

Nuestro artículo debe entenderse en el mismo sentido quedando al prudente arbitrio del juez la calificación de la culpa *lata*, aunque en este Código no se halle definida como lo está en el Romano y Patrio, cuyos ejemplos podrán servir de norma al juez para apreciarla.

Las palabras *falta ó dolo* comprenden también la contumacia del deudor en no restituir la cosa pedida en juicio.

La *duda del juez, etc.*: conforme con las mismas leyes.

Valor real. Téngase presente que por esto no se excluye la responsabilidad de daños y perjuicios con arreglo á la sección 4 del capítulo 3 de este título y salvo lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal para los casos en él comprendidos.

Tampoco se excluye el juramento de la parte (salva la moderación del juez) sobre el precio *aficcional* de la cosa, según está ya adoptado en el artículo 117 del Código penal.

Arbitrio potius domini rei pretium statuendum est, dice la ley 8, título 3, libro 12 del Digesto; y la 68, título 1, libro 6, *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarium in litem sine ulla aestimatione in infinitum juraverit damnandus est.*

Lo mismo disponen otras leyes Romanas y con todas parece hallarse conforme la 5, título 11, Partida 3. "La parte debe jurar que por tanto no quería aver menos aquella cosa que demandava por razón de aquel tuerto, ó de aquel engaño."

En efecto, sería infuso que el dueño, sin hecho propio y solo por la malicia ajena, quedase privado del dominio de su cosa, sin poder conseguir mas en ningún caso que su precio natural, cuando él la habría comprado, siendo otro su dueño, en mucho mas, ó no la habría vendido sino en mucho mayor precio por la *aficción* que le tenía.

El artículo primitivo decía *valor real*; en el mio añadía yo para mayor claridad y de *aficción del demandante*. La Sección convino en el fondo del pensamiento, como que

estaba ya sancionado en el artículo 117 del Código penal y me encargó lo explicase así en los comentarios: pero conservó las palabras *valor real*, por ser este el caso ordinario de duda, y la regla general; al paso que el de *aficción* suele ser raro y siempre es excepcional.

El juez no estará obligado, etc.: Item et si juratum fuerit, licet iudice vel absolvere vel minoris condemnare, ley 5, párrafo 2, título 3, libro 12 del Digesto. *Ubi cumque iudicem aequitas moverit aequae oportere fieri interrogationes, dubium non est*, ley 21, título 1, libro 11 del Digesto; y lo mismo se encuentran en las Partidas, "puñar deve el juzgador."

Segun Derecho Romano y Patria, el juez debía hacer previamente la tasación, y dentro de ella se permitía jurar á la parte; mas natural parece que ella jure con entera libertad, salvo el arbitrio del juez para moderar el exceso, pues que pudo no deferir el juramento.

ARTICULO 1234.

El juramento ha de hacerse por la parte ó por su apoderado especial.

Vé el artículo 1230 de este título. El 1472 Sardo no lo permite sino á la parte. El 1982 Holandés dispone lo mismo, salvo que el tribunal pueda por causas graves autorizar á la parte para jurar por procurador especial, expresándose en el poder todos los hechos relativos al litigio.

El 1010 de Vaud no lo permite ni aun á la parte en causas, cuyo capital exceda de veinte francos: el de la Luisiana calla sobre toda especie de juramentos en esta materia.

Yo propuse que solo pudiera jurar la parte: *Vulgo praesumitur alium in litem non debere jurare, quam dominum litis: denique Papinianus ait, alium non posse jurare quam eum, qui litem contestatus est*, ley 7, título 3, libro 12 del Digesto. "A otro non deve ser dada esta jura, si non al señor mismo del pleito;" ley 5, título 11, Partida 3, que

exceptúa á los tutores: la Sección se apartó en esto solo.

TITULO VI

Del contrato de matrimonio.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1235.

Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto expreso en contrario (1).

1. El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes.—En los dos casos mencionados en el artículo anterior, puede tener lugar la constitución de dote, que en ambos se regirá por lo dispuesto en los capítulos 10, 11, 12 y 13 de este título, cuyos capítulos tratan de la dote, de la administración de ella, de las acciones dotales y de la restitución de la dote. Estos capítulos no los consignamos íntegros en esta nota, ya por no hacerla mas extensa y ya también porque debemos mas adelante ocuparnos de ellos, y por lo mismo deben verse en el código civil.—Arts 2099 y 2100, cap. 1, tít. 1, lib. 3. cód. civ. vigente.

