

producidas por la falta de nacionalidad, la norma del art. 14, que se basa también en el principio del *ius soli*, declarando sometido a la ley italiana, en lo referente al ejercicio de los derechos civiles y a las obligaciones del servicio militar, a cualquiera que resida en el Reino y no posea nacionalidad alguna.

c) *Matrimonio*.—Del mismo modo que el hijo sigue la condición del padre, así también la mujer sigue la del marido; el principio es, pues, que la mujer extranjera que contraiga matrimonio con un ciudadano adquiere la ciudadanía (ya pierda o ya conserve por su ley nacional la originaria), sin que pueda, una vez casada, adquirir nacionalidad distinta de la del marido, aun habiendo separación personal entre los cónyuges. La conserva disuelto el matrimonio y viuda (no en el caso en que el matrimonio venga anulado), salvo que, trasladando su residencia al extranjero, readquiera la ciudadanía de origen (art. 10).

d) *Elección*.—La facultad de elegir la ciudadanía italiana mediante simple declaración u otros hechos equivalentes no se aplica a todo extranjero, sino solamente a aquellos en quienes se da un cierto elemento que constituye como un vínculo que les une al Estado italiano, como, por ejemplo, el haber nacido de extranjeros o el ser hijo de padres extranjeros que residen largo tiempo en el territorio o de ex ciudadanos italianos. La adquisición, que se verifica por beneficio de la ley, dado el concurso de determinados requisitos, acompañados de una declaración de voluntad que puede también deducirse de hechos equivalentes.

Puede ser por elección ciudadano italiano quien sea extranjero, pero nacido en el Reino, o hijo de padres que residieren en él diez años por lo menos al tiempo de su nacimiento, o descendiente de padre o madre o de abuelo paterno que hayan sido ciudadanos italianos (art. 3.º), y, además, el hijo natural que hubiere sido reconocido o declarado cuando era ya mayor de edad o emancipado y tuviese una ciudadanía diversa (art. 2.º, párrafo 2.º).

La elección puede hacerse por éstos expresa o tácitamente. Es expresa la que se exige en el caso de hijo natural. En todos los demás, la adquisición de la ciudadanía puede ocurrir: A, de

modo expreso por el que haya cumplido veintiún años, resida en el Reino y declare dentro del año 22.^º elegir la ciudadanía italiana (art. 3.^º, núm. 2); B, de modo tácito por aquel que preste servicio militar o admita empleo del Estado (art. 3.^º, número 1), o residiendo en el Reino diez años por lo menos no haya declarado dentro del año 22.^º el querer conservar la ciudadanía extranjera (art. 3.^º, núm. 3 (1)).

e) *Concesión por la soberanía.*—Se aplica este modo de adquisición (naturalización) a quien es extranjero y solicita poseer la cualidad de italiano. Dos formas, en general, deben distinguirse: naturalización plena o mayor que produce la atribución de todos los derechos civiles y políticos y la menor o menos plena, que atribuye el goce únicamente de los derechos civiles con exclusión en particular del electorado activo y pasivo. Complicado era el sistema de la legislación anterior a la reforma, dándose entonces una naturalización mayor que se confería por ley generalmente (Código civil, art. 10), excepcionalmente por Real decreto a los italianos no regnócolas (ley de 28 de Marzo

