados en el título XXIX Cap. II del Libro IV del Código Civil, que trata "De la Administración del Mandato".

Son actos de pura administración, dice el Art. 1892 C.: "pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado".

El padre de familia debe proceder, pues, como simple mandatario, (imposibilitado para delegar su encargo), en la administración de los bienes de sus hijos que le encomienda la ley, y su gestión encuentra un justo límite en las prescripciones del artículo preinserto.

Su responsabilidad en lo tocante a la administración aludida, se extiende hasta la culpa leve, o lo que es lo mismo, debe desplegar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en la gestión de sus negocios propios, y en esa virtud solamente podrán imputársele los descuidos ordinarios o comunes en que incurra desempeñando su cometido.

Esta responsabilidad de los padres para con los bienes de sus hijos, se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita a la propiedad en los

bienes de que es administrador y usufructuario (42 y 262 C.)

En lo referente a los actos que traspasan los límites de una simple administración, tales como enajenar o hipotecar los bienes raíces de los hijos, que valgan más de doscientos pesos, los padres no podrán verificarlos sino con previa autorización del Juez, quien no debe concederla sino es calificando antes los motivos y sin que la venta se haga en pública subasta. Esta regla es aplicable aun a los bienes que forman parte del peculio profesional o industrial de los hijos (267 C.)

Tampoco es permitido a los padres de familia hacer donación de cualquiera parte de los mencionados bienes, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar una herencia deferida a sus hijos, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores, de las cuales nos ocuparemos en su lugar respectivo (268 C.)

Las autorizaciones que deben solicitar los padres de familia para contraer ciertas cargas en nombre de los hijos, dice un comentarista, se exigen en bien de éstos a quienes la ley quiere proteger, y no en interés de los terceros contratantes, los cuales están en situación de proveer por sí mismos a la tutela de sus propios intereses.

Vamos a ver ahora en qué casos el padre o madre que ejerce la patria potestad, pierde el usufructo legal o la administración de los bienes de sus hijos.

En cuanto al usufructo legal, el padre o madre gozan de él hasta la emancipación del hijo, ya sea ésta voluntaria, por la ley o judicial (256 C.) En efecto; según hemos visto en las líneas que preceden, este privilegio tiene su fundamento en la misma patria potestad, constituyendo hasta cierto punto un medio para ejercerla, y en esa virtud el legislador no podría privar a los hijos, sin injusticia, de gozar de las rentas de sus bienes, una vez que hayan sido emancipados, aunque queden por ese motivo bajo tutela.

Cuando el padre pierde el usufructo legal por la emancipación del hijo, queda por el mismo hecho privado de la administración de los bienes de éste que se le confiere, pero no al contrario, y así puede ser despojado de dicha administración sin que pueda privársele del usufructo legal.

En efecto; el Art. 263 C. dice de una manera clara y terminante: "que habrá derecho para quitar al padre de familia la *administración* de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual", porque en tal caso los intereses de los menores, lejos de hallarse en la completa seguridad deseada, es evidente que se encuentran en inminente peligro de una bancarrota irreparable.

El inciso segundo del citado artículo agrega: que "perderá el padre la *administración* de los bienes del hijo, siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial.

De lo dicho se deduce que sólo cuando el hijo de familia es emancipado, deja el padre de aprovecharse del usufructo legal, disposición que a juicio nuestro adolece de una incalificable anomalía, pues no es equitativo que él siga siendo el beneficiado, cuando al suspenderle en el ejercicio de la patria potestad corren a cargo de la madre todas las expensas de la familia.

Las obligaciones y sacrificios de los cuidados de la prole son los únicos que pueden justificar que los padres lucren con los bienes de sus hijos, por lo cual la estricta justicia pide en este caso, que, cesando las molestias, cesen también las ventajas, que entonces ya no tienen razón de ser. Por este motivo puede, a nuestro juicio, admitirse sin repugnancia que no se prive al padre del usufructo legal, aunque se haga culpable de dolo o de negligencia en la administración de los bienes que se le encomiendan, pues entonces sus obligaciones para con sus hijos subsisten, cosa que no sucede con la suspensión de la patria potestad.

Siempre que el padre o madre que ejercen la patria potestad son privados de la administración de los

bienes de sus hijos por el donante o testador o por la ley, se hace necesario dar a éstos un curador adjunto para que se encargue de ella; pero si se tratase de bienes en que la ley les concede el usufructo, conservarán su derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración (264 y 369) C.

Sobre el peculio profesional o industrial de los hijos de familia, ya hemos visto que el padre o madre que ejercen la patria potestad no tienen ningún derecho, y que aquel se considera como emancipado y habilitado de edad para su administración y goce, siendo por lo tanto válidos todos los actos y contratos que celebre sobre dicho peculio.

El fin que la ley ha tenido en mira al conceder ese privilegio a los hijos de familia, es el de estimularlos en el aprendizaje y ejercicio de la profesión o industria por ellos emprendida, lo cual se consigue permitiéndoles que disfruten de los productos obtenidos con el libre y honesto ejercicio de su trabajo personal.

Para todos los demás actos y contratos que ejecuten fuera de los antedichos, la ley les impone la obligación de impetrar la autorización paterna, y si contraviniendo esta orden no solicitan y obtienen dicha autorización, quedan responsables con su peculio profesional sin poder quejarse de su falta.

Esta responsabilidad del hijo de familia, sin embargo, no es plena y absoluta en todos los casos, ya que la ley siempre lo favorece a pesar de su desobediencia cuando ha tomado dinero a interés o hecho compras al crédito, pues entonces su responsabilidad se extiende solamente hasta la concurrencia de los beneficios que le hubieren reportado tales contratos. y no más ( 265 C.)

Siempre que el padre de familia por el ministerio de la ley haya de autorizar al hijo para que se obligue, deberá hacerlo por escritura pública o interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto o contrato, pues con tales formalidades se reviste el negocio pac-

tado de la autenticidad suficiente para que no haya lugar a dudar de su validez, además de que la activa participación del padre en la contratación es exigida para suplir la inexperiencia del menor que podría lesionarlo gravemente en sus intereses.

La autorización paterna en cualquiera de las dos formas indicadas, o su ratificación posterior de todo acto o contrato celebrado por el hijo de familia, fuera de su peculio profesional o industrial, produce el efecto de obligar directamente al padre y subsidiariamente al hijo, hasta la concurrencia del beneficio que este hubiere reportado del acto o contrato en cuya celebración hubiere intervenido directamente (266 C.)

Nuestro Código Civil en su laudable afán de proteger a los menores por todos los medios posibles, llega hasta amenazar a los padres de familia en sus propios intereses con el precepto anterior, amonestándolos para que se conduzcan con cautela y prudencia en el desempeño de su cometido, y examinen con exactitud el negocio en que sus hijos hayan de intervenir antes de otorgarles festinadamente una autorización de consecuencias dudosas.



## VI

### De la Emancipación

En derecho romano, siendo el fundamento de la patria potestad el dominio quiritarario, o sea el que ejercían los señores sobre sus esclavos, por todos los medios por los cuales se acababa dicho dominio, por los mismos se disolvía el derecho de patria potestad.

Estos medios eran, 1º la muerte natural, pero se hacía distinción entre los hijos de primero y ulteriores grados. Los de primer grado quedaban emancipados desde el momento en que fallecían sus padres, pero no los de grados ulteriores si sobrevivía algún ascendiente varón, pues según hemos visto atrás, el derecho de patria potestad no correspondía solamente a los padres de los menores, sino también a los abuelos y bisabuelos en la línea paterna.

2º Por la muerte civil o *capitis* disminución máxima, equivalente a la muerte natural, que convertía al hombre libre en esclavo, y también por la media que lo convertía en extranjero, pues ni uno ni otro eran aptos para ejercer la patria potestad.

3º Por la adopción plena que del hijo de familia hacía un pariente o extraño; pero en este caso más bien se trataba de una transferencia que de una pérdida de la patria potestad; y

4º Por la emancipación propiamente dicha, que en la actualidad comprende todos los modos de acabarse el derecho aludido. Emancipar entre los romanos era lo mismo que vender por la moneda y el

peso, tres veces y delante de cinco testigos, al hijo que el padre quería librar de su autoridad espontáneamente. Esta solemne venta triple se conformaba con el criterio que prevalecía entonces de considerar a los esclavos e hijos de familia, no como personas sino como cosas. Además de esta emancipación que se llamó antigua por derivarse de las doce tablas, se conocían también la anastasiense, inventada por el Emperador Anastasio, y la justiniana, ideada por el gran Justiniano. La reforma anastasiense consistió en sustituir las tres ventas imaginarias antedichas por un rescripto del príncipe, obtenido el cual la emancipación quedaba efectuada, produciendo los mismos efectos que la antigua. Sin embargo, la innovación del emperador Anastasio adolecía del inconveniente de obtener el rescripto cuando el hijo que se trataba de emancipar vivía a larga distancia de la residencia del príncipe, y para remediar ese contratiempo fue que Justiniano acordó facilitar la emancipación por un medio más rápido y sencillo, consiste en la comparecencia del padre y el hijo que consentía en ser emancipado, ante cualquier Juez, quien por un acto de jurisdicción voluntaria declaraba disuelto el vínculo de la patria potestad, consignando por escrito las formalidades de la ceremonia.

La emancipación romana, empero, no siempre tenía lugar por el acuerdo espontáneo del padre y del hijo que ansiaba conseguir su libertad, sino que también revestía la forma judicial, como se practica hoy en todos los países civilizados, despojando a aquel de los derechos que se le conceden sobre su prole por causas de conveniencia pública.

Según eso, el padre quedaba privado de la patria potestad, sobre sus hijos, en tres casos:

1º Cuando prostituía a sus hijos llevando al hogar la inmoralidad más escandalosa, pues entonces se le consideraba indigno por malvado de seguir ejerciéndola por más tiempo.

2º Cuando abandonaba al menor, dejándolo expuesto a la caridad pública, lo que le impedía reclamarlo después de poder de los extraños; y

3º Por contraer nupcias incestuosas.

Como veremos en las líneas subsiguientes, los modos de acabarse la patria potestad romana, son muy semejantes a los admitidos en la actualidad de manera uniforme por las legislaciones cultas, desde el momento que en ellas tienen su origen y dependencia bajo la designación general de emancipación; pero ante todo conviene que nos ocupemos de la simple suspensión de la patria potestad, que como su nombre lo indica, sólo produce el efecto de limitar por tiempo más o menos considerable el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que la misma implica.

La patria potestad se suspende, dice el Art. 271 C., por la prolongada demencia del padre; por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por la larga ausencia del mismo, de la cual se siga perjuicio grave a los intereses del hijo que él por su ausencia no provee.

Estas causales justifican ampliamente la suspensión aludida, por ser entonces manifiesta la inhabilidad paterna en el desempeño de sus atribuciones para con la persona y bienes de la prole, que en ningún caso debe permitir el legislador que queden en desamparo.

Para suplir la incompetencia del padre, el inciso segundo del artículo citado, agrega: que en tal caso, la patria potestad será ejercida por la madre, que aquel recobrará al cesar los motivos que ocasionaron la suspensión; y si el menor no tuviere madre viva, o ésta fuere incapaz de ejercer dicha patria potestad por adolecer de impedimento legal, es evidente que habrá lugar al nombramiento de tutor conforme a las reglas generales (369 C.)

Si el impedimento del padre de temporal se convirtiere en permanente, se estaría en presencia de una

verdadera emancipación, de la cual pasamos a ocuparnos.

Nuestro Código Civil la define como un hecho que pone fin a la patria potestad, y la divide en tres clases, a saber: voluntaria, legal y judicial.

La voluntaria se efectúa por medio de instrumento público, otorgado ante competente escribano y previa autorización del Juez, con conocimiento de causa (274 C.)

Es indispensable, además, para que dicha emancipación sea válida, según el mismo artículo citado, el libre y espontáneo consentimiento del padre y el hijo, así como también que éste haya llegado a la pubertad, porque hasta entonces está en aptitud de poder apreciar con alguna madurez de juicio las ventajas o inconvenientes que un acto de tanta trascendencia para su vida pudiera traer consigo. Exigiéndose este voluntario, claro y terminante consentimiento de parte de ambos, es natural que ninguno de los dos puede ser obligado a prestarlo forzosamente, porque entonces dejaría de ser consentimiento, como se acostumbraba respecto del padre por las antiguas leyes españolas, cuando alguien dejaba al hijo de familia una herencia o legado a condición de que aquel lo emancipara.

Otro requisito para que esta clase de emancipación pueda tener lugar, consiste en que el menor haya llegado a la pubertad, a diferencia de otras legislaciones que no la permiten sino cuando el hijo de familia ha cumplido la edad de diez y ocho años, alegando que la emancipación voluntaria debe suponer que éste puede subsistir y manejarse para sí en atención a su madurez de juicio, por su precoz desarrollo y suficiente cordura. Por esa razón se dice que parece disonante, cuando no contradictorio, emancipar y sujetar a tutela, que es lo que dispone nuestra ley. "Más bien debía establecerse, agrega sobre el particular cierto civilista, que el emancipado es *sui juris* o suprimirse la emancipación, la cual debe equipararse por lo me-

nos a la habilitación de edad. De otro modo bastaba establecer en lugar de la emancipación el derecho del padre de ceder el usufructo de sus bienes sin que cesara su potestad”.

A nuestro parecer, estas críticas tendrían alguna razón que alegar, si fuera permitido a los padres de familia proceder a la emancipación de sus hijos por causas fútiles e inconducentes; pero están desprovistas de fundamento, porque los fines que el legislador ha tenido en mira al permitirlos, no han sido otros que los de favorecer a los menores, y este provecho sólo es dable conseguirlo en determinados casos mediante la espontánea disolución del vínculo de patria potestad.

En efecto: fijándonos en los términos empleados por el Art. 274 de nuestro Código Civil, notamos que el Juez para otorgar la autorización respectiva debe previamente *calificar los motivos* que asistan al padre e hijo de familia para acordar la emancipación, y denegarla si dichos motivos no le parecieron lo bastante atendibles y satisfactorios.

Llenará los requisitos de una justa causal para el caso, la oferta hecha por una persona acaudalada a un padre o madre de familia que viva en situación precaria de educarle un hijo por su cuenta a condición de que lo emancipe.

Con una proposición tan halagadora, no cabe vacilación posible para aceptarla, ni choca ni parece disonante librar de la patria potestad y someter a tutela, como lo dice el comentarista antes citado.

Otro ejemplo pertinente para ilustrar la materia, sería el de una proposición parecida a la citada hecha a un anciano decrepito y macilento, que agobiado por el peso de los años se hallare imposibilitado para sustentar a una numerosa familia.

Por otra parte, consumada la emancipación voluntaria no por eso queda el menor privado del cariño y atenciones de sus progenitores, ya que la ley establece que entonces debe tener lugar la tutela legítima,

para cuyo ejercicio se prefiere siempre al mismo padre que ha consentido en la emancipación (386 y 387 C.)

La emancipación legal se efectúa en cuatro casos a saber:

1º Por la muerte del padre o madre que ejercen la patria potestad;

2º Por el matrimonio del hijo;

3º Por haber cumplido el hijo veintitún años de edad;

4º Por el decreto que declara la muerte presunta del padre o madre en caso de desaparecimiento (275-C.)

El número primero de este artículo no requiere ninguna explicación, ya que la muerte disuelve todos los vínculos de parentesco, y a diferencia de las leyes romanas, en ningún país del mundo civilizado se le concede ahora el derecho de patria potestad a otros ascendientes que a los padres de los menores.

Cuando éstos contraen matrimonio, la emancipación se justifica porque pasan a ser los jefes de una nueva familia, y las obligaciones que entonces tienen que cumplir son incompatibles con la rigurosa sujeción a la autoridad paterna o materna, por lo cual la equidad más estricta pide que se le deje el libre goce de los frutos de todos sus bienes, a cualquier título que los hayan adquirido.

Si a la fecha de su matrimonio el hijo de familia no ha cumplido diez y ocho años de edad, *queda no obstante por el ministerio de la ley sujeto a la tutela legítima ejercida de preferencia por el padre mismo* como en el caso de emancipación voluntaria, siempre que su cónyuge no haya llegado tampoco a esa edad; pues si ambos cónyuges son menores, pero uno de ellos ha cumplido diez y ocho años, éste será el representante y administrador de los bienes de su consorte (370 C.)

Además: cuando los menores han contraído matrimonio sin ningún impedimento legal conocido, y después se disuelve el vínculo por llegar a descubrirse

el vicio que lo invalidaba, hay que atender a la buena o mala fe que de parte de ellos haya habido al contraerlo para decidir si con la declaratoria de nulidad la emancipación subsiste o no como válida.