La comisión dice: "Las innovaciones contenidas en el título 3 del código civil vigente, cuyo título trata del contrato de matrimonio, son verdaderamente radicales; porque mejorada la condición de la mujer, conforme al espíritu de la sociedad moderna, debía naturalmente modificarse la legislación relativa á los derechos y obligaciones de los consortes, tanto respecto de la propiedad, como de la administración de sus bienes; y por lo mismo, le pareció conveniente adoptar algunos principios de los códigos extranjeros estableciendo un sistema, que si bien es cierto, no llena todas las exigencias de la vida doméstica, también lo es, que da á ésta nuevos elementos y puede con las reformas que indique la experiencia, producir algún día el inestimable beneficio de cerrar la puerta á las desagradables y perniciosas cuestiones de familia.

Agrega la misma comisión, que conforme al capítulo 1, citado en esta nota, el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el origen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes, y que al disponerlo así lo hizo porque de esta manera los esposos quedan en plena libertad para arreglar su situación particular en el matrimonio, sin que en ninguno de estos casos se impida la constitución de la dote.—N. de los EE.

Los bienes del matrimonio se componen de los propios de cada cónyuge y de los comunes cuando los haya.

1392, 1393 y 1400 Franceses, 2312 de de la Luisiana, 174 Holandés: el 1085 de Vaud, 345 Prusiano, título 1, parte 2, 12 3 Austriaco, 32 Bávaro, capítulo 6, libro 1, 1346 y 1347 Napolitanos, exigen estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales para que haya sociedad ó comun; pero no todos los Códigos mencionados dan la misma significación y efectos de la *comunión* y á la sociedad de conquistas ó ganancias: unos, como el Frances, admiten la comunión á falta de pacto en contrario y lo requieren especial para que rija la sociedad de conquistas, artículos 1400 y 1498; otros, como el de la Luisiana, artículo 2369, disponen expresamente lo mismo que nuestro artículo.

La sociedad legal de ganancias entre marido y mujer es indudablemente de origen Germánico, así como el usufructo foral de las viudas, las arras y otras disposiciones favorables al bello sexo, en el que *inesse sanctum aliquid, et providum putant: Dotem non uxor marito, sed maritus uxori affert: laborum, periculorumque sociam: Sic vivendum, sic pereundum; Tacito de moribus Germaniae*, números 8 y 18.

Hallamos, pues, la sociedad de ganancias en la ley 16, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, 1, título 5, libro 3 del Fuero Real, que es la 1 recopilada, título 4, libro 10, en proporción á los bienes de cada cónyuge. Pero de la misma ley 16 se desprende que esto daba lugar á disputas y pleitos: la 1 del Fuero Real los cortó, adjudicando las ganancias por mitad.

Nuestro Fuero excepcional del Baylio, por el que se comunicaban y partían como gananciales todos los bienes que los casados llevaban al matrimonio y los que durante él adquirían por cualquiera razón, era el derecho comun ó estatutario en Holanda y en otros países: sobre su origen y diferencias con la comunión ó sociedad universal de bienes por pacto dotal entre los Roma-

nos, puede verse á Voet, título 2, números 65 y siguientes, libro 23, con otros á quienes se refiere.

Porque los Romanos, á pesar de su religiosa adhesión al régimen dotal, que era su derecho comun, como lo es entre nosotros el de ganancias, admitían la sociedad universal de bienes entre marido y mujer por pacto hecho al contraerse y aun despues de contraído el matrimonio, con tal que en este segundo caso no se hiciese para eludir indirectamente la prohibición de donarse: (leyes 16, párrafo 3, título 1, libro 34, 17, párrafo 1, título 3, 32, párrafo 24, unido al 26, título 1, libro 24 del Digesto, Gotof, al comentar la ley 16 (número 40), dice "omnis contractus praeter donationem potest cum muliere iniri" y se refiere á lo dicho en la ley 31, párrafo 3, título 1, libro 24 del Digesto: en la nota al párrafo 146 de la Institución de Heinecio se sostiene también la comunión convencional.

Algunos quieren hacer remontar el origen de esta comunión á los antiguos matrimonios Romanos "per confarractionem et per coemptionem:" otros sostienen que, si bien resultaba por ellos entre el marido y mujer la misma comunión que había entre el padre y los hijos "in sacris ejus constitutos," no comprendía la de los bienes, si no se pactaba: y como entónces las mujeres nada llevaban, por ser inhábiles para heredar, el pacto solo abrazaría los bienes del marido.

Pero séase de ello lo que se quiera la sociedad (según Fuero del Baylio,) aunque á primera vista parezca exorbitante, guarda cierta, por no decir perfecta armonía, con la naturaleza del matrimonio, que envuelve la comunión de cuerpos y almas.