(1) Para impedir que durante la guerra elementos extraños se ingriesen en el grupo nacional sin el consentimiento del Gobierno, un Decreto-ley de 25 de Julio de 1915 (prorrogado por seis meses desde el 31 de Octubre de 1920 con Real decreto de 29 de Octubre de 1920, suspendió durante la guerra los casos de adquisición de la nacionalidad italiana previstos en los números 2 y 3 del art. 3, es decir, por los que cumplidos los veintiún años y residiendo en el Reino podían optar, dentro del 22.^º año por la ciudadanía italiana y por aquellos que residiendo diez años por lo menos no hayan declarado dentro del 22.^º año querer conservar la nacionalidad extranjera. Sucesivamente para subvenir a las exigencias militares, otro Decreto-ley de 14 de Julio de 1918 obligó a los que tenían facultad de elegir la ciudadanía italiana a no retrasar la declaración de la opción más allá del término fijado para prestar el servicio militar. Como el anterior Decreto no fué derogado por el segundo, la aparente contradicción entre ambos, se elimina considerando que no es la declaración impuesta por el segundo lo que hace posible la adquisición de la ciudadanía italiana sino la declaración seguida de prestación del servicio militar; se entra, pues, en el caso del núm. 1 del art. 3 de la ley que no fué suprimida por el Decreto de 1915.

¿Hay que ver en esto la iniciación de una tendencia restrictiva en la naturalización de los extranjeros? Ver Fedozzi, *Gli insegnamenti della guerra circa il trattamento degli stranieri* (Scientia, IX, 1915, vol. XVIII).

de 1895, art. 1.^º) y también a los extranjeros en determinadas condiciones (ley de 17 de Mayo de 1906, art. 1.^º); una naturalización menor que se confería generalmente por Real decreto (Código civil, art. 10) y, por último, una particular concesión de la ciudadanía con todos los efectos de la naturalización mayor mediante decreto ministerial en favor de aquellos que hubieran podido elegir la ciudadanía italiana, pero que no la eligieron (ley de 31 de Enero de 1901).

La nueva ley, manteniendo inalteradas las normas vigentes para la concesión mediante Real decreto de la naturalización plena a favor de los nacionales italianos no pertenecientes al Reino (art. 17), para los cuales no se exige el previo parecer del Consejo de Estado, reduce a dos las formas: la ley y el Real decreto y suprime toda diversidad entre la naturalización plena y la menos plena, porque también la ciudadanía concedida por Real decreto comprende el goce de los derechos políticos.

a) Por ley puede ser concedida la ciudadanía a quien haya prestado a Italia servicios de excepcional importancia (art. 6.^º).

b) Por Real decreto, previo parecer favorable del Consejo de Estado: 1) al extranjero que haya prestado servicio por tres años al Estado italiano, también si se los ha prestado en el extranjero; 2) al extranjero que resida por lo menos cinco años en el Reino; 3) al extranjero que resida por lo menos tres años y haya prestado servicios notables a Italia o haya contraído matrimonio con una italiana; 4) después de un año de residencia a quien hubiera podido ser ciudadano por beneficio de la ley si no hubiese omitido el hacer la expresa declaración en tiempo útil (art. 4.^º). Pero el Real decreto no surte efecto si el naturalizado no presta juramento de fidelidad al Rey y observancia del Estatuto y de las demás leyes del Estado (art. 6.^º) (1).

II. *Pérdida.*—Causas de la pérdida de la ciudadanía pueden ser la renuncia, la elección y el matrimonio.

a) *Renuncia.*—En principio de libertad exige que cada uno pueda abandonar, sin necesidad de un permiso del Gobierno, la

(1) Véase también la disposición especial del Decreto-ley de 30 de Junio de 1918 para la adquisición de la ciudadanía por los italianos de las tierras irredentas que prestaron servicio militar en la guerra.

ciudadanía italiana; se presupone la plena capacidad de la persona que hace la renuncia, y puesto que se trata de acto personal, ningún otro podría hacerlo en representación del incapaz. Pero como el abandono no exime de las obligaciones con respecto a la patria (1), un abandono puro y simple no se considera suficiente, sino que se exige por regla general que vaya seguido de la adquisición de una ciudadanía extranjera para evitar