El matrimonio putativo, dice el artículo 168 C. si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo; y sabiendo que uno de los efectos civiles que produce el matrimonio de los menores es la emancipación, resulta que si hubo buena fe de parte de éstos al contraserle, dicha emancipación, tiene que ser válida aunque después queden sometidos a tutela por la declaratoria de nulidad. Por el contrario, si ha habido mala fe de parte del hijo de familia, con la disolución del matrimonio vuelve a quedar sometido a la patria potestad, porque a los ojos de la ley dicho matrimonio no ha existido, y por lo mismo la emancipación no ha podido verificarse legalmente.

También queda emancipado el hijo de familia al cumplir veintiún años de edad, porque entonces el hombre alcanza la completa madurez de todas sus facultades y con ella la plena capacidad legal para ejercer sin ayuda ninguna los derechos y obligaciones inherentes a la vida civil.

Se emancipa también legalmente el hijo de familia, dice el número cuarto del artículo que comentamos, por el decreto que declara la muerte presunta del padre o madre en caso de desaparecimiento.

Tratándose de los efectos civiles que produce la muerte de una persona, hay necesidad de distinguir la simple presunción de muerte de su declaratoria. La presunción de muerte puede ocasionar la suspensión de la patria potestad, pero nunca su pérdida para el padre que la ha ejercido sin ninguna incapacidad legal, ya que una leve sospecha de su fallecimiento no es bastante para justificar la privación de sus derechos sobre sus hijos.

Por el contrario, cuando según el decir de un comentarista toma cuerpo la creencia racional de un acontecimiento inesperado, y la ley sanciona ese sentimiento proveyendo a los cuidados que requieren los bienes del ausente por virtud de declaración, entonces varía el aspecto de las cosas y la mera sospecha de muerte toma tintes más acentuados. Los efectos de esa declaración trascienden a todos los órdenes de las relaciones civiles y se justifica así la pérdida de la patria potestad para el padre que voluntaria o forzosamente abandonó su hogar.

La tercera clase de emancipación establecida por nuestro Código Civil y otros muchos, es la judicial, o sea la que se ejecuta por decreto del Juez en los casos siguientes:

1ª Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.

2ª Cuando el padre ha abandonado al hijo.

3ª Cuando por su depravación se hace incapaz de ejercer la patria potestad.

4ª Por vivir la madre deshonestamente u observar una conducta depravada.

En los tres primeros casos de este artículo, podrá proceder el Juez a petición de cualquier consanguíneo del hijo y aún de oficio. (276 C.)

El fundamento jurídico de esta clase de emancipación, radica en la necesidad social de proteger a los menores contra el mal ejemplo, la impudicia, la crueldad y el abandono de los padres desnaturalizados para con sus hijos.

La vida del hogar debe traducirse en una misión de paz, de concordia, de cariño; pues es allí donde debe tener su asiento la moral más evangélica y los más puros sentimientos del corazón humano expandirse sin mezcla con las bajas pasiones y rosamientos abyectos, que inculquen en las tiernas inteligencias de los niños, hábitos malsanos que les conquisten más tarde un porvenir sombrío.

Es en los primeros años de la vida, cuando las facultades del hombre en estado casi embrionario, delicadas y sutiles, son propicias a la imitación, y con facilidad se fijan en ellas, tal vez para siempre, las torcidas o saludables enseñanzas de los seres con quienes viven en íntimo contacto, inclinándose hacia el bien o el mal inconscientemente y con grave perjuicio de sus personas y de la sociedad donde se desarrollan. Toda congregación humana está formada de familias y ha menester de miembros sanos que la sirvan en el cumplimiento de sus fines, y éstos no pueden ser satisfechos con suficiencia por medio de gentes enfermas física y moralmente.

Por eso, cuando un padre de conciencia depravada e instintos criminales descarga sus cóleras nefandas en la débil constitución de sus menores hijos, la justicia interviene con su eficaz auxilio poniendo coto a tan inmoderados abusos y sancionando la extralimitación de sus preceptos, que fijan como límites de la disciplina doméstica la moderación y la tolerancia.

La causal de abandono prevista en el artículo que comentamos no es de tanta gravedad y trascendencia como las otras, porque los daños que pudiera ocasionarle al menor recaerían con más intensidad sobre sus bienes, si los tuviere, que sobre sus personas; pero sí es de bastante entidad para justificar la emancipación como un castigo para el padre por su negligencia y menosprecio en el cuidado de los intereses de los hijos de familia, que siempre deben ser amparados, y por entrañar el abandono de éstos una burla a la confianza del legislador.

Debemos hacer notar, por otra parte, que los números 1º y 2º del artículo de referencia, *literalmente interpretados*, se refieren a los padres de los menores con exclusión de las madres, a diferencia al 4º que se concreta a estas exclusivamente, por lo cual cabe preguntarse si el legislador no ha creído posible en ellas la concurrencia de las causales comprendidas en dichos números 1º y 2º del artículo citado.

En nuestra opinión, la afirmativa se impone porque no es ni física ni moralmente imposible que las madres maltraten más o menos cruelmente a sus hijos o los abandonen, y por el contrario, es cosa nada rara presenciar su mala conducta, que en ocasiones las impele a cometer monstruosos desmanes, como el abandono de sus tiernos niños y el infame comercio con sus hijas, dando muestras inequívocas de una desmoralización limitrofe con la bestialidad.

En apoyo de la tesis que sustentamos, figura el artículo 25 del Código Civil que literalmente dice:

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

En el caso que contemplamos, ni la naturaleza de la disposición, ni su contexto se limitan manifiestamente al cónyuge varón, sino que el legislador, indudablemente ha querido referirse también a la madre de los menores, porque sostener la opinión inversa sería un verdadero contrasentido.

Una vez decretada la emancipación judicial, la ley no deja a los menores en desamparo abandonados a sus propias fuerzas, sino que dispone con mucha cordura que entonces el Juez debe proceder a nombrarle tutor al hijo emancipado, separándole mientras tanto del cuidado personal del padre o madre, y poniéndolo al de cualquiera de sus parientes próximos que le parezca idóneo, y no siendo eso posible ordenar su admisión en un establecimiento correccional, que en nuestro país son completamente desconocidos como lo dijimos en otra ocasión, al hablar de las penas disciplinarias domésticas.

Además de la pérdida de la patria potestad, esta clase de emancipación trae consigo como pena para el padre o madre culpable, la de quedar privados del

derecho de nombrarle a sus hijos menores tutores testamentarios o curador a los mayores que se hallan en estado de demencia o fueren sordo-mudos que no puedan darse a entender por escrito, y por último, el de nombrar curador por testamento para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (377 C.)

Refiriéndonos nuevamente a la emancipación voluntaria, hemos señalado como requisito *si ne qua non* para que se verifique el libre y espontáneo consentimiento del padre y del menor que consiente en ser emancipado, y así mismo hemos dicho que según las antiguas leyes españolas, el padre podía ser obligado a librar de su potestad a su hijo cuando alguien le hacía a éste una donación, herencia o legado bajo tal condición; pero la jurisprudencia contemporánea rechaza ese procedimiento por ser atentatorio a la estabilidad de la patria potestad, que el orden público pide que sea indisoluble por el sólo capricho de terceros.

Así pues, nuestra ley con bonísimo acuerdo resuelve sobre el particular que "cuando se hace al hijo una donación o se le deja una herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación, no obtendrá el padre el usufructo ni la administración de estos bienes y se entenderá cumplir así la condición" (277 C.)

Por último, toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aun por causa de ingratitud (278 C.) En virtud de este principio, si el padre ausente cuya muerte presunta ha sido declarada reaparece, no por eso recobra la patria potestad perdida sobre sus hijos.

Lo mismo se aplica cuando el menor recién casado queda viudo, y así en los demás casos. En las legislaciones que no admiten la emancipación sino hasta que el hijo de familia ha cumplido los dieciocho años de edad, sin sujetarlo a tutela, las opiniones se dividen y alegan algunos comentaristas en pro de la revocabilidad, que cuando el menor emancipado abusa

de su semicapacidad ejercitándola en su perjuicio, es muy justo que en aras de su propio interés se le retire, porque en tal caso no demuestra poseer la moderación y cordura necesarias para dirigirse a sí mismo. La mayoría de los tratadistas, sin embargo, opinan que toda emancipación sea irrevocable, pues el estado civil de las personas nunca debe ser incierto y tornadizo, sino lo más estable posible, en interés a los menores y de quienes han contratado con ellos.

Para concluir con el tratado de la emancipación, precisa que agreguemos a las causales estudiadas, que son las previstas en ese Título XI del Código Civil, la que se efectúa por sentencia judicial que condena al padre o madre de familia a sufrir una pena que trae consigo la pérdida de la patria potestad según el 35 Pn.

## VII

### De la Habilitación de edad y de la capacidad relativa de los menores para obligarse

Nuestro Código Civil vigente fija la mayoría a los veintiún años, por lo cual son mayores de edad las personas naturales que los han cumplido; y menores las que no han llegado a cumplirlos (26 C.) En este punto casi la universalidad de las legislaciones está de acuerdo porque es entonces cuando el hombre tiene el completo desarrollo y la aptitud suficiente para ejercer los derechos civiles sin ayuda ninguna, y en esa virtud acaban la patria potestad y la tutela, sino hubiere otro motivo o impedimento distinto de la edad para que una u otra se conviertan en curaduría.

La regla general, es pues, que los menores son incapaces para todos los actos de la vida civil. La ley, no obstante, los declara capaces para ejecutar algunos de esos actos por sí, según las distintas edades porque atraviesan y a medida que se va acentuando en ellos el desarrollo físico e intelectual; pero es indispensable por lo tanto que la misma ley los autorice expresamente en cada caso, a no ser que estén semi capacitados por la habilitación de edad, como pasamos a verlo a continuación.

La habilitación de edad, dice el artículo 296, es un privilegio concedido a un menor para que pueda ejecutar todos los actos judiciales y extrajudiciales, y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que la ley le declara incapaz (296 C.)

Para mejor entender el significado y alcance de esta definición, y distinguir los actos y obligaciones de que los habilitados son capaces de ejecutar, de aquellos para los cuales necesitan ser autorizados, precisa que estudiemos cómo se adquiere este privilegio, en qué casos se adquiere y las formalidades previas para que pueda ser concedido, que es de lo que vamos a ocuparnos enseguida.

La habilitación de edad, es de dos modos, a saber: legal y judicial.

Legal es la habilitación que obtienen por el ministerio de la ley los casados que han cumplido diez y ocho años, y en esa virtud la adquieren los menores por el solo hecho del matrimonio, sin ninguna solicitud previa, ya sea que en el momento de desposarse estén sometidos a patria potestad o a tutela (297 C.)

Judicial es la que se otorga por el juez de Primera Instancia respectivo a petición del menor que la solicita; pero para concederla debe ante todo exigir que el menor justifique su honradez e idoneidad, además de oír sobre la solicitud a los parientes de éste, a su tutor o a un curador especial.

Si el consejo de familia, tutor o curador especial a quien se oye fuere de opinión contraria a que se otorgue al menor la habilitación pedida, alegando razones justas y atendibles a juicio prudencial del juez, y aquel por otra parte no justificase su honradez e idoneidad, debe denegársele el privilegio de la habilitación, porque en tal caso hay fundadas sospechas para presumir que no se conducirá con probidad y rectitud en la gestión de sus negocios, y una complacencia semejante al privilegio de la habilitación equivaldría a poner en sus manos una arma peligrosa para que la manejase en perjuicio propio, lográndose de ese modo un resultado enteramente contrario al que el legislador concibió al fundar la institución de referencia.

Además de los requisitos mencionados, el menor que desea obtener su habilitación de edad debe com-

probar con su partida de nacimiento que tiene diez y ocho años cumplidos en la fecha de su solicitud, y también que no se halla bajo la potestad de padre o madre que pueda darle la protección debida. Se le exige lo primero, porque antes de esa edad no se le reconoce ninguna aptitud para conducirse con relativa independencia; y que haya sido emancipado aunque tenga diez y ocho años cumplidos, porque entonces su relativa capacidad esta bastante protegida con la persona de su representante legal. (298 C.)

La habilitación de edad, una vez concedida no se extiende a los derechos políticos, y el Código la limita sólo a la capacidad civil, atendiendo por excepción a especiales consideraciones que no existen para otorgar aquella, y los efectos que produce consiste en el finecimiento de la tutela bajo la cual hubiese estado el menor y en las facultades que éste adquiere de manejar, gozar y disfrutar de sus bienes con entera libertad, volviéndose capaz para la gestión de sus negocios judiciales y extrajudiciales, y apto para contraer toda clase de obligaciones como si fuese mayor, excepto aquellas que la ley expresamente le prohíbe en su propio interés, las cuales detallaremos a continuación (300, 301, 456—7º C.)

Se prohíbe en primer lugar al menor aun habilitado de edad, que apruebe las cuentas de su tutor o curador, si no es con previa autorización del juez competente, quien no puede otorgarla sin conocimiento de causa, o sea oyendo un curador especial en la forma prevenida en el artículo 437 C.

El fundamento de esta prohibición es bien sencillo, ya que el ascendiente de la autoridad ejercido por el guardador sobre el pupilo, o la inexperiencia de éste, facilitarían en muchos casos el encubrimiento del verdadero estado de los bienes administrados, que bien pudieran haber sido objeto de una defraudación más o menos considerable, además de que la acrisolada honradez y pureza de manejos en las transacciones humanas son fenómenos cada día más raros. (302 C.)

La autorización de que hablamos debe impetrarla así mismo el menor habilitado cuando desee enajenar sus bienes raíces o gravarlos con hipotecas, debiendo efectuarse dicha enajenación en pública subasta. (302 C.)

Para determinar cuales son los actos u obligaciones civiles que los habilitados de edad pueden ejecutar libremente, y hecha donde se extiende la justa capacidad que para el ejercicio de sus derechos ha querido la ley concederles, es necesario que interpretemos el genuino significado del precepto anterior, para que formándonos una idea cabal de su verdadero alcance, podamos tomar una orientación fija en esta materia de la actitud jurídica de los habilitados tan inextricable e inesplorada entre nosotros.

En efecto, el Código Civil que nos rige, de abolengo exótico, es una disciplina científica que está todavía por estudiarse en El Salvador, aun por aquellos que viven con ella en íntimo contacto y lucrando al amparo de sus principios, de los cuales no se tiene comúnmente sino un aprendizaje superficial y por lo mismo mediocre y deficiente. Los hechos demuestran nuestro acerto y nadie osará poner en duda esas verdades tan conocidas que a diario se palpan; pues no es aventurado afirmar que en el país donde vivimos, casi nadie ha hecho hasta el presente "estudios jurídicos profundos" de nuestras leyes sustantivas, según la feliz expresión de un sabio jurisconsulto italiano, para evidenciar lo cual basta con que no tengamos un tratado de comentarios de indiscutible mérito al que pudiera acudir el abogado o el estudiante para dilucidar las múltiples dudas y cuestiones que se presentan como inescrutables enigmas en el comercio constante de la justicia.

Esa carencia deplorable de producciones jurídicas nacionales, llena el ánimo de perplejidad, y nos ha obligado siempre a recurrir a elementos extraños en demanda de enseñanzas que nos guíen en la solución de los infinitos problemas a que nos referimos y que

ningún esfuerzo noble nos ha impelido a descifrar.

Tal nos acontece a nosotros en el caso presente reflexionando sobre las limitaciones anexas a la habilitación de edad, que sin preparación ni experiencia jurídica ninguna intentaremos al menos resolver en la medida de nuestras fuerzas, ya que ningún jurista de nuestros climas, que nosotros sepamos, se ha preocupado de escribir acerca de ellas algo sólido y sustancial, a pesar de la ambigüedad empleada por el legislador en la redacción del artículo 302 C.

En efecto, en dicho artículo se dice que el menor habilitado de edad *no podrá enajenar o hipotecar* sus bienes raíces sin autorización judicial, y que la *enajenación* de esos bienes debe hacerse en pública subasta.

Salvo prueba en contrario, nosotros afirmamos que en el presente caso la palabra *enajenar* íntimamente relacionada con la de *hipotecar*, se ha empleado en el inciso primero del artículo de referencia como sinónima de *vender*, en prueba de lo cual el inciso segundo de la misma disposición establece que la *enajenación* de dichos bienes raíces se hará en pública subasta, y es notorio que ese traspaso de la propiedad no es otra cosa que una venta.

Por otra parte, claramente aparece en nuestra opinión que la misma palabra *enajenar* se halla usada también como desemejante a la de *gravamen*; y que la de *hipotecar* que precisamente envuelve la idea de *gravamen*, no es extensiva en el artículo que comentamos a los demás derechos reales constituídos sobre inmuebles.