El artículo 174 del nuevo Código civil de Holanda conserva la antigua comunión de bienes, pues dice así: "Desde el instante de la celebración del matrimonio, existe de pleno derecho entera comunión de bienes entre los esposos, á ménos que no se hayan hecho otras disposiciones sobre este particular por pactos matrimoniales:" en los artículos siguientes se desenvuelven los

efectos de esta comunión que, repito, es nuestro Fuero del Baylio.

Lo verdaderamente notable y extraño es que el mismo autor del Fuero Real, publicado provisionalmente y hasta la formación del cuerpo magno y definitivo de Derecho (el de las Partidas), no diera en estas últimas una pequeña muestra de una sociedad que estaba ya sancionada en el mismo Fuero Real y encarnada en los hábitos nacionales desde el Fuero Juzgo: pero estos prevalecieron contra el romanismo del régimen dotal prohibido en las Partidas: solo en la ley 24, título 11, Partida 3, se usan de paso y por incidencia las palabras ganancias, lo que ganaren de consuno.

La comunión legal, que, en defecto de pactos especiales, forma el derecho comun de la Francia, según los artículos 1393 y 1400 arriba citados, solo se diferencia de la nuestra respecto de los bienes muebles, pues se comunican los presentes y futuros de cualquiera modo que se adquirieran: la simplemente de conquistas ó ganancias (para la que es necesario pacto especial, según el artículo 1498), viene á ser la misma nuestra.

Sobre las ventajas y preferencia del régimen puramente dotal Romano ó el de comunión y conquistas, sobre cual de ellos deba formar el derecho comun en falta de capitulaciones matrimoniales ó habiéndolas, pero sin pacto especial acerca de esto, pueden leerse los filosóficos discursos franceses 65 á 69: el régimen dotal es en verdad más sencillo, pero da *compañeras* más frías ó indiferentes; el otro es más justo, y da *compañeras* más afectuosas, que por su propio interés trabajarán con mayor actividad para el buen éxito de los negocios del matrimonio.

La derogación de la costumbre contraería á las mujeres Cordobesas, por la ley recopilada 13, título 4, libro 10 y su nota 1, se fundó en estas mismas consideraciones: "De todos modos sería (la costumbre,) injusta y perjudicial al matrimonio: *injusta*, porque deja sin premio el mérito de las mu-

eres virtuosas que han cumplido con la obligación de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y *perjudicial*, porque funda y fomenta la inacción y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas que necesariamente gobierna."

Esta cuestión fué debatida con mucho calor y era de grande interés en Francia, dividida casi por mitad entre los dos sistemas opuestos: en la una prevalecía como derecho comun el sistema dotal Romano; en la otra el de la comunión.

Entre nosotros el caso era muy diverso: la sociedad legal era el derecho comun en toda España: conservamos, pues, la legislación y costumbres, que remontan hasta el Fuero Juzgo.

En Cataluña únicamente era desconocida y aun allí solía pactarse en el campo de Trrragona: nuestros artículos 1235, 1236 y el 1309, con referencia á ellos, deja á los catalanes en libertad de continuar como hasta aquí en toda España, sobre el que no podía darse la preferencia á su legislación especial: vé el artículo 1308.

De los bienes propios, etc. Esto se desenvuelve completamente en las secciones 2 y 3, capítulo 4 de este título.

ARTICULO 1236.

Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que excluyan ó modifiquen la sociedad legal y hacer otra cualesquiera estipulación acerca de los bienes del matrimonio con las modificaciones señaladas en este título (1).

1385 Frances, 1508 Sardo, 1341 Napolitano, 1042 de Vaud, 194 Holandes, 2305 de la Luisiana; pero el 1573 Sardo prohíbe á los esposos estipular otra sociedad universal de bienes que la de ganancias: *legem cuam dixite, cum dote pro alumna daris servari oportet*, ley 10, título 3, libro 2, repetida en la 1, título 14, libro 5 del Código. *Quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*, ley 48, título 14, libro 2 del Digesto.

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

"El pleyto que ellos (los esposos) pusieron entre sí, deve valer en la manera que se avinieron ante que casassen, ó quando casaron;" leyes 24 y 30, título 11, Partida 4.

Este artículo y mas señaladamente el 1239, no hacen mas que reproducir la disposición general del artículo 994: ¿y cómo había de negarse al matrimonio tan digno de favor y que debe ser contraído libremente la misma libertad que se concede en los demás contratos?