(1) Tal es la del servicio militar a cuyo respecto el precepto riguroso del art. 12 del Código civil y el art. 8 de la ley de 30 de Junio de 1912 vienen atenuados notablemente por las disposiciones de la ley sobre emigración. Semejantemente por las penas infligidas a quien levante armas contra la patria de que se ocupaba antes el mismo artículo del Código civil y se ocupa ahora el art. 105 del Código penal cuyos párrafos deberán modificarse en armonía con los nuevos principios según un voto aprobado por el Senado el 13 de Julio de 1911. ¿Qué debe decirse si la renuncia se hace con fraude para sustraerse a las normas y obligaciones impuestas por la ley italiana o para beneficiarse de las suposiciones más favorables de una ley extranjera? La cuestión es discutida y hay quien afirma que la renuncia es ineficaz si es hecha con fraude (Pacifici, Ist. II, pág. 75; Bianchi, *Corso di Cód. civ.* IV, núm. 75). Pero esto no es exacto (Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 93, n. e.). Ciento que muchos cambios de ciudadanía se hacen y se han hecho por eludir disposiciones prohibitivas de las leyes italianas: un caso notable es el cambio para obtener el divorcio en el extranjero. En las cuestiones suscitadas ante los Tribunales italianos para obtener el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio, el punto decisivo las más de las veces era éste: si el cambio se efectuó o no por eludir la ley que entre nosotros prohíbe el divorcio. Un obstáculo a tales cambios de nacionalidad lo ofrece el art. 4 del Convenio de 12 de Junio de 1902 sobre conflictos en materia de divorcio y separación personal, prohibiendo que pueda jamás invocarse la ley del matrimonio para dar a un hecho que se ha verificado cuando los cónyuges o uno de ellos eran de otra nacionalidad, el carácter de una causa de divorcio; muchos fraudes, si no todos, eran evitados. En esta materia y en otras a impedir los cambios fraudulentos de nacionalidad, sólo pueden servir los acuerdos internacionales. El Estado, por sí solo, es impotente para evitarlos si no se quiere (como no se debe) infringir el principio de la libertad individual. A lo sumo se puede intervenir en otro momento que no sea el del abandono de ciudadanía para la adquisición de una diversa o sea en aquél en que obtenido el provecho pretendido con el cambio, el ex ciudadano quiera readquirir la ciudadanía italiana; es entonces cuando se puede castigar el fraude negando la readquisición, y este es el concepto en que se inspira la nueva ley.

la falta de nacionalidad. Se admite, pues, la renuncia, que puede ser expresa o tácita.

Debe ser expresa e ir acompañada, además, del traslado de la propia residencia al extranjero, en quien haya adquirido sin su voluntad una ciudadanía extranjera (art. 8.º, núm. 2).

Es tácita si alguien, espontáneamente, adquiere una ciudadanía extranjera y fija en el extranjero su residencia (art. 8.º, número 1) o bien si acepta un empleo de un Gobierno extranjero o entra al servicio militar de una Potencia extranjera y se niega a obedecer el mandato del Gobierno italiano de abandonar el empleo o el servicio (art. 8.º, núm. 3) (1).

b) *Elección*.—Pierde la ciudadanía por tal modo el que siendo considerado a un mismo tiempo ciudadano italiano y de otro Estado elige la nacionalidad extranjera renunciando a la italiana. La norma del art. 7.º, que se refiere a este caso importantísimo, regula también la condición de los hijos nacidos en el extranjero de nuestros emigrados, disponiendo que conserve la ciudadanía italiana el italiano nacido y residente en otro Estado del cual sea considerado ciudadano propio por nacimiento, pero que la pierda si llegado a la mayor edad o emancipado renuncia a ello. Otro caso de aplicación menos amplia es el inverso a la adquisición por elección ya recordado (art. 2.º) del hijo natural reconocido o declarado cuando era mayor o emancipado, el cual si era antes italiano puede, siguiendo la ciudadanía determinada por la filiación, elegir la cualidad extranjera.

c) *Matrimonio*.—La mujer italiana que contrae matrimonio con extranjero pierde la ciudadanía italiana a condición de que adquiera la nacionalidad del marido, lo cual supone que el marido pose una nacionalidad que se transmite a su mujer por el hecho del matrimonio (art. 10). Esta condición concilia el principio general: que la mujer sigue la condición jurídica del marido con la protección debida a los ciudadanos italianos y el inte-