Admitiendo por un momento que el legislador salvadoreño hubiese empleado la susodicha palabra *enajenar* en el caso contemplado, en su genuino sentido, como el traspaso de la propiedad de una cosa que una persona hace a otra, y que en consecuencia fuese extensiva a la donación, permuta, etc., siempre resulta que los habilitados de edad quedan capacitados para gravar sus bienes inmuebles con cualquier derecho

real, excepto con el de hipoteca, como textualmente aparece en el inciso primero de la disposición aludida. La conclusión a que se llega con interpretar el artículo 202 de nuestro Código Civil, consiste en no poderse formar un concepto cabal de las limitaciones impuestas a los habilitados para ejercicio de sus derechos.

Sin entrar en muchas digresiones sobre la materia, vamos a decir en concepto lo que hemos sacado en limpio acerca de la indefinida capacidad de los habilitados en nuestra ley sustantiva; pero ante todo es necesario para evitar confusiones, que precisemos el significado y alcance de las palabras *enajenación y gravamen*.

*"Enajenar*, dice el ilustre tratadista Manresa, es transmitir una persona a otra el dominio de sus cosas por cualquiera de los modos que el derecho reconoce; y vender, es la transferencia de ese dominio por un precio determinado, justo y cierto. Más claro: en sentido estricto la enajenación es el género y la venta es la especie; pero en el lenguaje vulgar y corriente *y hasta en el jurídico se emplean como sinónimos estas dos palabras*", que es precisamente lo que ha acontecido con el legislador salvadoreño, según acabamos de ver.

Escrích, define la enajenación en su conocido Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, como "el acto por el cual se trasfiere a otro la propiedad de alguna cosa, a título lucrativo como la donación; a título oneroso como la venta o permuta".

"Esta palabra tomada en su significación más extensa, comprende también la enfiteusis, la prenda, la hipoteca y la constitución de servidumbres sobre un predio."

Por gravamen se entiende toda limitación a la propiedad que constituya, modifique o extinga cualquier derecho real. Ahora bien; partiendo de estas definiciones podemos decir, en primer lugar que el menor habilitado de edad tiene la libre administración de sus bienes con las restricciones de ley, consistentes

en la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces sin haber obtenido previamente la venia del Juez.

En consecuencia; si tiene la libre administración de sus bienes, es apto para arrendar sus bienes inmuebles hacer compras de toda clase, dar y recibir dinero a interés, y en general para constituirse fiador y celebrar toda clase de contratos con sus bienes muebles, sin necesidad de ninguna autorización.

La incapacidad para enajenar sus bienes raíces sin autorización judicial, le impide al habilitado de edad, venderlos, donarlos, permutarlos, transigir con ellos y ceder sus derechos y acciones que sobre los mismos tuviere, a propósito de lo cual el tratadista Manresa antes citado se expresa de la manera siguiente: "El contrato de cesión recibe su eficacia legal de la causa que lo motive y según sea esta venta, donación, permuta o transacción, se requiere capacidad respectiva para vender, donar, permutar y transigir en el cedente y cesionario" (1599, 1689, 1267, 2193 C.)

Finalmente, estando cohibido el habilitado de edad para gravar sus bienes raíces con derechos reales sino es con la venia del Juez se sigue que no puede hipotecarlos, darlos en usufructo, uso o habilitación, responder con ellos como fiador o imponerles servidumbres etc. (2100, 2063 C.)

Es así como nosotros entendemos la amplitud de la relativa capacidad de los habilitados de edad por el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con las doctrinas citadas sin creer por eso que nos encontramos en posesión de una certeza absoluta, y en esa virtud dejamos que la sana crítica formándose cabal y exacto criterio sobre el asunto y con gran acopio de conocimientos, dicte su fallo autorizado llenando los vacíos en que por parte nuestra hayamos incurrido con la mayor buena fe y voluntad sincera.

A pesar de las limitaciones impuestas a los habilitados de edad para el libre ejercicio de sus derechos, ya lo hemos referido y lo repetimos, que en tesis general no puede negarse que gozan de la libre adminis-

tración de sus bienes y afirmar que sus facultades están reducidas a actos de pura y simple administración, según lo da a entender claramente el artículo 2019 C. redactado en los siguientes términos.

Lo pagado por personas que no tienen *la libre administración de sus bienes* podrá repetirse en todos casos por los respectivos *padres de familia, tutores o curadores*. Esta disposición no comprende a los habilitados de edad y confirma la aseveración que venimos sustentando. En prueba de lo mismo vemos que los habilitados de edad son capaces para aceptar o repudiar sin el consentimiento de ninguna persona, cualquier asignación o título universal o singular de conformidad con la disposición siguiente: "Art. 1149. Todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente".

"Exceptúanse las personas que *no tuvieren la libre administración de sus bienes* las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. Se les prohíbe aceptar por sí solos aun con beneficio de inventario".

Sin embargo, la situación jurídica de sus actos es enteramente distinta a la de los que han llegado a la mayoría, según se desprende de las restricciones de que hemos venido hablando, entre las cuales figura la que prohíbe a los habilitados enajenar sus bienes raíces sin previa autorización judicial, incapacitándoles por lo tanto para donarlos.

Esta autorización del Juez deben impetrarla los habilitados aun cuando traten de hacer donaciones por causa de matrimonio antes o después de contraerlo.

"Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales, dice el Art. 1,586 C., las convenciones que celebran los esposos antes o después de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro".

Ahora bien, siendo los habilitados de edad, hábiles para contraer matrimonio cuando no tuvieren ningún impedimento legal, claro es que pueden otorgar esas capitulaciones, pero no con la misma amplitud que los mayores, sino dentro de ciertos límites y sujetándose a la observancia de algunas formalidades a que aquéllos no están en la obligación de dar cumplimiento.

Tales son las comprendidas en el artículo 1,589 C., que literalmente dice: "El menor hábil para contraer matrimonio, podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor, menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres".

"Para las estipulaciones de esta clase será siempre necesario que la justicia autorice al menor".

Esta facultad de enajenar sus bienes raíces por causa de matrimonio concedida a los menores aun no habilitados de edad, no puede ejercitarse de modo ilimitado ni aun por los mayores, siendo extensiva solamente hasta la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportaren los esposos para la formación de la sociedad conyugal, y esto para precaverlos contra los impulsos de una pasión desmedida que podría inducirlos fácilmente a sacrificar toda su hacienda en aras de un amor vehemente.

Tiene asimismo por objeto dicha restricción, evitar las uniones interesadas y mercantilistas, que ajenas a los vínculos del cariño, convirtieran la perspectiva del hogar en una ocasión de lucro, llevando las ambiciones y la discordia al seno de la familia (1,592 C.)

Los menores que no han obtenido habilitación de edad, pueden también ejecutar por sí ciertos actos para los cuales los faculta la ley, declarándolos capaces, por virtud de declaraciones expresas y por razones de conveniencia social.

Desde que el varón ha cumplido diez y seis años y la mujer catorce, se les reconocen aptitudes para contraer matrimonio, siempre que no tengan ningún impedimento legal y llenando todas las formalidades que en tales casos prescribe el Código Civil (101, 102 y 104 C.)

Se ha fijado esta edad para contraer matrimonio, dice un renombrado publicista, porque es entonces cuando se ha adquirido el desarrollo necesario para la generación. Contraído antes, en edad prematura y anticipada al desarrollo físico e intelectual que es indispensable, produciría efectos desastrosos en uno u otro orden por violentar estérilmente la naturaleza, o porque se carece todavía del juicio bastante para apreciar la gravedad y conveniencias de las obligaciones que impone este contrato.

Naturales como son los elementos de éste, la ley ha exigido la edad que la naturaleza exige, sin requerir la mayoría, que es la de la plena capacidad civil, porque ya en la edad de la pubertad no puede decirse que falte el discernimiento absolutamente necesario para apreciar los deberes que el matrimonio impone; porque con esa edad coincide el desarrollo de las pasiones que acercan a los individuos de sexo diferente, creando en ellos vínculos que si no se sancionan por la ley influirían frecuentemente en la corrupción de las costumbres, en el sistema de educación y en la necesidad que tienen los jóvenes de obtener el consentimiento de sus padres o de otras personas.

Esta licencia que deben obtener los menores para contraer matrimonio, aunque estén habilitados de edad, se les exige porque carecen de la madurez de juicio indispensable para calcular la magnitud y trascendencia del acto matrimonial.

Deben impetrarla, si fueren hijos legítimos, en primer lugar de su padre y en su defecto de su madre; a falta de ambos del ascendiente o ascendientes legítimos en grado más próximo. Si fuere hijo ilegítimo, dicho consentimiento deberá pedirlo de prefe-

ferencia a su madre, y sólo en defecto de ésta a su padre si fuere hijo natural, y a falta de dichos padres, madres o ascendientes, será necesario al que no haya cumplido veintiún años, el consentimiento de su tutor, o en su defecto el de un curador especial (107, 108, 111 C.)

Además de estos artículos que enumeran las personas de quienes los menores deben impetrar el consentimiento para contraer matrimonio, existen otras en nuestro C. C. que versan sobre el mismo asunto, y las cuales intencionalmente pasamos en silencio para no dar amplitud al desarrollo de esta materia relativa a la menor edad, que por sí sola constituye un objeto de conocimiento bastante para dar margen a extensos y complicados estudios.

Siguiendo el examen de la capacidad de los menores, vemos que el primer destello de dicha capacidad se descubre en la aptitud que les reconoce el legislador para que dispongan de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, cuando han llegado a la pubertad, o sea cuando el varón ha cumplido los catorce años de edad y la mujer doce, y no tienen además ningún impedimento legal (270-1, 1-6 y 1,002 N° 1º C.)

Si bien es cierto que en ese corto período de la existencia la razón no ha adquirido aun su completa madurez, la inteligencia de los menores, empero, está lo suficientemente despierta para hacer una distribución atinada y selecta de su hacienda, prefiriendo para favorecerlas y recompensarlas a aquellas personas de quienes han recibido los mayores beneficios, que no pueden ser otras que los más próximos parientes, por lo cual se justifica sin observaciones la tolerancia de la ley.

Esta regla que dejamos sentada es una excepción a la que deniega a los menores no habilitados la cordura y el discernimiento suficientes para que se obliguen por acto o declaraciones de voluntad. Partiendo del principio de que la capacidad legal de una persona

consiste en que esté facultada para poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra, nos encontramos con que la de los menores no habilitados es absoluta o relativa, según sean o no púberes. (1,316, 1,317, 1,318 C.)

Los impúberes son absolutamente incapaces para toda declaración de voluntad y sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución. Los púberes, o sean los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, son relativamente incapaces para obligarse, y sus actos admiten caución y pueden tener valor en los casos determinados por la ley, porque a diferencia de los impúberes producen obligaciones naturales. Un ejemplo bastará para ilustrar estas reglas: Pedro, menor de catorce años, celebra un contrato de mutuo con Juan, en virtud del cual recibe un mil pesos en efectivo, con cargo de devolvérselos después de transcurrido cierto tiempo; y un tercero Antonio, se constituye fiador de Pedro para el caso de no cumplirse por éste lo prometido. Una vez cumplido el plazo estipulado en el convenio, si Pedro se niega a devolver el dinero recibido, Juan no podrá intentar ninguna acción judicial contra él ni contra Antonio que se constituyó fiador. Si por el contrario, Pedro satisface su compromiso cancelando la deuda a su acreedor Juan, puede ser éste obligado a restituir a su vez la cantidad recibida, aunque salga perjudicado en sus intereses, porque la ley no lo autoriza para retener el pago, acatando el principio antes expuesto de que la deuda de Pedro en este caso no produce ni aun obligación natural.

Suponiendo ahora que Pedro era menor adulto en la fecha de la celebración del contrato con Juan. éste, del mismo modo que en el caso anterior no podrá ejercitar contra aquél ningún recurso judicial para obtener la devolución de su dinero; pero si Pedro le paga voluntariamente la cantidad recibida, sí tiene derecho para retenerla, por que entonces la estricta justicia pide según el principio de las obligaciones na-

turales, que no sea susceptible de recobrase lo pagado cuando aunque no fuere exigible con arreglo a las leyes, se satisfizo, sin embargo, de acuerdo con la equidad. (2,047 C.)

Como Pedro en el supuesto que contemplamos sólo es relativamente incapaz para obligarse, si se negare rotundamente a pagar a Juan los un mil pesos recibidos, le quedan a éste expeditos sus recursos contra Antonio que se constituyó fiador a sabiendas de la incapacidad de Pedro, por que de conformidad con el artículo 1,343 C., son válidas las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de una obligación natural con tal que al tiempo de constituir las hayan tenido conocimiento de la circunstancia que invalidaba la obligación principal.

Lo dicho no tiene lugar cuando los menores sean púberes o impúberes, han contratado comprometiendo su peculio profesional o industrial, ya que para su administración y goce se les considera como mayores y habilitados de edad; ni tampoco cuando han estipulado con la intervención o autorización competente de sus padres o curadores adjuntos, en los casos de los artículos 265 y 266 C., pues entonces habrá que estarse a la que en ellos se dispone.

Los actos y contratos celebrados por los menores de catorce años fuera de los casos previstos en los dos artículos preinsertos, adolecen del vicio de nulidad absoluta y no tienen ningún valor a los ojos de la ley, por cuyo motivo si un impúber da o paga algo a una persona plenamente capaz, puede ésta ser obligada a restituir lo recibido (1,552). La nulidad absoluta de conformidad con el artículo 1,553 C., puede y debe ser declarada por el Juez aún de oficio, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, por razones de orden público; puede alegarse por cualquiera persona que tenga interés en que dicha nulidad sea declarada, como por los representantes legales de los menores, excepto por el mismo menor cuando ha

estipulado a sabiendas de su absoluta incapacidad, y también puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la moral o de la ley. No puede sanearse por la ratificación de las partes, ya que la sola voluntad de los individuos es impotente para alterar o modificar las disposiciones legales; pero sí puede serlo por la prescripción extraordinaria de treinta años, porque para adquirir el dominio de las cosas por este medio, no se necesita título alguno (2,249 C.)

Los actos y contratos de los relativamente incapaces, producen solamente nulidad relativa, lo cual da derecho a la rescisión del acto o contrato nulo y no puede ser declarada por el Juez sino a pedimento de parte; ni pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley; ni alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios, y es además susceptible de saneamiento por la ratificación de las partes contratantes o por un lapso de tiempo, cuya duración no debe exceder de cuatro años (1,554, 1,562 C.)

Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar la nulidad, lo que fácilmente se explica de acuerdo con el principio de jurisprudencia universal preceptivo de que a nadie debe favorecer su propio fraude.

Sin embargo; cuando el menor pura y simplemente afirma ser mayor de edad, aun cuando por su conformación parezca tal, la ley no presume dolo de su parte y lo habilita para obtener el pronunciamiento de nulidad, porque en tal caso el que contrató con él debe sufrir las consecuencias de su negligencia, ya que muy bien pudo indagarse de la aptitud del incapaz o exigir de éste la presentación de su partida de nacimiento; pero si el menor que no estuviere bajo patria potestad o bajo tutela afirmase de modo categórico ser mayor de edad, y por su aspecto físico

pareciere ser tal, la ley con justicia presume dolo, aunque no lo diga expresamente el artículo que comentamos, y lo inhabilita para alegar la nulidad de la obligación en castigo de su malevolencia (1,554 y 1,555 C.)

Los actos y contratos de los impúberes o menores adultos que no han obtenido habilitación, celebrados con las formalidades y requisitos necesarios, o sea con autorización o intervención competente de sus padres, tutores o curadores adjuntos, son enteramente válidos y se equiparan en un todo a los celebrados por personas plenamente capaces; por lo cual no pueden declararse nulos ni rescindirse sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes, o sea cuando ha intervenido error, fuerza o dolo, que son las causas que vician el consentimiento (1,556 C.)

En sentido inverso, el contrato celebrado por un menor absoluta o relativamente incapaz sin la autorización o intervención de las personas antedichas, que son los requisitos establecidos por la ley en tales casos, produce nulidad, y la persona que estipuló con el incapaz, no puede pedir que éste le restituya o reembolse lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare que se ha hecho más rico, de conformidad con otro principio de jurisprudencia universal preceptivo de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro (1,558 C.)

El inciso segundo de este artículo establece cuándo el menor incapacitado se ha hecho más rico en los términos siguientes:

“Se entenderá haberse hecho éste más rico, (se refiere a todas las personas incapaces), en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas que no le hubieren sido necesarias subsistan y se quiera retenerlas.