Antes por el contrario, se permite y dispensa en este contrato lo que no se dispensa en otros, por ejemplo, en las donaciones, como se echará de ver comparando los artículos 1247 y siguientes de este título con lo dispuesto en el de donaciones en general.

Con las modificaciones: Unas, como las del artículo 1239, son comunes á todos los contratos: otras, como las del artículo 1240, son peculiares de este por contrarias á su índole y condiciones esenciales.

ARTICULO 1237.

No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros ó costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias ó comarcas del Reino (1).

1390 Frances, 1344 Napolitano, 1511 Sardo, 1045 de Vaud: el 198 Holandes, dice: "Tampoco podrán los esposos estipular que su asociación se regirá por leyes extranjeras."

Vé las disposiciones transitorias en los artículos 1263, 1264 y el final 1992, que deroga todos los Fueros y costumbres, cumpliéndose así con el artículo 4º de la Constitución, sobre la unidad de Códigos para toda la Monarquía.

Referirse de una manera general á costumbres y Fueros abolidos, tendría visos de una resurrección: aquellos continuarían en el concepto vulgar como las leyes del Estado; seguiría la misma confusión que hasta aquí y quedaría frustrado el objeto de este Código ó *la unidad constitucional*. sería

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

echar nuevamente á los españoles al laberinto de que se les quiere sacar y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar. No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta ó la otra provincia: si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente y trascribirla.

ARTICULO 1238.

Las capitulaciones ó pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran despues de celebrado (1).

1. La sociedad conyugal puede ser voluntaria ó legal.—La sociedad voluntaria se regirá estrictamente por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan: todo lo que no estuviere expresado en ellas de un modo terminante, se regirá por los preceptos contenidos en los capítulos 4, 5 y 6 de este título que arreglan la sociedad legal, y cuyos capítulos se verán en el citado código civil.—La sociedad voluntaria y la legal se regirán por las disposiciones relativas á la sociedad comun en todo lo que no estuviere comprendido en este título.—La sociedad conyugal, ya sea voluntaria, ya sea legal, nace desde el momento en que se celebra el matrimonio.—La sociedad voluntaria puede terminar ántes que se disuelva el matrimonio, si así está convenido en las capitulaciones.—La sociedad legal termina por la disolución del matrimonio y por la sentencia que declara la presunción de muerte del cónyuge ausente.—Las sentencias que declaran el divorcio necesario ó la ausencia, terminan, suspenden ó modifican la sociedad conyugal en los casos señalados en este Código.—El divorcio voluntario y la separación de bienes hecha durante el matrimonio, pueden terminar, suspender ó modificar la sociedad conyugal, según convengan los consortes.—Se llaman capitulaciones matrimoniales los pactos que los esposos celebran para constituir ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes y para administrar estos en uno y otro caso.—Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse ántes de la celebración del matrimonio ó durante él: y pueden comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos ó consortes al tiempo de celebrarlas, sino también los que adquieran despues.—Las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse despues de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso ó por sentencia judicial.—Arts. 2101 á 2108, tit. 10, lib. 3, cap. 1, y 2112 á 2114, tit. 10, lib. 3, cap. 2, cód. civ. vigente.

1394 Frances, 1512 Sardo, 1046 de Vaud, 202, Holandes; el 1348 Napolitano añade una modificación que explana en el 1356, y es algo parecida á la del artículo 13 Bávvaro, capítulo 6, libro 1.

Guarda consecuencia con el segundo párrafo del artículo 1242 y con el 1312: vé sin embargo, lo que se dispone sobre la constitución de dote en el artículo 1265.

Por Derecho Romano era lo contrario; *pasci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet*, ley 1, título 14, libro 2 del Digesto. Tanto este artículo, como el segundo párrafo del 1242, tienen por objeto evitar los fraudes que de lo contrario podrían hacerse en perjuicio de terceros. Conviene quitar á la mala fé algunos de sus numerosos asilos, ó por lo ménos hacerle más difícil su acceso: debe también fomentarse la estabilidad de las familias, que dependen en gran parte de la de los derechos creados á virtud de las capitulaciones matrimoniales.

Si no las hubo, regirá la sociedad legal, según el artículo 1235 y por la voluntad presunta de los novios: el artículo 1312 prohíbe terminantemente que se renuncie á ella durante el matrimonio, tanto por la consideración indicada de evitar fraudes en perjuicio de terceros, como para no hacer

La comisión dice: que como la sociedad conyugal puede ser voluntaria ó legal, le pareció preciso establecer las reglas á que deben sujetarse las capitulaciones que establezca la primera; y con el objeto de dar á ese acto, no solo la solemnidad, sino también la seguridad posibles, creyó necesario prevenir que las capitulaciones y las reformas que á ellas se hagan, consten por escritura pública; supuesto de este modo habrá más garantía, tanto de acierto en la constitución, como de exactitud en el cumplimiento.