(1) Reaparece así en nuestra legislación aunque, como se ve, substancialmente modificado, el caso de renuncia tácita que contemplaba el artículo 11, núm. 3 del Código civil y que el art. 35 de la ley de 31 de Enero de 1901 había suprimido. La nueva fórmula del texto legislativo corrige también el art. 105 del Código penal.

rés en no dejar desprovista de nacionalidad a la mujer cuando por la ley nacional del marido no participe de su condición política.

III. *Readquisición*. — La nacionalidad se readquiere por quien la había perdido, en general, con un acto contrario al que había causado su pérdida. En consecuencia:

a) Quien la perdió a tenor de lo dispuesto en los artículos 7.^º y 8.^º, puede recuperarla: 1) prestando servicio militar en el Reino o aceptando empleo del Estado; 2) renunciando a la nacionalidad extranjera o probando haber renunciado al empleo o servicio militar ejercidos no obstante la prohibición del Gobierno, estableciendo su residencia en el Reino dentro del año siguiente a la renuncia; 3) fijando o manteniendo en el Reino su residencia por dos años si la pérdida derivaba de adquisición de ciudadanía extranjera.

El Gobierno puede, en los dos últimos casos, prohibir por razones graves la readquisición; podrán no sólo ser rechazados los que se hayan hecho indignos, sino que podrán reprimirse también los cambios fraudulentos de nacionalidad (art. 9.^º).

b) La readquiere la mujer casada con extranjero cuando, disuelto el matrimonio, regrese ella al Reino (si no residía ya) y declare querer readquirir la ciudadanía; a la declaración se equipara el hecho de la residencia en el Reino por más de dos años, cuando no haya hijos nacidos del matrimonio (art. 10), mientras que precisa siempre la declaración expresa si los hay.

Estas normas fundamentales se complementan con otras: unas determinan los efectos que la adquisición, la pérdida o la readquisición de la nacionalidad por el cabeza de familia produce sobre su mujer y sus hijos menores, e inspirándose en el concepto de unidad familiar exige la unidad de legislación para todos los miembros del consorcio, se dispone por regla general que la mujer y los hijos sigan los cambios de nacionalidad del marido y del padre (art. 11, 12); otras equiparan al territorio del Reino el de las colonias (art. 15), al oficial del Estado civil los Agentes diplomáticos y consulares en el extranjero (art. 16) y declaran que la adquisición y readquisición de la ciudadanía son irretroactivos, es decir, que producen sus efec-

tos desde el día siguiente a aquel en que se cumplieron los requisitos y formalidades prescritas (art. 13) (1) (2).

(1) Las normas sobre el modo de llevar los Registros de ciudadanía véase el Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre el ordenamiento del estado civil y el Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919 que ha derogado los artículos 44-51 del de 1865 substituyéndolos con nuevas disposiciones.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 17 al 27 del Código civil español y 1.^º de la Constitución de la Monarquía española.

(c) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código civil español el sexo no tiene, en términos generales, la consideración de circunstancia restrictiva de la capacidad civil. El art. 32 no lo enumera como tal. La capacidad de la mujer en nuestro Código es muy distinta según sea su estado civil.

De la mujer soltera puede decirse que la capacidad es la regla; salvo muy contadas limitaciones, cimentadas en viejas preocupaciones, su capacidad civil es igual a la del hombre. Tan sólo le está vedado ser tutora, salvo en los casos en los que la ley la llama expresamente (art. 237, número 7.^º), vocal del Consejo de familia (art. 298), testigo en los testamentos (núm. 1.^º del art. 681) excepto en el testamento otorgado en tiempo de epidemia (art. 701). Otra limitación consiste en que las hijas de familia mayores de edad pero menores de veinticinco años no pueden dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan como no sea para tomar estado (art. 321). Teniendo declarado el Tribunal Supremo que el estado a que esta frase se refiere es el matrimonial. (Sentencia de 19 de Febrero de 1901). El sentido de esa frase ha sido ampliado, por iniciativa del Sr. Maura, en el art. 12 del Apéndice foral aragonés que lo refiere también a la profesión religiosa.