Los menores aun habilitados de edad son también

incapaces para ser procuradores, y no pueden en consecuencia, comparecer en juicio en representación de otras personas; pero sí pueden hacerlo por derechos propios en todos aquellos negocios para los cuales la ley los reputa capaces (98 Pr.) siendo aptos, por lo tanto, para constituir procuradores que los representen en la gestión de los actos y contratos que pueden ejecutar por sí mismos, como por ejemplo, para obtener la habilitación de edad, contraer matrimonio; celebrar las capitulaciones respectivas y obtener sentencia de divorcio (297, 398, 133, 148, 1,589 C. y 98 Pr.)

Por otra parte, siendo los habilitados de edad capaces para ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones extrajudiciales de que son capaces los mayores de veintiún años, resulta que muy bien pueden ser mandatarios a título oneroso o lucrativo, con todas las cargas y privilegios de los mayores de edad.

Los menores no habilitados no son aptos para desempeñar el cargo de mandatarios, en el sentido de que el mandante no tendrá ninguna acción contra ellos sino ejercitan o ejecutan mal el mandato que se les confía, pues entonces la responsabilidad de éstos para con el mandante y terceros encuentra un justo límite en su calidad de menores, que sólo puede equipararse por excepción a la de los plenamente capaces cuando de su parte ha habido dolo para inducir a la celebración del contrato respectivo, como si presentasen al mandante una partida de nacimiento falsa a fin de obtener el nombramiento, o cometiesen algún delito en el desempeño de su cometido.

Para los efectos jurídicos del mandato entre el mandante y los terceros no importa que el mandatario sea o no capaz de obligarse; pues el que tiene confianza en la habilidad y tino de un menor, justo es que corra los riesgos que pudiera acarrearle su imprudencia. Los terceros, en tal caso, no tienen ningún interés en averiguar si el mandatario es o no capaz para obligarse, porque de derecho es con el mandante con quien se ponen en relación y contra

quien deben entablar sus acciones si les resultare perjuicios de los manejos del menor que procede de buena fe (1,888 C.)

Tratándose de delitos, cuasi delitos o faltas cometidos por los menores, es indispensable precisar la edad que hubieren tenido al tiempo de llevar a cabo el hecho delictuoso para saber si puede o no imputárseles la responsabilidad civil consiguiente.

A los que no han cumplido diez años la ley los considera como absolutamente incapaces para ejecutar con discernimiento cualquiera acción criminal, y en esa virtud no existe ningún recurso legal para imputarles las consecuencias dañosas de sus actos, puesto que la persona que no es responsable criminalmente de un delito o falta tampoco lo es civilmente (68 Pn.)

Si el menor de edad fuere mayor de diez años, pero menor de quince, puede ser o no declarado responsable del delito según que haya obrado con discernimiento o sin él. Si obró con discernimiento según el dictamen de expertos y declaratoria del Juez, debe ser condenado a sufrir la pena respectiva, quedándole a la parte perjudicada su derecho a salvo para deducir contra él la responsabilidad civil que el Código le franquea, y en tal caso el menor será gravado en sus propios bienes por las resultas del juicio.

Ahora bien; si es cierto que el principio de la irresponsabilidad civil de los menores de diez años es absoluto, la ley basándose en razones de estricta justicia y atendiendo a especiales circunstancias, imputa las consecuencias de los actos cometidos por éstos a sus representante legales, que son los encargados de vigilar sus pasos y proveer a su educación por todos los medios que estén a su alcance, y en esa virtud el legislador se ha visto obligado a prescribir que "Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado".

Sin embargo, la responsabilidad de los tutores y

padres de familia cesa cuando si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere, no hubieren podido impedir el hecho, puesto que entonces habiendo por parte de ellos la debida diligencia, es razonable calificar el acto delictuoso del menor como un acontecimiento desgraciado e inevitable.

Sobre lo mismo se expresa el legislador en el artículo 2,070 C. de la manera que sigue: "No son capaces de delito cuasi delito o falta, los menores de diez años ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, *si pudiere imputárseles negligencia*".

"Queda a la prudencia del Juez determinar si el menor de quince años ha cometido el delito o cuasi delito sin discernimiento, y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior".

Por último, siendo los padres los natural y más directamente obligados a velar constantemente por la buena conducta de sus hijos, la ley sanciona toda negligencia a ese respecto por motivos de seguridad social, con hacer a aquellos responsables de las indemnizaciones civiles a que den lugar los delitos, cuasi delitos o faltas cometidos por sus hijos menores de veintiún años y que conocidamente provengan de mala educación o de los hábitos viciosos que los hayan dejado adquirir (2,072 C.)

## VIII

### De la Tutela

#### NOCIONES HISTORICAS

Como hemos visto en el tratado de la patria potestad, los romanos dividían los hombres según su estado civil en *sui juris* y *alieni juris*, encontrándose estos últimos o bajo la potestad señorial o bajo la patria potestad.

Los *sui juris* o dueños de si mismos, o estaban en tutela o en curaduría, o no sujetos a una ni otra. “La tutela, dice Heinecio con hermosas palabras, es de derecho natural y de gentes, pues interesa a la república y a la sociedad humana que los que no pueden defenderse y regirse a si mismos sean gobernados por auxilio ajeno. De aquí es que no solo los romanos, sino que también los griegos, y aún todas las naciones guiadas por la recta razón, señalaron tutores a los que necesitaban de la defensa y auxilio de otros”.

Los romanos daban tutores a los impúberes o pupilos, porque en esta edad, decían, “suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden herrar, ser engañados y prodigar su hacienda sino son dirigidos por otros”.

También daban tutores a las mujeres, porque se decía que el sexo femenino es frágil, vario, mudable y fácil de engañar, especialmente si se atiende a que “el amor y el vino no saben guardar moderación”. Su condición era peor que la de los pupilos, quienes

al llegar a la pubertad quedaban libres para gobernarse por sí mismos sino tenían padre, madre u otros ascendientes en cuya potestad debiesen permanecer. Las mujeres, por el contrario, permanecían en perpetua tutela durante toda su vida, a no ser que por el matrimonio cayesen en poder del marido o tuviesen tres hijos, pues en tal caso salían de la tutela.

Según el mismo derecho, estaban sujetos a curaduría los furiosos, los pródigos y los impúberes que por su edad u otra causa eran ineptos para la administración de sus bienes. Se entendía entonces por curaduría: "la facultad de administrar los bienes y haciendas de que aquellos que por sí no pueden manejarla". Por lo tanto, los menores sujetos a curaduría eran personas capaces plenas y perfectas a quienes, sin embargo, no se consideraba con aptitud suficiente para cuidar de sus cosas, siendo el cuidado de sus personas enteramente secundario. A la inversa, los pupilos eran reputados medias personas, cuya capacidad era preciso suplir con la persona de los tutores.

Nuestro primer Código Civil de la República, publicado en el año de 1860, adoptó la división que dejamos apuntada del derecho romano, pero sin ningún criterio jurídico fundamental, pues estableció la curaduría para los púberes no habilitados de edad, considerándolos siempre como incapaces para regir sus personas. Su condición era, por lo tanto, idéntica a la de los menores sujetos a tutela como puede verse en las disposiciones siguientes:

Art. 351 (Ed. de 1860) "Están sujetos a tutela los impúberes".

Art. 352 (id.) "Están sujetos a curaduría los *menores adultos*, etc. El primero de estos artículos fue reformado por ley del 4 de agosto de 1902, de la manera que sigue: "Están sujetos a tutela los menores que no han obtenido habilitación de edad", y en esos términos figura en el Código actual bajo el número 362.

En la misma fecha que el anterior, fue reformado el 352 de la edición de 1860 que dejamos apuntado, redactándolo la comisión respectiva de la manera siguiente: "Art. 363.—Están sujetos a curaduría los que por demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito".

La implantación de tales reformas nos demuestra de modo evidente que nuestro legislador comprendió la impropiedad a que antes nos referimos, suprimiendo la curaduría para los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad.

La comisión de reformas nombrada al efecto, dictaminó sobre el particular en la forma que a continuación se expresa:

"Uno de los tratados de nuestro Código Civil es el de las tutelas y curadurías que en muchos Códigos modernos aparece reducidísimo".

"La distinción entre tutela y curaduría respecto de la guarda de los menores de edad, no tiene razón de ser, y lo único que resulta del cambio de la tutela en curaduría al llegar el pupilo a la pubertad, es un aumento de garantías en el nuevo nombramiento; nuevo inventario y rendición de cuentas en que se inviertan inútilmente sumas de dinero que pueden servir para atender mejor a la crianza y educación del pupilo".

"La comisión, imitando la legislación de varios países cultos conserva el nombre de tutela y hace durar esta hasta que el pupilo llegue a la mayor edad".

"El nombre de curaduría se reserva para los que se hallan en entredicho de administrar sus bienes por demencia o sordo-mudez".

Prescindiendo de esa impropiedad que queríamos hacer notar, el tratado de la guarda de las personas de nuestro Código Civil, copiado del chileno, ha sido objeto de los más encomiásticos elogios por parte de reputados y sobresalientes tratadistas sobre la materia,

como efectivamente puede verse en el párrafo que transcribimos a continuación tomado de la obra de Derecho Civil del insigne Mucio Scévola, que literalmente dice:

“Conocido es el abolengo romano del Código Civil de Chile, derivado de la reproducción de nuestra clásica legislación de partidas, traducidas en él fidelísimamente al lenguaje moderno. Semejante reproducción se observa a primera vista en las instituciones que este tomo comprende”.

“La tutela y la curaduría sirven en el Código chileno, como en el derecho tradicional, a la guarda de los impúberes, la primera y al cuidado de los adultos, de los dementes, de los disipadores, la segunda (abolida en la actualidad); como en el derecho clásico mantiénesse en esta legislación la pluralidad de tutores y curadores (también abolida), en ciertos casos, las curatelas especiales o *adlitem* a los bienes del ausente y a los derechos eventuales del concebido y no nacido”.

“El Código Civil de Chile, es pues en las materias que vamos a comentar, más que trasunto fiel, adaptación a la vida moderna de nuestro derecho tradicional”.

“El plan de amplia y armónica exposición, de minucioso articulado y de definiciones legales que hace del C. C. de Chile, un texto verdaderamente doctrinal y científico, favorece en alto grado la comprensión de la complicada variedad de preceptos reguladores de esas instituciones”.

“Como nota característica y original debe señalarse y aplaudirse la mayor intervención que el C. C. de Chile concede al Juez en todos los casos de tutela o curaduría legítima. En vez de establecer como nuestras leyes *una prelación rigurosa* entre los parientes del menor, aquel Código se limita con gran criterio práctico, a señalar la preferencia entre determinados grupos de parientes del menor, y faculta al Juez para elegir dentro de cada grupo, la persona que considere más idónea para el cargo. En tal sen-

tido, puede afirmarse que la tutela o curaduría llamada legítima, es en Chile dativa en cierto modo, circunstancia que permite garantizar eficazmente la buena administración de los bienes del pupilo”.

Volviendo a referirnos al derecho romano, nos hallamos con que en él se conocieron tres clases de tutela, a saber: testamentaria, legítima y dativa. El fundamento de esta división que hasta la fecha se conserva en gran número de legislaciones, lo derivaron los romanos de las XII Tablas de sus antecesores los griegos, y consiste en considerar la institución aludida como semejante a las herencias en la siguiente forma, según lo expresa el romanista Heinecio:

1º Así como el heredero testamentario excluye a todos los demás, del mismo modo debe ser preferido el tutor nombrado en testamento; 2º De la misma manera que si no hay heredero instituido suceden los herederos legítimos o abintestato, así faltando tutor testamentario, deben ser llamados los legítimos, y 3º Así como el pretor daba subsidiariamente a algunos la posesión de los bienes, así también debía darse subsidiariamente tutor a los que no le tenían testamentario ni legítimo. Tal es la fuente histórica de la división de referencia, que por estar vigente en nuestra ley sustantiva nos corresponde examinar en sus distintas facetas; pero ante todo, el orden de la materia pide que nos ocupemos de las definiciones y reglas generales que el Código Civil consigna como estudio previo a las otras materias concernientes a la guarda de los menores. De esas nociones preliminares vamos a ocuparnos a continuación.



## IX

### Definiciones y reglas generales acerca de la tutela

La tutela puede definirse como la guarda de los menores en defecto de la patria potestad. Ambas instituciones son muy semejantes y tienen entre sí muchos puntos de contacto, ya que las atribuciones del tutor son ejercidas por el padre o madre del mismo modo que algunas facultades concedidas a éstos corresponden también a los tutores.

A pesar de esa semejanza tan estricta, ambas instituciones se diferencian una de otra.

El comentarista Ricce, en su excelente tratado sobre el Código Civil italiano nos muestra esas diferencias en las líneas que a continuación copiamos.

“El padre que ejerce la patria potestad, representa al hijo en todos los actos de la vida civil y protege sus intereses; pero esta protección que es un poder en el padre, no es más que un mandato en el tutor. El padre defiende y representa al hijo en virtud del poder que la naturaleza le confiere, y la ley le reconoce sobre los mismos, de tal modo, que la tutela de los hijos no es en el padre más que una función de la patria potestad. El tutor, por el contrario, no ejerce sobre sus administrados un verdadero poder inherente a su persona, sino que sólo cumple respecto a éstos, una misión que le confiere la ley o la voluntad del hombre. Su diverso origen supone

notables diferencias en la extensión de las facultades inherentes a la patria potestad y a la tutela. El poder del padre se manifiesta no sólo en su representación y defensa de las personas a él sometidas, sino además en el cumplimiento de algunas atribuciones que no corresponde en modo alguno al tutor, como es el usufructo legal, y en algunos países, el dar su consentimiento para el matrimonio del hijo”.

“El tutor cuida del menor y provee a su educación, pero no a su arbitrio sino respaldándose en el consejo de familia o en la vigilancia del Juez. Está obligado a darle una educación conforme a su condición y fortuna, mientras que el padre, aunque sea opulento, puede educarlo en el ejercicio de una modesta profesión”.

Hablando ahora del fundamento de la tutela diremos, que se encuentra en razones de conveniencia social.

Cuando cesa la patria potestad, quedan los menores sin ningún amparo, abandonados a sus propias fuerzas y en inminente peligro de perjudicarse en sus personas y bienes, por consecuencia misma de su incapacidad. La tutela es, pues, una institución de derecho público creada para proteger al que necesita de ayuda, por cuyo motivo se considera a los tutores como mandatarios de la sociedad, que no pueden eludir el desempeño de su cometido si no es por causas justas.

Nuestro Código Civil define la tutela como un cargo impuesto a ciertas personas en favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos y que no se hallan bajo la potestad de padre o madre que pueda darles la protección debida (359 C).

Estas personas que no pueden dirigirse a sí mismas, son los menores que no han obtenido habilitación de edad, y cuando están sometidos a tutela se denominan pupilos (362 y 367 C.)

De los preceptos anteriores se deduce, 1º que la tutela como carga es de derecho público y de interés

universal, siendo por lo tanto irrenunciable, a no ser por causales justas previstas por la ley misma; 2º que no todas las personas, aunque sean mayores de edad, pueden ser nombradas tutores, pues según veremos adelante se establecen en provecho del menor ciertas incapacidades para el desempeño del cargo de referencia por razones de orden económico, político, social, etc.; 3º que solamente a los menores emancipados no habilitados de edad puede dárseles tutores, porque sólo los que se hallan en esas condiciones de desamparo, necesitan de la protección ajena.

Las obligaciones de todo tutor se extienden no sólo a la persona, sino también a los bienes del incapaz (361 C.)

El menor es, por lo tanto, considerado a causa de su falta de desarrollo físico e intelectual, como inhábil para el ejercicio de sus propios derechos; pero como la incapacidad para ejercer un derecho no puede llevar consigo la pérdida del mismo, resulta que los correspondientes a los menores son ejercidos por los tutores.

Cualquiera que sea el número de los incapacitados, solamente habrá lugar al nombramiento de un solo tutor para todos ellos, porque la tutela sustituye a la patria potestad y ésta es ejercida siempre por una sola persona.

Cuando los patrimonios de los menores están divididos, se consideran tantas tutelas como son los patrimonios, pero ejercidas siempre por una sola persona (368, 371 C.) Esta individualización, digamos así, para la guarda de los pupilos, es necesaria para la buena gestión de los intereses de los menores; pero ese impedimento para el ejercicio de la tutela en conjunto no restringe en modo alguno la libertad de los padres para hacer diversos nombramientos según lo veremos en su oportunidad.

El principio que comentamos de la unidad en el ejercicio de la tutela establecido en gran número de legislaciones, y cuya conveniencia hoy nadie pone en

duda no estaba consignado en nuestra ley sustantiva, sino que, al contrario, era permitido el nombramiento de varios tutores para la guarda de un solo pupilo; como puede verse el Art. 357 del Código Civil del año de 1860, reformado por Decreto Legislativo de 4 de agosto de 1902.