Agrega la misma comisión, que al establecer que á diferencia de la sociedad comun, la conyugal puede comprender los bienes futuros; lo hizo, porque veído tan íntima la unión de los consortes y tan probable su larga duración, se crearían incesantes dificultades, si fuera necesario, nuevo convenio para cada adquisición de bienes ó se complicaría la sociedad voluntaria con la legal, si los bienes nuevamente adquiridos se regían por los principios que arreglan esta.—N. de los EE

ilusoria por medios indirectos la prohibición del artículo 1259: la disposición del 1312 es contraria á la opinión más comun de nuestros autores Patrios.

ARTICULO 1239.

Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó buenas costumbres, los depresivos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia y los contrarios á las disposiciones prohibitivas de este Código y á las reglas legales sobre divorcio, emancipación, tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria.

Esto último se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 663 (1).

Resume la segunda parte del 1387 y los 1388 y 1389 Franceses; 1509 y 1510 Sardos, 1341, 42 y 43 Napolitanos, 1042, 43 y 44 de Vaud, 2305, 306 y 307 de la Luisiana, 194 al 197 Holandeses.

En el Digesto hay un título (4, libro 23) con el epígrafe *de pacti dotalibus*, al que corresponde el título 14, libro 5 del Código: en ellos podrán verse los muchos pactos prohibidos, ó por contrarios á las leyes y buenas costumbres, ó á la naturaleza é índole de la dote, ó por hacer peor la condición de esta, ó por turbar el amor de los esposos: Voet resume todos en sus números 15, 16 y 17, título 4, libro 23.

Leyes ó buenas costumbres: esta disposición alcanza á todos los contratos, artículo 994: ¿cómo no alcanzará al más santo é importante de todos? La ley 5, título 4, libro 23 del Digesto, pone dos ejemplos de pactos de esta especie, *ne de moribus, vel obres amonatas agatur*; el uno convidaría á la mujer al hurto, el otro al desarreglo. La 3, título 20, libro 6 del Código, declara nu-

1. Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó las buenas costumbres; los depresivos de la que respectivamente les pertenece en la familia y los contrarios á las disposiciones prohibitivas de este Código y á las reglas legales sobre divorcio, sea voluntario, sea necesario, emancipación, tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria, ya de ellos mismos, ya de sus herederos forzosos.—Art. 2126, tit. 10, lib. 3, cap. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

lo el pacto matrimonial, por el que la hija se contenta con la dote y renuncia la sucesión ó herencia paterna: vé el artículo 994.

Los depresivos: estos son también contrarios á las buenas costumbres, al decoro y al orden público tan íntimamente enlazado con el buen orden de la familia. Sería, pues, nulo el pacto que constituyese á la mujer en jefe y cabeza de la familia, ó la autorizase para obrar sin licencia en los casos que le es necesaria, según los artículos 62 y siguientes, ó por el que se la privase de suceder en la potestad contra el tenor de este artículo 164.

Disposiciones prohibitivas: por lo dispuesto en el artículo 4; tal sería el pacto de que los cónyuges pudieran hacerse donaciones recíprocas durante el matrimonio contra la prohibición del artículo 1259.

Divorcio, emancipación, etc.: todo lo relativo á estos objetos es de derecho y orden públicos; *contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habetur:: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, leyes 28 al principio y 38, título 14, libro 2 del Digesto: vé el artículo 11.

Los privilegios de la dote; porque su causa favorable en derecho, ley 70, título 3, libro 23 del Digesto y aquellos se fundan en consideraciones de interés público: *Republicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*, ley 2, título 3, libro 23 del Digesto: la dote y sus privilegios fomentan los matrimonios, aunque Platon no las admitía en su República por creer que los dificultaban; y nuestra ley recopilada 7, título 3, libro 10, en sus palabras "con lo qual se vienen á impedir" (los matrimonios), parece favorecer la opinión de aquel filósofo; vé lo expuesto en el artículo 1269.

Por Derecho Romano eran también nulos todos los pactos, á cuya virtud podía la mujer resultar indotada, ó menoscababan ó dificultaban la condición y repetición de la dote: leyes 2, 6, 14 y siguientes, título 4, libro 23 del Digesto y 5 al principio; título 14, libro 5 del Código.