En cambio la capacidad civil de la mujer en el matrimonio, resulta considerablemente disminuida por el deseo de unificar la familia robusteciendo la autoridad del marido de tal manera que bien puede afirmarse que su incapacidad es la regla general y que sólo por excepción puede por sí sola realizar, válidamente, determinados actos.

No puede *obligarse*, sin licencia del marido, más que en los casos establecidos por la ley (art. 61). Sólo con aquella licencia puede aceptar el mandato (art. 1.716) ser albacea, de no estar legalmente separada (artículo 893, párrafo 2.^º), donar por contrato (art. 624), aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626), aceptar y repudiar herencias (artículo 995), pedir la partición de bienes (art. 1.053), hacer pago en obligaciones de dar (art. 1.160).

Tampoco puede, sin licencia o poder de su marido, *adquirir* por título oneroso ni lucrativo, ni enajenar sus bienes (art. 61).

Con respecto al derecho de *familia* no puede legitimar por concesión real hijos que tuviere de otro (núm. 4.^º del art. 125). El art. 52 de la ley

§ 38.—*El estado de familia*

Pacifici, Ist. II, pág. 103; Gianturco, Sist. I, pág. 212; Chironi, Ist. I, §§ 37-39; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 225; Coviello, Man. I, §§ 52-53; Zachariae, Man. I, § 79; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 67-68; Planiol, Traité, I, n. 642; Windscheid, Pand. I, §§ 56 a. 56 b; Regelsberger, Pand. I, § 70-73.

La relación en que la persona se halla en el grupo familiar con los demás miembros del mismo, constituye su estado de de matrimonio civil le prohíbe publicar los escritos de que sea autora sin licencia del marido, o, en su defecto, de la judicial.

En *asuntos judiciales* no puede, sin licencia del marido, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador. No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil (artículo 60).

Capacidad. — En *situaciones normales* solo tiene capacidad, además de la intervención judicial apuntada para hacer testamento, ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos (art. 63) y comprar las cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62). Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos sólo se convalidarán cuando el marido consienta a su mujer su uso y disfrute. Véase también para los bienes parafernales el art. 1.383.

En *situaciones anormales* es mayor la capacidad de la mujer casada. A los que se unen en matrimonio sin licencia o consejo, el art. 50 del Código civil les impone la separación absoluta de bienes y en su consecuencia la mujer retiene el dominio y *administración* de los que le pertenezcan y hace suyos los frutos si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A no ser que sean menores de edad porque entonces no reciben la administración de sus bienes y sólo tienen derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de aquellos.

Cuando se decrete judicialmente la separación de bienes a instancia de la mujer por interdicción del marido, cuando con arreglo al art. 220 sea tutora de éste, loco o sordomudo y cuando pida la declaración de ausencia se le transferirá la administración de todos los bienes del matrimonio (artículos 1.436 y 1.441).

Cuando el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa cri-

familia. En este sentido, más restringido y común, suele decirse que el hijo de desconocidos carece de estado de familia; no carecen cuando tal concepto se entiende con mayor amplitud, abrazando toda condición jurídica de la persona considerada abstractamente respecto a la familia y, por tanto, cuando el estado no se pueda determinar sino de modo negativo por la ausencia de una relación familiar cualquiera.

minal, o si hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveído sobre ella, los Tribunales conferirán la administración a la mujer con las limitaciones que estimen convenientes (art. 1.441, párrafo 4.º). En caso de separación por *haber sido declarado ausente* el marido o por divorcio motivado por éste, entrará la mujer en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido (art. 1.436, párrafo 2.º). Cuando el marido haya sido declarado pródigo, administrará la mujer los bienes dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal (artículos 225 y 1.443) pero en ningún caso podrá la mujer, durante el matrimonio, enajenar ni gravar, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación ni aquellos cuya administración se le haya transferido. La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia o necesidad de la enajenación. Cuando ésta se refiera a valores públicos o créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave e inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente o corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto hasta que recaiga la aprobación del Juez o Tribunal competente. El agente o corredor responderá siempre personalmente de que se haga la consignación o depósito referidos (art. 1.444).