“La comisión cree, se dijo al implantarse la reforma aludida, que la multiplicidad de guardadores puede dar lugar a discusiones entre ellos y a descuido de la administración por confiarse cada uno en lo que el otro haga”.

“La unidad de la guarda debe conservarse cuanto sea posible para que la responsabilidad del guardador sea más efectiva y también porque siendo muchos los guardadores no es posible remunerarlos convenientemente, etc.

Las ventajas que reporta el nombramiento de un solo tutor para la guarda de los menores, son pues indiscutibles, siendo requisito indispensable para que sea procedente dicho nombramiento que el incapaz no se halle bajo potestad de padre o madre que pueda darle la protección debida (359 C.)

El artículo 369 repite esta prohibición en los términos siguientes: “No se puede dar tutor al que está bajo patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto del Juez en alguno de los casos enumerados en el artículo 271”.

En cuanto a la tutela de los menores que han sido emancipados por el matrimonio, hay que distinguir si estos menores han o no cumplido los diez y ocho años de edad.

Si no los han cumplido, quedan sujetos a la tutela legítima de sus padres respectivos de conformidad con el artículo 387 C., pues la circunstancia del matrimonio no los inviste de la capacidad suficiente para el ejercicio de sus derechos. Si por el contrario, al tiempo de casarse han llegado ya a cumplir los diez y ocho años, fenece entonces la tutela en que se encuentren y quedan por el ministerio de la ley habilitados de

edad y gozando de todas las prerrogativas inherentes a ese privilegio, salvo las restricciones legales de las cuales hemos tratado en párrafos anteriores.

Por último, si uno solo de los cónyuges ha obtenido la habilitación respectiva, a éste corresponderá la representación y administración de los bienes de su consorte incapaz, con los mismos derechos y obligaciones que los mandatarios (362, 456, 7º, 300 y 498 C.)

Según antes dijimos nuestro Código Civil, de igual modo que los de otros países y siguiendo el derecho tradicional, divide la tutela en testamentaria, legítima y dativa.

Testamentaria es la que se constituye por testamento, no importando que este sea abierto o cerrado, solemne o menos solemne, pues los ritos con que se dicte en nada influyen para la libre y espontánea manifestación de la última voluntad.

Legítima es la que se confiere por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo; y dativas las que confiere el Juez (573 C.) De cada una de ellas nos ocuparemos a continuación.



## X

### De la tutela testamentaria

Viviendo el padre o madre de familia, nadie mejor que ellos pueden estar interesados por el bienestar de su prole, siendo muy justo en consecuencia que les corresponda la elección de la persona que debe cuidar de sus hijos menores.

Por esa razón se concede a todo padre legítimo la facultad de nombrarles tutor por testamento a sus hijos cuando no les quedare madre viva, o ésta fuese incapaz de ejercer la patria potestad en defecto de aquél, por cualquier motivo legal declarado (374 C).

El ejercicio de este derecho corresponde no sólo al padre o madre legítimo o ilegítimo, del menor, sino que, en defecto de éstos, pueden ejercerlo los abuelos (380 C).

Según estas disposiciones toca en primer lugar a los padres legítimos la facultad de nombrarles tutor testamentario a sus hijos; preferencia que tiene su razón de ser en la naturaleza misma de la patria potestad que se les confiere a aquéllos por el ministerio de la ley con exclusión a cualquiera otra persona.

Por lo tanto si el padre legítimo estuviere privado del ejercicio de este derecho, claro es que será incapaz de hacer la designación del tutor por testamento, y que dicho nombramiento no tendría valor alguno si al tiempo de su muerte se hallare en igual estado de incapacidad, aun cuando al formular su

testamento se hubiese encontrado en el pleno ejercicio de su razón (377 C.)

En cuanto al precepto que hace extensivo el ejercicio del derecho de referencia a los abuelos de los menores, opinamos que es un rezago de las antiguas leyes romanas que se ha perpetuado entre nosotros apesar de todos los cambios que ha experimentado nuestro Código Civil en su progreso evolutivo.

En los Códigos extranjeros que hemos consultado sobre el particular, a los padres y solamente a los padres se les concede la delicada atribución de legislador sobre la suerte futura de sus hijos en el seno de las relaciones domésticas.

La circunstancia de que entre nosotros se conceda esa importante atribución a otros ascendentes distintos de los padres de los menores, pugna con los principios más elementales del buen sentido, pues los coloca en la aptitud de disfrutar de una prerrogativa que es la consecuencia de un derecho del cual no han gozado nunca.

El Código de 1860 en su artículo 364 estableció que el padre legítimo podía nombrar tutor testamentario, no sólo a sus hijos nacidos sino también a los que se hallaban aun en el vientre materno para el caso de que nacieran con vida; pero su reforma se impuso como una necesidad ineludible desde el momento en que se reconocieron a la mujer la capacidad y aptitud suficientes para el ejercicio de los derechos civiles, concediéndole, en consecuencia, el de poder ejercer la patria potestad sobre sus hijos en defecto del padre, si aquellos fuesen legítimos.

La madre ilegítima que la ejerce lo hace con la misma amplitud y restricciones que el padre legítimo, según lo veremos en su oportunidad, siendo por lo tanto apta para hacer el nombramiento de tutor testamentario, o en su defecto el padre natural (379 C.)

Por otra parte, reconocidos ya entre nosotros los muchos inconvenientes de la pluralidad de los guardadores, el Código estatuye que no pueden nombrarse

varios tutores testamentarios para que ejerzan conjuntamente la guarda de un solo pupilo; pero si se les deja en libertad para que los designen con la precisa condición de que se sustituyan o sucedan unos a otros. Establecida la sustitución para un caso particular se entenderá que es aplicable a los demás en que falte el tutor preferente, a menos de aparecer claramente que el testador ha querido limitar la sustitución al caso o casos designados (383 C.)

Sin embargo, cuando un padre o madre de familia tuviere varios hijos, puede perfectamente nombrarles tutor a cada uno de ellos; pero entonces si el patrimonio estuviere indiviso, deberán ejercer la tutela todos de consumo, y dividido el patrimonio deberán observarse las reglas generales; "pero el cuidado de las personas de cada pupilo tocará exclusivamente a su respectivo tutor aun durante la indivisión del patrimonio" (382). Este artículo no hace otra cosa que interpretar fielmente la voluntad del testador, la cual debe acatarse sin restricciones cuando no contravenga las disposiciones legales.

Idéntico fundamento reconoce el precepto permisivo de que el padre o madre que ejercen la patria potestad designen tutor testamentario a sus hijos bajo condición suspensiva o resolutoria o señalamiento de día cierto en que principien o expiren las tutelas. (384 C.)

Las dativas no pueden concederse con esos requisitos, porque la condición de los jueces respecto de los menores es diferente a la de los padres de familia.

Por último, si el nombramiento de que hemos venido hablando estuviese concebido en términos vagos u oscuros, de manera que fuese imposible interpretar fielmente la voluntad del testador, tal designación no debe tomarse en cuenta, procediendo entonces la tutela legítima de la cual pasamos a ocuparnos (385 C.)



## De la tutela legítima

Esta clase de tutela tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria, y ya hemos visto en párrafos anteriores que es la conferida por la ley a los parientes del menor y por qué se concede después de la testamentaria, por lo cual nos corresponde ahora especificar los casos y el orden en que dichos parientes son llamados a desempeñarla.

En primer término, procede la tutela legítima, según el primer inciso del artículo 386 C. cuando *falta* la testamentaria. Debe entenderse que falta esta clase de tutela, cuando el padre, madre o abuelos, por olvido u otro motivo semejante no han designado en su testamento la persona o personas a quienes dejan encomendado el cuidado de sus hijos. Asimismo debe entenderse que *falta* la mencionada tutela siempre que los dichos padre, madre o abuelos, aun cuando mostrándose previsores hayan tenido la diligencia de hacer la designación del guardador de sus hijos, se han vuelto, sin embargo, incapaces de ejercer la patria potestad en el momento de su muerte.

Es procedente de igual modo la tutela legítima, de acuerdo con el mismo inciso primero del artículo citado (386 C.) en el caso que expire la testamentaria.

Se dice que expira la tutela testamentaria: 1º cuando ha muerto el tutor o tutores nombrados en el testamento; 2º cuando se han cumplido la condición o plazo en que caduca el nombramiento; 3º si ha sido

removido del cargo el tutor nombrado por causas legales, o privado el padre del ejercicio de la patria potestad.

Fuera de estos casos, la tutela legítima "tiene lugar especialmente cuando viviendo el padre o la madre es emancipado el menor y cuando se suspende la patria potestad por decreto del Juez" (386 C.)

El ejercicio de la tutela legítima por el padre o madre del pupilo estando éste emancipado, solamente puede verificarse a nuestro juicio en dos casos, a saber: 1º cuando la emancipación de menor ha sido voluntaria; y 2º cuando la ha obtenido por el ministerio de la ley, si ha contraído matrimonio, siendo menor de diez y ocho años.

En los otros casos de emancipación previstos en los artículos 275 y 276 C., la tutela del padre o madre del emancipado no puede suceder nunca a la patria potestad, porque como fácilmente puede verse es legalmente imposible.

El artículo 387 C. enumera el orden en que los parientes del pupilo deben entrar en el ejercicio de la tutela de que nos ocupamos en la forma siguiente:

Primeramente el padre del pupilo; en segundo lugar la madre; en tercer lugar los de más ascendientes de uno y otro sexo; en cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo y los hermanos varones de los ascendientes del mismo, como son los tíos.

Sino hubiere lugar a la tutela del padre o de la madre a que ya nos referimos, el Juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare (387 C.) Los parientes designados en este artículo se entenderán legítimos.

Indudablemente el legislador prefirió para el ejercicio de la tutela legítima a los próximos parientes de los menores, atendiendo a que entre más puros son los lazos de la sangre, más intenso y firme es

el afecto en las relaciones familiares, y como consecuencia existe con esa atinada disposición una mejor garantía para la seguridad y bienestar de las personas y bienes de los pupilos.

No obstante lo dicho, la ley prevee la circunstancia de que falten los parientes designados en el artículo anterior, y entonces reconoce la necesidad de recurrir en auxilio de personas extrañas para encomendarles la guarda de los menores; pero haciendo presente a los Jueces que en esa designación deben preferir a aquellas personas que por su indudable idoneidad presenten mejores seguridades para el desempeño del cargo de referencia.

Tratándose de hijos ilegítimos, es preferida para confiarle la guarda legítima la madre; faltando ésta, el legislador deposita su confianza en el padre natural, puesto que su cariño por sus hijos no puede ser dudoso desde el momento en que los han reconocido, y en último término son llamados los hermanos uterinos (388 C.)

Por último, si continuando el pupillaje cesare en su cargo el guardador legítimo, debe ser reemplazado por otro de la misma especie, puesto que mientras hayan personas aptas para desempeñar el cargo de las enumeradas en el artículo 387, los Jueces están obligados a ceñirse a lo que dicho artículo prescribe (389 C.)

15

## XII

### De la tutela dativa

En el orden de precedencia de las tres clases de tutela antes enumeradas, ocupa el tercer lugar la dativa, o sea aquella que confiere el Juez (390 C.)

Es procedente el nombramiento de tutor dativo, cuando siéndolo también alguna de las otras clases de tutela, se retarda el discernimiento de ésta por algún motivo imprevisto, cual sería el evento de una condición suspensiva o retardo en la llegada de un plazo fijado en el testamento; o cuando el paciente llamado a ejercerla en el caso de tutela dativa se encontrase imposibilitado para el desempeño del cargo por causa justa.

También hay lugar al nombramiento de tutor dativo cuando al tutor testamentario o legítimo que actualmente desempeña el cargo, le sobreviene algún impedimento que temporalmente le impida seguir ejerciéndolo, excepto cuando haya más de un tutor testamentario o legítimo en aptitud de poder suplir la falta (391 C.)

Siempre que el Juez haya de proceder al nombramiento de tutor dativo debe oír primeramente a los parientes del pupilo en la forma establecida en el Código de Procedimientos Civiles. Esta formalidad que la ley exige, reconoce como fundamento la afeción doméstica, pues es el consejo de familia quien se halla en mejor aptitud para ilustrar al Juez en la designación de la persona más idónea y que inspire

más confianza para encomendarle el cuidado del menor. Si hubiere curador adjunto podrá el Juez preferirle para la tutela dativa, porque éste, estando ya familiarizado e instruido en el giro ordinario de los negocios del pupilo, es incuestionable que su aptitud es mayor a la de cualquier otro que pudiera ser electo de preferencia a él (392 C.)

Tal es, explicada en pocas palabras, la doctrina del Código Civil salvadoreño sobre la tutela dativa. Las legislaciones de otros países, siguiendo un sistema completamente distinto al establecido entre nosotros para la guarda de las personas, establecen que la tutela dativa no debe ser conferida por los Jueces, sino por el Concejo de familia. "Es muy lógico y razonable, se dice, que sean los parientes reunidos en concejo, quienes llamen a la persona que debe desempeñar esa noble función".

El sistema a que nos referimos para la guarda de las personas, vigente en países como Francia, Italia y España, es sumamente detallado e interesante en todos sus pormenores, por lo cual opinamos que merece ser estudiado con detenimiento por quienes entre nosotros cultivan la hermosa ciencia del Derecho.

Hacer de él una amplia exposición en nuestra conferencia nos es bajo todo concepto completamente imposible, tanto por su amplitud como por su complejidad; pero, sin embargo, nos esforzaremos en bosquejar aquí algunos de sus pasajes más llamativos, simplificando detalles, sino para ilustrar un tanto nuestra labor, al menos con el objeto de no pasar en silencio sobre materia tan interesante, que es considerada como un progreso de valor indiscutible en las naciones que marchan a la vanguardia de la civilización.

La guarda de las personas tiene lugar en los Códigos a que aludimos, mediante la tutela, protutela y Concejo de familia.

El objeto de la tutela, limitado entre nosotros al cuidado de la persona y bienes de los menores que no

han obtenido habilitación de edad y que no se hallan bajo la potestad de padre o madre que pueda darle la protección debida, se extiende en esos cuerpos jurídicos a todos los incapaces de gobernarse por sí mismos. Es decir, quedan comprendidos en ella, no sólo los menores no habilitados, sino también los dementes y sordomudos, que el legislador salvadoreño ha sometido a curaduría. Se establece en esa forma una sola clase de guarda para todos los incapaces, inclusive los pródigos, siendo extensiva por lo consiguiente, a la persona y bienes o solamente a los bienes de los mismos.

La supresión de la curaduría en esos países se reputa como una innovación importantísima dentro de las instituciones civiles.

Entre los encargados de tomar parte en el ejercicio de la tutela, hemos mencionado al protutor, cuyas atribuciones al respecto son extremadamente numerosas, concretándose su misión esencial a desplegar una estrecha vigilancia (bajo su responsabilidad) sobre todos los actos del tutor, y en esa virtud no puede menos de ser digna de las más encomiásticas alabanzas. "Nuestro Código Civil se honra de la protutela, ha dicho un eminente civilista español, dando cabida en sus páginas a esa institución que redundando en provecho de la moral social y que constituye un cargo tan gravoso desde el momento en que tiene muchos cargos y pocas compensaciones".

Entre las numerosas atribuciones del protutor enumeramos las siguientes: Está obligado: 1º A intervenir en la formación del inventario de los bienes del pupilo; 2º A pedir la constitución de la fianza; 3º A sostener los derechos del menor cuando sus intereses sean opuestos a los del tutor; 4º A vigilar la gestión de este último, dando el grito de alarma cuando aquélla le parezca perjudicial al protegido; 5º A proveer la formación del consejo de familia para nombrarle al menor nuevo tutor, siempre que la tutela estuviere vacante; 6º A ejercer los actos administrati-

vos que el consejo de familia estimare indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos, mientras el tutor no constituye la fianza a que está obligado; 7º A intervenir en los cobros y pagos de los créditos; 8º A examinar las cuentas que rinda el tutor y a defender al menor ante los tribunales cuando no se conforme con la resolución del consejo de familia que apruebe las cuentas.

Todas estas atribuciones encomendadas a la diligencia del protutor no han menester de comentarios para que se sepa apreciar su indiscutible importancia, ya que revelan por sí solas la sabia previsión del legislador vigilante del bienestar social con el apoyo que presta a los desamparados.

Sus responsabilidades no son menos gravosas que sus delicadas atribuciones, pues son correlativas de ellas y comprenden los daños y perjuicios que sobrevengan a los incapaces, por negligencia en el desempeño de sus deberes.

El nombramiento del protutor está al arbitrio del consejo de familia, porque es hasta cierto punto un mandatario de éste, debiendo ser por lo tanto persona de su confianza, y mientras ese nombramiento no se haya efectuado es terminantemente prohibido al tutor dar principio al desempeño de la tutela.

En cuanto al consejo de familia, su intervención es preponderante y decisiva en el ejercicio de la tutela según el sistema de guarda a que nos venimos refiriendo, a diferencia del nuestro, del cual podemos decir sin exagerar que esa intervención es circunstancial y accesoria.

Al hablar del consejo de familia prescindiremos de referir su historia, pues se remonta a la antigüedad más lejana, la cual concluye por demostrarnos que su constitución ha correspondido en los diversos tiempos y lugares a imperiosas necesidades sentidas en los distintos conglomerados sociales. Tampoco nos detendremos a exponer los trámites necesarios para su organización, que a más de ser detallados y abun-

dantes, cambian según las diversas legislaciones de cada país, y en esa virtud, únicamente nos concretaremos a examinar su influencia en el ejercicio de la tutela, enumerando algunas de sus atribuciones referentes al establecimiento, ejercicio y conclusión de la guarda de los incapaces.

Entre ellas, son de notarse las siguientes: 1ª Conceder licencia al menor para que contraiga matrimonio, en defecto de sus padres y abuelos; 2ª Vigilar el ejercicio de la tutela y protutela; 3ª Aceptar herencias o legados deferidos al incapaz; 4ª Elegir al tutor que debe ser preferido cuando hubiere dos o más nombrados por personas extrañas que hubiesen instituido heredero al incapaz; 5ª Elegir tutor en defecto del testamentario y de las personas llamadas a la tutela legítima; 6ª Declarar la incapacidad y acordar la remoción del tutor o protutor; 7ª Exigir la prestación de fianza; 8ª Pedir el aumento de la fianza constituida, o acordar su disminución si lo solicitare el tutor según las vicisitudes que experimente el caudal del menor; 9ª Poner en posesión de sus cargos al tutor y protutor; 10ª Fijar la cuantía de las rentas que deben invertirse en la educación y alimentación del menor o incapacitado, cuando no se hubiere resuelto en el testamento; 11ª Señalar el término dentro del cual el tutor debe proceder a la formación del inventario; 12ª Fijarles su atribución al tutor y protutor atendiendo al caudal del incapaz; 13ª Aprobar las cuentas que rinda el tutor; 14ª Denunciar los delitos que hubiere cometido en el ejercicio de su cargo, etc.

Por lo expuesto se infiere que en esos países donde se halla establecido el consejo de familia para la guarda de los incapaces, tanto la persona como los bienes de éstos, sujetos a la estricta vigilancia de los parientes, corren menos peligro de sufrir menoscabos que entre nosotros donde casi todas las atribuciones enumeradas están a cargo exclusivamente de los jueces. La prudencia y el buen sentido aconsejan en

este caso que en vez de encomendar a los tribunales la facultad de conocer y decidir las cuestiones que pueden hallar remedio en el seno de confianza de la familia, sea ésta quien conozca y decida. Según lo hace notar un civilista de mérito, es innegable la superioridad de la competencia del Juez sobre el consejo de familia en cuanto al conocimiento del derecho; pero no es menos cierto también que en la mayor parte de los casos de intervención de éste, se trata de resolver cuestiones de hecho de mera necesidad y utilidad, y entonces ofrece más seguras garantías la magistratura doméstica.

Por otra parte, la autorización judicial supone el criterio de una sola persona y el consejo de familia requiere la discusión entre varias, por lo cual reúne mayores probabilidades de acertar en sus decisiones.

Además, hay que confesar, de acuerdo con el mismo tratadista citado, que el tutor nunca ha inspirado completa confianza al legislador, según lo comprueba el hecho de que para el ejercicio de muchos de sus actos ha exigido la garantía de la intervención judicial.

El consejo de familia, por el contrario, interviene en los actos más importantes de la tutela y su protección al incapaz es permanente y de ningún modo circunstancial, lo que hace que por su medio rara vez tengan que intervenir los tribunales en litigios familiares. Otra comentarista de fama se expresa sobre el particular en los términos siguientes: "Mucha podrá ser la vigilancia de un Juez; amplio el círculo de sus investigaciones, sana su intención; probada su rectitud; pero reunidas todas estas cualidades no evitarán que en ocasiones el interés egoísta se sobreponga y quede perjudicado el incapaz, tanto en sus bienes como en su persona".

Antes de continuar, tal vez no sea inoficioso poner de manifiesto, que según se habrá notado cuando hablamos de las distintas clases de tutela, no hemos hecho mención de las curadurías, porque si bien es

cierto que las disposiciones sobre la guarda de los incapaces son comunes a ambas, el objeto de nuestra labor no los comprende a todos, sino sólo a los menores, y a esa circunstancia obedece la omisión aludida en que también incurriremos en los párrafos subsiguientes.

Por otra parte, aunque las disculpas en materias científicas son impropias y merecen poco crédito, hacemos constar con la mayor franqueza que los capítulos finales concernientes a la tutela, no los comentaremos cual era nuestro deseo, porque lo extenso de la materia y la premura del tiempo no nos lo han permitido. Con esta salvedad entramos de lleno a exponer la doctrina del Código Civil en lo tocante al ejercicio de la guarda de los menores



### XIII

## Diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela

Como queda dicho, la designación del tutor se verifica por testamento, por la ley o por el Juez, según los casos; pero una vez efectuada esta designación no entra aquél inmediatamente en el ejercicio de su cargo, sino en virtud del discernimiento, o sea del decreto judicial que lo autoriza para desempeñarlo. (393 C.)

Es prohibido a los Jueces hacer este discernimiento mientras el tutor no rinda la caución a que está obligado para garantizar los intereses del menor, asegurando las indemnizaciones consiguientes de los daños que pudiera ocasionarle a consecuencia de una mala administración de sus bienes. En todas las legislaciones se reconoce la necesidad de exigir esta garantía, pues por mucha que sea la confianza que inspire el guardador, una medida de tal naturaleza es de incuestionable necesidad, salvo casos muy excepcionales.

Entre los contratos accesorios que aseguran el cumplimiento de las obligaciones, se distinguen tres clases, a saber: la fianza, la prenda y la hipoteca, y no es indistinto que los guardadores quieran prestar cualquiera de esas cauciones, ya que el legislador les reconoce importancia diferente, por cuya razón nuestro Código Civil prescribe que cuando el capital del pupilo no exceda de dos mil pesos, el tutor podrá

rendir una simple fianza, procurando que la garantía se halle en todo caso en proporción al capital administrado.

Cuando el capital del pupilo exceda de la cantidad antedicha, la garantía exigida al tutor es hipotecaria y debe ascender por lo menos a la quinta parte del valor de los bienes que va a administrar. La inobservancia de estos preceptos trae consigo para el Juez infractor, la responsabilidad por los perjuicios que de ello resultaren al pupilo. (394 C.)

Los Códigos de otras naciones establecen a este respecto en beneficio de los tutores, que la caución prestada por éstos pueda aumentarse o disminuirse según las vicisitudes que experimente el caudal de los menores.

La regla general que dejamos expuesta es que todos los tutores están en obligación de rendirla antes de posesionarse del cargo, pero la ley ha creído justo exceptuar a algunos por atendibles razones, a saber:

1º—El cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos del pupilo y su madre ilegítima;

2º—Los que se dan para su negocio particular sin administración de bienes; y, en tercer lugar, pueden también ser relevados de la fianza, cuando el pupilo tuviese pocos bienes, el tutor que fuere persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder de ellos. (395 C.)

Algunos autores de la materia son contrarios a este privilegio que se concede a los parientes, sobre lo cual un insigne civilista se expresa en los términos siguientes: "Quien no sepa lo que es el cariño de los padres, abuelos y hermanos; cuanta es su intensidad y hasta donde llega su abnegación, repelerá el precepto estimando que la garantía material de la fianza vencerá siempre dentro del terreno jurídico a la garantía moral, por aquel principio de que *hay más seguridad en las cosas que en las personas*. Empero, como no es el derecho tan egoísta y aunque propende al convencionalismo y a la objetividad, algunos res-

quicios descubre por donde escapa y legisla el sentimiento”.

También está exento de rendir caución a veces, el tutor testamentario, pues la confianza depositada en él por el difunto disipa toda duda que pudiera despertar, presumiéndose que se conducirá íntegramente en el desempeño de su encargo. (399 C.)

Autorizado el guardador para el ejercicio de la tutela, no por eso se halla en aptitud de administrar los bienes del pupilo, ni el Juez tiene facultad para conferirle dicha administración sino después de haberse inventariado los bienes del menor y aprobado dicho inventario; pero cuando se hubiese practicado con anterioridad al discernimiento de la tutela, bastará con su aprobación sino adoleciere de ningún vicio o falta sustancial. (394 C.)

Deberá practicarse en forma solemne, de la manera prevenida en el artículo 1174 C. para las asignaciones testamentarias, con el objeto de que revista la mayor certeza y exactitud (400 C.) y dentro de los noventa días subsiguientes al discernimiento y antes de tomar parte alguna en la administración. Sin embargo, la misma ley confiere a los Jueces la facultad de ampliar y restringir este plazo según las circunstancias lo exijan. (398 C.)

Cuando al guardador puede imputársele negligencia en la facción del inventario o incurra al practicarlo en alguna falta grave, puede ser removido de la tutela como sospechoso; y si además hubiese causado algún daño o perjuicio al menor, el Juez deberá condenarlo al resarcimiento del mismo como en el caso de mala rendición de cuentas. (398 C.)

De esta obligación de hacer inventario no puede ser librado el tutor ni aún por testamento; pero si probare que los bienes del pupilo son tan exiguos que no exceden de un mil pesos, podrá el Juez, oídos los parientes del pupilo, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes y exigir sólo un apunte privado, bajo la firma del tutor y de tres de

los más cercanos parientes del menor, mayores de edad, o de tres personas respetables a falta de éstos. (399-401 C.)

Excediendo de la suma expresada el valor de los bienes del pupilo, el tutor está obligado a formar inventario solemne de ellos haciendo relación de todos los bienes raíces y muebles, particularizándolos uno a uno o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión del precio, cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto su responsabilidad (402 C.)

Comprenderá asimismo el inventario, dice el artículo anterior, los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas y, en general, todos los objetos presentes, exceptuando los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad o que sea necesario destruir con algún fin moral.

Si después de hecho el inventario aparecen otros bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecen nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos y se agregará al anterior. (403 C.)

Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias del pupilo, si se encontrasen entre las que le pertenecen y la responsabilidad del tutor se extenderá entonces tanto a unas como a otros y no tendrá ningún valor la mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer a determinadas personas los objetos que en él se enumeran. (404-405.)

El tutor debe conducirse en la práctica de todas estas diligencias con el mayor cuidado y circunspección posibles, para evitarse responsabilidades; porque si después alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas imaginarias o se ha exagerado el número, peso o medida de las existentes, o se les ha atribuido una materia o calidad de que ca-

recian, no será oído; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte o sin conocimiento o experimentos científicos. (406 C.)

Tampoco será oído el tutor que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, aunque ofrezca probar que con esa inclusión tuvo en mira favorecer al pupilo, porque si la prestación de esa prueba fuese permitida, no sería difícil a los guardadores menoscabar los intereses de los menores, que es precisamente lo que la ley trata de evitar en tal caso (4086 C.)

Igual fundamento reconoce la disposición preceptiva de que los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a menos de prueba contraria.

Por último; pudiendo ocurrir que haya cambio de tutor por muerte o renovación del primero o por cualquiera otra causa, y para evitar diligencias y gastos inútiles en la práctica de otro inventario, el artículo 409 C. previene que el tutor que sucede a otro recibirá los bienes por el inventario anterior, anotando en él las diferencias que hubiere. Esta operación se hará con las mismas solemnidades que el inventario anterior, ya que produce el mismo efecto, y ese pasará a ser el inventario del sucesor.

Una vez practicado el inventario, otorgada la fianza correspondiente y discernido el cargo entra el tutor en la administración de la tutela, teniendo que desempeñar dos clases de atribuciones; una que se refiere al cuidado de la persona del menor, y otra a su representación y manejo de sus bienes. De cada una de ellas trataremos por separado.



## XIV

### **De la administración de los tutores relativamente a los bienes del menor**

Los menores de edad, como personas naturales, ya lo hemos manifestado antes, gozan de todos los derechos civiles que las leyes conceden a los mayores; pero su falta de desarrollo físico e intelectual les impide ejercitarlos, y en su virtud el orden público exige que se supla la incapacidad de los ineptos para gobernarse por sí mismos, mediante el concurso de sus representantes legales. Esta representación se concede por el ministerio de la ley al padre o madre que ejercen la patria potestad sobre el menor, y en defecto de ellos al tutor nombrado con los requisitos y en la forma que el derecho prescribe. Toca a éste, por lo consiguiente, representar a su pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan y que puedan menoscabar sus intereses o imponerle obligaciones.

La inhabilidad del pupilo puede así mismo suplirla el tutor, pero solamente para actos extrajudiciales, por instrumento público o interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto, de igual modo que está facultado para hacerlo el padre o madre de familia con sus hijos (410, 265 C.)

Esta representación del pupilo en toda clase de actos extrajudiciales, se produce en manejos administrativos de los bienes de aquél; en su conservación, reparación y cultivo, y en circunstancias especiales,

en su enajenación, según fuese más provechoso al menor. La responsabilidad del tutor se extiende hasta la culpa leve porque es remunerado en el desempeño de su cargo que no sólo le reporta molestias y cargas, sino también beneficios (42,411, 1.418, 1892 C.)

Las funciones de todo tutor son de tres clases como en las líneas subsiguientes lo veremos, a saber: unas de pura simple administración, que él puede y debe ejecutar por sí sólo; otras que por su procedencia o por implicar dominio necesitan de licencia judicial; y finalmente aquellas que por su naturaleza o por el interés que en ellas pueda tener el tutor, no cabe que las ejecute de ningún modo.

Son tan delicadas las responsabilidades de todo tutor, que si en un testamento se nombra una persona a quien éste haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso está obligado a someterse al dictamen del consultor, sino que en todo caso debe discernir con su propio criterio la conveniencia o ineptitud del consejo, y si imprudentemente lo siguiere queda sujeto a las consecuencias resultantes de su poca cordura y festinación.

A idénticas responsabilidades lo sujeta la ley, aun cuando en el testamento se le hubiere ordenado que proceda de acuerdo con el consultor, si secunda la opinión de éste; mas si entre ambos pareceres hubiere discordancia, el tutor queda obligado a impetrar la autorización del Juez, quien para concederla debe hacerlo con conocimiento de causa (412 C.)

Ha menester igualmente de autorización judicial el tutor para enajenar los bienes raíces del pupilo que valgan más de doscientos pesos; para gravarlos con hipotecas o servidumbres o para enajenar o empeñar los muebles preciosos del pupilo, ni es lícito a los Jueces autorizar estos actos sino por causas de necesidad y utilidad manifiestas, con la única excepción de que la venta de los muebles preciosos referidos corresponda al giro ordinario de los negocios del pupilo, en-

tendiéndose por tales aquellos cuyo valor exceda de quinientos pesos.

Exigiendo la ley para tales enajenaciones y gravámenes como requisito *si ne quan non*, la necesidad y utilidad *manifiestas*, suficientemente se comprende que no basta una necesidad superflua, sino aquella que solamente sea capaz de satisfacerse gravando o enajenando los bienes del menor, y que cualquier hombre juicioso y prudente hubiese llevado a cabo su circunstancias semejantes (413 C.)

Para proceder a la venta de los bienes que en el artículo citado se enumeran, dice el artículo 414 C. que deben observarse las formalidades prevenidas en el Código de Procedimientos Civiles para las enajenaciones en pública subasta, porque así se obtiene un mayor precio por la cosa; se beneficia al pupilo y se evitan mediante la publicidad e intervención del Juez los fraudes que pudieran producirse en una venta privada.

No obstante, no será necesario nuevo decreto judicial para la enajenación de los bienes de referencia, cuando estos hubieren sido embargados por ejecución seguida contra ellos, ni tampoco cuando han sido transferidos al pupilo con la precisa condición de someterlos a un traspaso o gravamen determinado.

El tutor no puede repudiar ninguna herencia deferida al menor sin decreto del Juez, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario. Para la repudiación se exige el permiso del Juez porque dicho acto es susceptible de traer como resultado una pérdida de bienes para el pupilo. Para la aceptación no se requiere ese permiso, sino que basta el beneficio de inventario, porque así queda a salvo de todo menoscabo el patrimonio del menor, quien en tal caso sólo es responsable por el importe efectivo de la herencia. Esta regla y la siguiente son también aplicables al padre o madre de familia que ejerzan la patria potestad (268, 416, 1149 C.).

El mismo principio rige respecto de las donaciones

o legados deferidos al menor: no se pueden repudiar sin autorización competente, pero sí aceptarse sin necesidad de ella, con tal que se haga previa tasación de las cosas donadas o legadas (417 C).

Se necesita así mismo previa autorización competente para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se valúan en más de quinientos pesos, y en estos casos y en cualquier otro en que no deba preceder decreto judicial, la tasación o el fallo del compromiso se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad.

Si se hubiese dejado o donado al pupilo una cantidad de dinero para la adquisición de bienes raíces, la ley respetando la voluntad del donante o testador provee que no podrá destinarse a ningún otro objeto que la impida o embarace, a no ser que intervenga autorización judicial con conocimiento de causa.

Es, además, terminantemente prohibido a los tutores, donar los bienes raíces del pupilo aun con licencia judicial, porque actos de tal naturaleza sólo constituyen gravámenes de que no se obtiene beneficio alguno, por lo cual lejos de aumentar los patrimonios contribuyen a disminuirlos.

No obstante, en casos excepcionales y por causas graves, si es lícito a los tutores hacer donaciones en dinero o de otros bienes muebles del pupilo, como cuando se tiene en mira según el mismo Código lo expone, socorrer a un consanguíneo necesitado o contribuir a un objeto de beneficencia pública, con tal que sean proporcionadas al caudal del pupilo, y que por ellas no sufran menoscabo notable los capitales productivos. No están sujetos a esta prohibición los gastos de poco valor o de lícita recreación, puesto que con ellos en nada se perjudica la hacienda del favorecido (421 C).

Además, como la remisión gratuita de un derecho es una pura liberalidad susceptible de ocasionar perjuicios, el legislador la sujeta a las reglas de la donación con sobrada justicia (422 C).

Por otra parte, siendo el pupilo incapaz para obligarse sin el ministerio o autorización de su representante legal, claro es que no puede constituirse fiador, según lo previene el artículo 423 C., prohibición que nos parece superflua, puesto que dada la naturaleza de la incapacidad de los menores, en ningún caso sería concebible la tesis contraria.

Entre las facultades administrativas concedidas a los tutores, se encuentra la de hacer efectivos los créditos del pupilo, por lo cual los deudores de éste que pagan al tutor las cantidades adeudadas, quedan libres de todo nuevo pago, y lo quedan también los que pagan sus deudas al menor con autorización de aquél o decreto judicial. Por lo consiguiente, el pago hecho en cualquiera otra forma no tendrá valor alguno, y podrá hacerse efectivo nuevamente contra el deudor como si no hubiese habido cancelación ninguna de su parte (424 C).

Otra de las atribuciones administrativas del tutor, le impone la obligación de prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades para que no peligre su fortuna, a un interés que no debe ser nunca inferior al legal; pero queda en libertad para emplearlo en la adquisición de bienes raíces, si lo estimare preferible, por ser más ventajoso para su representado.

Si no diere cumplimiento a la anterior prevención, queda el tutor responsable del lucro cesante, o sea de los aumentos de fortuna que ha dejado de percibir el menor, siempre que aparezca que su dinero ocioso pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro, debiendo tener además el cuidado al hacer esas prestaciones, de asegurarlas con garantía suficiente, so pena de quedar responsable por los perjuicios que sobrevengan a su representado por su malicia o negligencia al otorgarlas (425 C).

Aunque el arrendamiento de bienes es un contrato de mera administración, está prohibido en absoluto a los tutores celebrarlo con los predios rústicos del pu-

pilo por más de cinco años, y con los urbanos por más de dos, ni con unos u otros por mayor número de años que los que falten al pupilo para llegar a la mayor edad, porque hay interés en que el menor encuentre sus bienes libres de gravámenes cuando adquiriera la plena capacidad para administrarlos.

Si desoyendo los dictados de la ley el tutor contraviniere el anterior precepto, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio a cualquier título, por el tiempo que excediere de los límites señalados, siendo en consecuencia rescindible el contrato. Se prohíbe también al tutor constituir sobre los mismos bienes rústicos o urbanos, cuando valgan más de doscientos pesos, los derechos de usufructo, uso o habitación, salvo que el provecho para el pupilo sea notorio, y precediendo autorización del Juez con conocimiento de causa (426 C).

Siendo la percepción de créditos e interrupción de prescripciones actos de administración, los artículos 427 y 428 establecen que el tutor debe cuidar de interrumpir estas últimas y hacer efectivos aquellos desde que sea exigible el pago, y perseguir a los deudores del pupilo por los medios legales, cuando se muestren renuentes a satisfacer las deudas.

Cuando el tutor con la mira de beneficiar al pupilo le haya hecho alguna anticipación de su propio peculio antes de tomar parte alguna en la administración de sus bienes, queda facultado para hacerse pago con dichos bienes sin intervención judicial y cobrando intereses legales; pero si el pupilo le fuere deudor de alguna especie raíz o mueble a título de legado, o a cualquier otro, será preciso que el Juez le dé la posesión para evitar fraudes (429 C).

Cuando el tutor haya de representar en juicio al pupilo, debe legitimar su personería mediante el decreto judicial en que se le haya discernido el cargo; y tratándose de actos y contratos extrajudiciales, deberá expresar en la escritura respectiva al celebrarlos

o ejecutarlos que procede en el carácter de tal representante para que conste de modo fehaciente que no lo hace por derechos propios, so pena de que omitida esa expresión no se repute ejecutado el acto o celebrado el contrato en representación del pupilo, sino en el caso de que fuere útil a éste, puesto que sin ese requisito los perjuicios para el pupilo serían evidentes.

Con raras excepciones, el tutor se halla legítimamente imposibilitado para celebrar o ejecutar cualquier acto o contrato con los bienes de su representado, si no es con la competente autorización judicial; pero esta autorización es indispensable que el tutor la obtenga en todo caso, cuando en el acto o contrato que se trata de celebrar o ejecutar se halle interesado él mismo, su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos; sus padres o hijos ilegítimos o sus consanguíneos o a fines legítimos hasta el cuarto grado inclusive o alguno de sus socios de comercio. Tratándose de bienes raíces del pupilo, la prohibición para adquirirlos o tomarlos en arriendo es absoluta, y el tutor no puede hacerlo ni aún con la autorización del Juez, so pena de nulidad del acto o contrato, siendo extensiva esta prohibición a su cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, pero no a las demás personas antes enumeradas (431 C.)

Acatando el principio de equidad natural que dice que todo trabajo debe ser remunerado, el Código dispone que el tutor tiene derecho a que se le abonen los gastos que justamente haya hecho en el ejercicio de su cargo, incluyéndose en ellos la indemnización de los servicios que le haya prestado al pupilo en concepto de abogado, médico, artesano o labrador, o en otros que no sean debidos o inherentes a su administración. En caso de legítima reclamación, corresponde al Juez hacer la tasación pertinente (432 C.)

Son, además, obligaciones del tutor para escudarse de toda responsabilidad, asegurando la gestión de los manejos que su cargo le impone, las enumera-

das en el artículo 433 C., que vienen a ser el termómetro de su conducta administrativa, pues es indudable que sin ellas la prestación de fianza y formación del inventario respectivo serían vanos formulismos sin objeto ni sanción de ninguna especie.

El artículo citado dice así: El tutor (o curador en su caso) es obligado a llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable documentada de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración, a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resulte en su contra”.

Comprende esta obligación a todo tutor, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna o le haya condonado anticipadamente el saldo, y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo. Semejante condición se mirará como no escrita.

La cuenta se llevará en un libro de papel correspondiente, foliado, rubricado y sellado por el Juez que diciera la tutela y con una razón en la primera foja firmada por el mismo Juez en que se exprese el objeto del libro y el número de fojas que comprende.

Las expensas necesarias para la justificación y rendición de cuentas serán de cargo del pupilo.

El tutor presentará al Juez anualmente una situación de la hacienda del menor, con nota de los gastos hechos y sumas percibidas durante el año anterior. Este estado deberá presentarse en los primeros treinta días del año siguiente, y en caso de omisión, se impondrá al guardador una multa de cien a quinientos pesos por cada infracción.

El mismo objeto que el artículo anterior tiene el siguiente: Art. 434. “Podrá el Juez mandar de oficio cuando lo crea conveniente, que el tutor (o curador en su caso), aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración o manifieste las existencias a otro

de los tutores del mismo pupilo o a un curador especial”.

Podrá provocar esta providencia con causa grave, calificada por el Juez verbalmente, cualquier otro tutor del mismo pupilo o cualquiera de los consanguíneos más próximos de éste o su cónyuge.

Una vez terminadas sus funciones por cualquier causa legal, el tutor debe rendir cuentas de su administración, entregando a su sucesor o al mismo pupilo si hubiese éste llegado a la mayor edad, los bienes administrados, dentro del término que el Juez le señale según las circunstancias, sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos cuyo retardo pudiera perjudicar al pupilo (435 C.)

Cuando dos o más pupilos hubiesen estado bajo una misma tutela ejercida por varios guardadores de consumo, todos éstos quedan responsables solidariamente por los bienes que han administrado, debiendo a la expiración de su cargo rendir una sola cuenta, la cual en todo caso debe ser discutida y aprobada por la persona a quien pase la administración, si el representado mismo no lo fuere. Si se trasfiere a otro tutor o al mismo pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada sino con la aprobación del Juez, quien para darla está obligado a oír un curador especial, y éste, previo examen de los libros del guardador que entrega, dictaminará sobre si deben o no ser aprobadas las cuentas (437 C.)

En todo caso en que el tutor o tutores no den cuenta fiel y exacta de su administración, exhibiendo a la vez el inventario, libro de cuentas y las existencias, ya sea por dolo o culpa grave o simplemente por negligencia en el desempeño del cargo, quedan responsables para con el pupilo, quien entonces tiene el derecho de apreciar y jurar la cuantía de los perjuicios y daños recibidos, al pago de los cuales debe ser condenado el tutor, salvo que por parecerle excesiva el Juez haya tenido a bien moderarla (438 C.)

Si resultare algún saldo en su contra, debe el tu-

tor pagar sus intereses legales desde el día en que su cuenta quedare cerrada o por constituirse en mora no la hubiere exhibido; y recíprocamente queda con derecho a cobrar los que resulten en su favor desde el día en que los pida, una vez cerrada su cuenta.

Cuando los tutores o sus herederos no cumplen con las responsabilidades resultantes del mal ejercicio del cargo, lo quedan en su lugar los fiadores, puesto que con ese objeto se exige precisamente la rendición de la fianza, por lo cual estos últimos no pueden pedir que se les exonere de esa garantía aunque el tutor desempeñe mal el cargo, pero sí pueden solicitar su remoción para evitarse el peligro de la responsabilidad (440 C.)

En cuanto a la prescripción de las acciones del pupilo contra el tutor o fiador por la mala administración de la tutela, el Código prescribe que termina en cuatro años contados desde el día en que haya concluido la guarda que da origen a la acción, y si el pupilo fallece antes de cumplirse el cuadrenio, dicha acción prescribirá en el tiempo que falte para cumplirlo la cual.

Como una consecuencia de la naturaleza del cargo de tutor, resulta que si alguno lo ejerce no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, se hace por el mismo hecho responsable de todas las obligaciones, derechos y responsabilidades del tutor verdadero, sin que sus actos puedan obligar al pupilo sino cuando le hubieren reportado positiva ventaja.

Pero si hubiese procedido de mala fe fingiéndose tutor, será removido de la administración y privado de todos los emolumentos de la tutela, sin perjuicio de la pena que mereciere sufrir por su impostura (442 C.)

Por último, siendo de absoluta e imprescindible necesidad que se llenen todos los requisitos que hemos venido enunciando para poder desempeñar el cargo de tutor, resulta que si alguien en caso de necesidad y por amparar al pupilo toma la administración de los

bienes de éste, debe ocurrir ante el Juez inmediatamente para que provea a la tutela, y mientras tanto procederá como agente oficioso teniendo solamente las obligaciones y derechos de tal; pero si voluntariamente retardare su comparecencia ante el Juez como queda dicho, quedará responsable para con el menor hasta por la culpa levísima (443 C.)



## XV

### Obligaciones del tutor relativas a la persona del menor

Las obligaciones del tutor relativas a la persona del menor, tienen por objeto: 1º su cuidado y educación, y 2º proveer a los gastos de su crianza y educación de acuerdo con lo dispuesto en el título XXI del Código Civil que contiene los siguientes preceptos:

En lo tocante a la crianza y educación del pupilo es obligado el tutor a conformarse con la voluntad de sus padres o abuelos sin perjuicio de ocurrir al Juez cuando lo crea conveniente. Pero el padre o madre que ejerza la tutela no serán obligados a consultar sobre esta materia con persona alguna, salvo que el testador, encargando la tutela al padre o madre que no tienen patria potestad sobre el pupilo, les haya impuesto esa obligación, en cuyo caso se observará lo dispuesto en el artículo 412 del mismo Código (444 C.)

El tutor en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerla cumplir su deber, sin perjuicio de recurrir al Juez cuando lo creyere necesario, como el caso del artículo anterior (445 C.)

El pupilo no debe residir en la habitación o bajo el cuidado personal de ninguno de los que si muriere habrían de sucederle en sus bienes, como tíos o hermanos, por la sencilla razón de evitar que pueda co-

meterse contra su vida cualquier atentado con miras ambiciosas. Están exentos de esta prohibición los ascendientes legítimos del menor y sus padres ilegítimos, porque en ellos es inconcebible cualquier designio criminal para con sus hijos (446 C.)

Cuando los padres no hubieren provisto por testamento a la crianza y educación del pupilo, suministrará el tutor lo necesario para estos objetos según competa al rango social de la familia; sacándolo de los bienes del pupilo y en cuanto fuere posible de los frutos, debiendo abstenerse de todo gasto inmoderado so pena de hacerse responsable aunque deje íntegros los capitales del menor.

Para cubrir su responsabilidad podrá pedir al Juez que en vista de las facultades del pupilo, fije el máximo de la suma que haya de invertirse en su crianza y educación (447 C.)

Si los frutos de los bienes del pupilo no alcanzaren para su moderada sustentación y la necesaria educación del mismo, podrá el tutor enagenar o gravar alguna parte de los bienes, no contrayendo empréstitos ni tocando los bienes raíces o los capitales productivos, sino por extrema necesidad y con la autorización debida (448 C.)

En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor a las personas que por sus relaciones con el mismo estén obligadas a prestarle alimentos; reconviéndolas judicialmente, si necesario fuere, para que así lo hagan.

Su continuada negligencia en proveer a la sustentación del pupilo es motivo suficiente para removerlo del cargo (449-450 C.)

A los habilitados de edad, según hemos visto anteriormente, no puede dárseles tutor, pero sí a los demás menores que no hubieren obtenido dicha habilitación, quienes si carecieren de él deben pedirlo al Juez, designando a la persona que al efecto fuere de su agrado; y si el menor no lo pidiere pueden hacerlo en su lugar sus parientes, correspondiendo a

aquél en todo caso la designación de la persona o al Juez en subsidio, quien oyendo a los parientes del menor queda en libertad para aceptar o repudiar la persona a que el menor designe según su idoneidad.

Si ni el menor ni los parientes pidieren el tutor, lo nombrará el Juez de oficio, porque siendo la tutela institución de orden público, la sociedad está interesada en que se proteja a quienes son inhábiles para defender por sí mismos su persona y bienes (452 C.)

Los menores que están bajo tutela gozan de las mismas facultades que el hijo de familia respecto de los bienes que forman su peculio profesional o industrial, porque para la administración de dichos bienes está establecido que se les considera como mayores y habilitados de edad. Lo dispuesto en el artículo 265 C., relativamente al hijo de familia y al padre, de que hemos hablado al tratar de la patria potestad, es aplicable al tutor y al menor (453 C.)

El tutor es el representante del menor por el ministerio de la ley; pero esta facultad no obsta para que aquel le confié, si lo juzgare conveniente, cuando hubiere llegado a la pubertad, la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizarlo al efecto por escritura pública y bajo su responsabilidad, presumiéndose la autorización para todos los actos anexos a ella (454 C.)

El pupilo adulto tiene derecho para solicitar la intervención judicial cuando de alguno de los actos del tutor le resulte manifiesto perjuicio, y el Juez, encontrando fundada la reclamación, proveerá lo que crea más conveniente y útil a los intereses del pupilo (455 C.)

El fenecimiento de la tutela tiene lugar en los casos enumerados en el artículo 456 C., que son los siguientes:

1º Por llegar el pupilo a la mayor edad, pues entonces la ley le reconoce plena capacidad para gobernarse por sí mismo, y en esa virtud el poder proteccionista de la tutela ya no tiene razón de ser.

2º Por la muerte del pupilo o del tutor. Con la muerte del pupilo sobreviene una incapacidad natural para que el tutor siga ejerciéndola, y por eso se explica su fenecimiento; y con la muerte del guardador porque la tutela es un cargo meramente personal que no se trasmite a los herederos, aunque éstos respondan en todo caso como tales por la mala administración de su causante.

3º Si hubiere sido dada a cierto tiempo o bajo condición, cumpliéndose aquél o faltando ésta.

4º Si el tutor se excusare legítimamente.

5º Si fuere removido de la tutela; pues en este caso al efecto inmediato de la remoción debe ser que el guardador cese en sus funciones.

6º Por el reconocimiento que haga el padre del hijo natural que se halla en guarda, excepto cuando ésta la ejerza la madre.

7º Por la habilitación de edad.

## XVI

### De las incapacidades y excusas para el ejercicio de la tutela

Hay personas a quienes la ley prohíbe ser tutores porque adolecen de ciertos impedimentos, y de ellas se dice que son incapaces o indignas; y otras a quienes por justos motivos se dispensa de la obligación de servir el cargo de las cuales se dice que pueden excusarse (495.)

Las personas incapaces para ejercer la tutela pueden serlo por varios motivos, según la naturaleza del impedimento, y en esa virtud la ley las clasifica en grupos distintos como puede verse a continuación:

#### Reglas relativas a defectos físicos y morales

Art. 496.—Son incapaces de toda tutela (o curaduría):

1º Los ciegos; 2º Los mudos; 3º Los dementes, aunque no estén bajo interdicción; 4º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores; 5º Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación; 6º Los que carecen de domicilio en la República; 7º Los de mala conducta notoria; 8º Los condenados judicialmente a una de las penas que conforme al Código Penal lleven consigo la pérdida de la patria potestad, aunque se les haya indultado de ella; 9º La mujer que ha sido condenada o divorciada por adulterio; y subsistirá la incapacidad aunque el estado de divorcio haya terminado por la

disolución del matrimonio o por la reconciliación; 10º El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 276 (emancipación judicial); 11º Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados por fraude o culpa grave a indemnizar al pupilo

Las razones que han asistido al legislador establecer estas causales de incapacidad son fácilmente comprensibles, y sólo debemos hacer notar que habiéndose suprimido de nuestro Código la interdicción del pródigo, la causal 5ª del artículo anterior ya no está vigente:

#### **Reglas relativas a las profesiones, empleos y cargos públicos**

**Art. 497.**—Son asimismo incapaces de toda tutela:

1º Los que pertenecen al estado eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas, podrán ser tutores de sus parientes.

2º Los individuos de ejército o la armada, que se hallen en actual servicio; incluso los comisarios, médicos, cirujanos, y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado.

3º Los que tienen que ejercer por largo tiempo o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública fuera del territorio salvadoreño.

#### **Reglas relativas a la edad**

**Art. 498.**—No pueden ser tutores los que no hayan cumplido veintiún años, aunque hayan obtenido habilitación de edad.

Sin embargo, si es deferida una tutela al ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, que no ha cumplido veintiún años, se aguardará que los cumpla para conferirle el cargo y se nombrará un interino para el tiempo intermedio.

Se aguardará de la misma manera al tutor testamentario que no ha cumplido *veintiún años*.

Pero será inválido el nombramiento del tutor menor, cuando llegando a los *veintiuno* sólo tendría que ejercer la tutela por menos de dos años.

Art. 499.—Cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el artículo 331, y si en consecuencia se discierne el cargo al tutor nombrado, será válido y subsistirá, cualquiera que sea realmente la edad.

#### Reglas relativas a las relaciones de familia

Art. 500.—El padrastro no puede ser tutor de su entenado.

Art. 501.—El marido no puede ser tutor de sus hijos naturales sin el consentimiento de su mujer.

#### Reglas relativas a la oposición de intereses o diferencia de religión entre el guardador y el pupilo

Art. 502.—No podrá ser tutor de una persona el que le dispute su estado civil, o tenga enemistad con ella o con sus consanguíneos hasta en el cuarto grado.

Art. 503.—No pueden ser tutores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella, por intereses propios o ajenos.

Al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo.

Art. 504.—Las disposiciones del precedente artículo no comprenden al tutor testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda o litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor.

Ni se extienden a los créditos, deudas o litis que fueren de poca importancia en concepto del Juez.

Art. 505.—Los que profesan diversa religión de

aquella en que debe ser o ha sido educado el pupilo, no pueden ser tutores de éste.

#### **Reglas relativas a la incapacidad sobreviviente**

Art. 506.—Las causas antedichas de incapacidad, que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela, pondrán fin a ella.

Art. 507.—La demencia del tutor viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubiere ejecutado, aunque no haya sido puesto en interdicción.

#### **Reglas generales sobre las incapacidades**

Art. 508.—Los tutores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de deferírseles el cargo o que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo.

Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor; pero salidas por él pondrán fin a la tutela.

Art. 509.—El guardador que se creyere incapaz de ejercer la tutela que se le defiere, tendrá para provocar el juicio sobre su incapacidad los mismos plazos que para el juicio sobre sus excusas se prescriben en el artículo 516.

Sobreviniendo la incapacidad durante el ejercicio de la tutela, deberá denunciarla al Juez dentro de los tres días subsiguientes a aquel en que dicha incapacidad haya empezado a existir o hubiere llegado a su conocimiento; y se ampliará este plazo de la misma manera que el de treinta días que en el artículo 516 se prescribe.

La incapacidad del tutor podrá también ser denunciada al Juez por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge y aún por cualquiera persona del pueblo.

## XVII

### De las excusas

Si bien es cierto que la tutela es un cargo público que todos están obligados a servir, esta regla general admite algunas excepciones fundadas en el interés colectivo, el cual exige que ciertas funciones no sean desatendidas, o en el interés del mismo menor cuya guarda demanda especial dedicación que algunas personas por circunstancias especiales no pueden prestar.

Por esas razones el artículo 510 C. prescribe que pueden excusarse de servir la tutela:

1º El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público, los Gobernadores Departamentales y los jueces letrados.

2º Los administradores y recaudadores de rentas fiscales.

3º Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público fuera del distrito en que se ha de ejercer la guarda.

4º Los que tienen su domicilio fuera de dicho distrito.

5º Las mujeres.

6º Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta años.

7º Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario.

8º Los que ejercen ya dos guardas; y los que estando casados, o teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curaduras especiales.

Podrá el Juez contar como dos la tutela que fuere demasiado complicada y gravosa.

9º Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos de cualquier sexo, contándoseles también los varones que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República.

10º Los que no saben leer ni escribir, cuando la administración de la tutela fuere complicada en concepto del Juez.

Sobre el mismo tratado de las excusas, y como complemento del artículo anterior, trae el Código las siguientes disposiciones:

Art. 511.—En el caso del artículo precedente número 8, el que ejerciere dos o más guardas de personas que no son hijos suyos legítimos o naturales, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas a fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo legítimo o natural; pero no podrá excusarse de ésta.

Art. 512.—La excusa del número 9, artículo 510, no podrá alegarse para no servir la tutela del hijo legítimo o natural.

Art. 513.—No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega tiene bienes raíces; en este caso será obligado a constituir hipoteca sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración.

Art. 514.—El que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo como tutor o como tutor y curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio de su cargo; pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge; ni un ascendiente o descendiente legítimo, ni un padre o hijo natural, ni una madre o hijo ilegítimo.

Art. 515.—Las excusas consignadas en los artículos precedentes deberán alegarse, por el que quiera aprovecharse de ellas, al tiempo de deferirse la guarda; y serán admisibles si durante ella sobrevienen.

Art. 516.—Las excusas para no aceptar la guarda que se difiere, deben alegarse dentro de los plazos siguientes:

Si el tutor o curador nombrado se halla en el departamento en que reside el Juez que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicho departamento, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo a razón de un día por cada seis leguas de distancia entre el lugar de la residencia del Juez y el de la residencia actual del tutor nombrado.

Art. 517.—Toda dilación que exceda del plazo legal y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela; y hará, además, inadmisibles sus excusas voluntarias, a no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas.

Art. 518.—Los motivos de excusa, que durante la tutela sobrevengan, no prescriben por ninguna demora en alegarlos.

Art. 519.—Si el tutor nombrado está en país extranjero, y se ignora cuándo ha de volver, o si no se sabe su paradero, el Juez lo llamará por el periódico oficial o del departamento, si lo hubiere, y por carteles que se fijarán en tres de los lugares más frecuentados del lugar, señalándole un plazo dentro del cual se presente el tutor a encargarse de la tutela o a excusarse; y expirado el plazo, podrá, según las circunstancias, ampliarlo o declarar inválido el nombramiento; el cual no convalecerá aunque después se presente el tutor.

Las reglas siguientes son comunes en las incapacidades y a las excusas.

Art. 520.—El juicio sobre las incapacidades o excusas alegadas por el guardador, deberá seguirse con un curador especial.

Art. 521.—Si el Juez en la primera instancia no reconociere las causas de incapacidad alegadas por el guardador, o no aceptare sus excusas, y si el guardador no apelare, o por el Tribunal de apelación se confirmare el fallo del Juez *a quo*, será el guardador responsable de cualesquiera perjuicios que de su retardo en encargarse de la guarda hayan resultado al pupilo.

No tendrá lugar esta responsabilidad, si el tutor, para exonerarse de ella, ofreciere encargarse interinamente de la tutela.

## De la remuneración de los tutores y curadores

Antiguamente el cargo de tutor se tenía como de gratuito desempeño, pero no pareciendo justo que ese servicio quedase sin remuneración alguna, ya que exige trabajo y pérdida de tiempo, las leyes establecieron después una retribución para el guardador de los bienes del menor, puesto que él es el beneficiado, exceptuando el caso en que los bienes de éste sean tan exiguos, que apenas basten para su precisa subsistencia.

La doctrina de nuestro Código Civil sobre esa retribución de los guardadores está contenida en las disposiciones que a continuación copiamos:

Art. 522.—El tutor tendrá, en general, en recompensa de su trabajo, la quinta parte de los frutos líquidos de aquella parte de los bienes de su pupilo que administre.

Si hubiere varios tutores que administren conjuntamente, se dividirá entre ellos la quinta por partes iguales.

Pero si uno de los guardadores ejerce funciones a que no está anexa la percepción de frutos, deducirá el Juez de la quinta de los otros la remuneración que crea justo asignarle.

Podrá también aumentar la quinta de un guardador, deduciendo este aumento de la quinta de los otros, cuando hubiere una manifiesta desproporción entre los trabajos y los emolumentos respectivos.

Se dictarán estas dos providencias por el Juez, en caso necesario, a petición del respectivo guardador, y con audiencia de los otros.

Art. 523.—La distribución de la quinta se hará según las reglas generales del artículo precedente, inciso 1º y 2º, mientras en conformidad a los incisos 3º y 4º no se altere por acuerdo de las partes o por decreto del Juez; ni registrá la nueva distribución sino desde la fecha del acuerdo o del decreto.

Art. 524.—Los gastos necesarios ocurridos a los tutores en el desempeño de su cargo, según el artículo 432, se les abonarán separadamente y no se imputarán a la quinta.

Art. 525.—Toda asignación que expresamente se haga al tutor testamentario en recompensa de su trabajo, se imputará a lo que de la quinta de los frutos hubiere de caer a dicho tutor; y si valiere menos, tendrá derecho a que se le complete su remuneración; pero si valiere más, no será obligado a pagar el exceso mientras éste quepa en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio.

Art. 526.—Las excusas aceptadas privan al tutor testamentario de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo.

Pero las excusas sobrevinientes le privarán solamente de una parte proporcional.

Art. 527.—Las incapacidades preexistentes quitan al guardador todo derecho a la asignación antedicha.

Si la incapacidad sobreviene sin hecho o culpa del guardador, o si éste fallece durante la guarda, no habrá lugar a la restitución de la cosa asignada, en todo o parte.

Art. 528.— Si un tutor interino releva de todas sus funciones al propietario, corresponderá su quinta íntegra al primero por todo el tiempo que durare su cargo; pero si el propietario retiene alguna parte de sus funciones, retendrá también una parte proporcional de su quinta.

Si la remuneración consistiere en una cuota hereditaria o legado, y el propietario hubiere hecho necesario el nombramiento del interino por una causa justificable, como la de un encargo público, o la de evitar algún grave perjuicio en sus intereses, conservará su herencia o legado íntegramente, y el interino recibirá la quinta de los frutos de lo que administre.

Art. 529.—El tutor que administra fraudulentamente o que contraviene a la disposición del artículo 115 pierde su derecho a la quinta y estará obligado a la restitución de todo lo que hubiere percibido en remuneración de su cargo.

Si administra descuidadamente, no cobrará la quinta de los frutos en aquella parte de los bienes que por su negligencia hubiere sufrido detrimento o experimentado una considerable disminución de productos.

En uno y otro caso queda, además salvada al pupilo, la indemnización de perjuicios.

Art. 530.—Si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia, el tutor será obligado a servir su cargo gratuitamente; y si el pupilo llegare a adquirir más bienes, sea durante la guarda o después nada podrá exigirle el guardador en razón de la quinta correspondiente al tiempo anterior.

Art. 531.—El guardador cobrará su quinta a medida que se le realicen los frutos. Para determinar el valor de la quinta, se tomará en cuenta, no sólo las expensas invertidas en la producción de los frutos, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias a que está sujeto el patrimonio.

Art. 532.—Respecto de los frutos pendientes al tiempo de principiar o expirar la tutela, se sujetará la quinta del tutor a las mismas reglas a que está sujeto el usufructo.

Art. 533.—En general no se contarán entre los frutos de que debe deducirse la quinta las materias

que separadas no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo o disminuye su valor.

Por consiguiente, no se contará entre los frutos la leña o madera que se vende, cuando el corte no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en su ser los bosques y arbolados.

La quinta se extenderá, sin embargo, al producto de las canteras y minas.

## XIX

### De la remoción de los tutores

Tiene lugar la remoción de los tutores en los casos y de conformidad con las reglas que a continuación se expresan.

Art. 535.—Los tutores serán removidos:

1º Por incapacidad,

2º Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los artículos 398 y 450.

3º Por ineptitud manifiesta,

4º Por actos repetidos de administración descuidada, y

5º Por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.

Por la cuarta de las causas anteriores no podrá ser removido el tutor que fuere ascendiente o descendiente o cónyuge del pupilo, pero se le asociará otro tutor en la administración.

Art. 536.—Se presumirá descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes o disminuirse considerablemente los frutos; y el tutor que no desvanezca esta presunción dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, será removido.

Art. 537.—El que ejerce varias tutelas y es removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras a petición de cualquiera persona del pueblo o de oficio.

Art. 538.—La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, y por su cónyuge, y aun por cualquiera persona del pueblo.

Podrá provocarla el fiador del tutor y el pupilo mismo que haya llegado a la pubertad, nombrando para ello un curador especial.

El Juez podrá también promoverla de oficio.

Serán siempre oídos los parientes y un curador especial.

Art. 539.—Se nombrará guardador interino para mientras penda el juicio de remoción, desde que en los autos aparezca motivo suficiente, a juicio del Juez. El interino excluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente o cónyuge; y será agregado al que lo fuere.

El tutor removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo.

Será, asimismo, perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo.

## PARRAFO FINAL

### De la Adopción

Es de notarse y digno de aplaudirse, según dijimos al principio de la presente conferencia, que el legislador salvadoreño haya guardado siempre perpetuo silencio acerca del implantamiento de la adopción en el Código Civil de la República, vigente en algunos países, pues esta materia de abolengo romano se encuentra actualmente en la mayoría de las legislaciones cultas, con sobrada razón, enteramente desvirtuada, por ser refractaria al espíritu jurídico predominante en la época moderna. "Como los órganos sin uso, dice un notable tratadista, se ha ido atrofiando poco a poco, y en la actualidad hay ya muchos cuerpos civiles que no la reconocen por ser inadaptable al medio social. Lo que comienza siendo una institución reclamada por la autoridad del *pater familiar* y por el principio de agnación, se ha convertido pura y simplemente en un contrato de beneficencia".

La adopción, connatural con el pueblo romano, y revestida de ciertas formalidades, era un modo de adquirir la patria potestad, según el axioma de que ella "imita a la naturaleza", justificable en aquellas remotas edades por el fervoroso culto que se rendía al poder paterno, pues para facilitar la expansión de éste, se extendieron artificialmente los límites de la familia; y si entonces era explicable que estuviese en

vigor por este concepto absolutista y absorbente de la patria potestad, hoy carece de todo mérito intrínseco, por lo cual muchos tratadistas del derecho sólo la mencionan como reliquia histórica de los tiempos idos.

*JUSTINIANO.*

Septiembre de 1919.