El art. 63 del Código civil italiano que invoca el autor en el texto, corresponde al 45 del español. También en el nuestro resulta la mujer incapacitada para contraer matrimonio en edad más temprana que el hombre; pero en lo que a consentimiento atañe en España, se exige la misma edad para los dos.

Con el art. 57 del italiano concuerda el núm. 2.º del art. 45 de nuestro Código civil, con el 150 la causa 1.ª del 105, con el 763 los 665 y 666, con el 1.052 el 624 y con el 1.300 los 1.302 y 1.301.

Otro tanto de cuanto dice el autor respecto a la capacidad de la mujer en orden al derecho público ha podido decirse en España hasta época reciente (8 de Marzo de 1924); desde esa fecha en que por Real decreto se aprueba el Estatuto Municipal, hoy vigente, se ha concedido a las mujeres cabeza de familia el derecho de sufragio (art. 51) y el de ser elegidas (art. 84).

Cuando, como por regla general ocurre, ésta se da, su causa es el hecho de la generación, o sea el vínculo de sangre (parentesco) o el vínculo matrimonial o la relación que el matrimonio produce entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (afinidad) o el vínculo meramente civil que imita el parentesco de sangre (parentesco civil). Fuera de estas, la ley no reconoce otras causas que originen relaciones familiares, como, por ejemplo, el parentesco espiritual creado por el bautismo o confirmación, admitido por el derecho canónico; los antiguos vínculos de agnación sobre los cuales se hallaba organizada la *familia romana*, fundada en la *potestas del pater familias* independientemente del vínculo de sangre, no es hoy tomado en consideración luego que el vínculo de sangre superó y casi excluyó al agnaticio.

Parentesco.—Definido como el vínculo entre personas que descienden de un mismo ascendiente, el parentesco puede ser legítimo o natural, según que se origine de la generación en matrimonio o en la generación fuera de matrimonio. Extendido abstractamente hasta donde sea posible fijar la descendencia de un mismo ascendiente, no tiene valor legal, no se le atribuyen efectos jurídicos más allá del sexto grado (1) (art. 48), pero ni aun dentro de este límite son iguales los efectos, pues por las consecuencias jurídicas que del vínculo derivan, la ley suele detenerse en grados intermedios y diversos, según se trate de la

(1) El art. 48 del Código civil habla del décimo ya que hasta tal grado se extendía la sucesión legítima hasta 1916. Pero puesto que con Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916 la sucesión se redujo a los parientes hasta el sexto grado y puesto que más allá de este grado no hay otros efectos según la ley civil, es claro que en tal sentido debe interpretarse el Código. Creo que debe achacarse a olvido del legislador el no haber el citado Decreto modificado el art. 48 mientras fué corregida la dicción del art. 31, donde se hace referencia a parientes más allá del sexto grado.

En tal sentido ver Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 541. Me ha sido objetado por Messineo (*Arch. giur.*, Serie 4.^a, vol. VI, pág. 73 y siguientes) que el art. 48, por no haber sido modificado expresamente, debe quedar subsistente y el reconocimiento legal del parentesco admitirse hasta el décimo grado para otros efectos jurídicos que no sean los sucesorios (oposición al matrimonio, consejo de familia, etc.); creo que la demostración se halla viciada de una petición de principio.

obligación de alimentos, impedimentos matrimoniales, derecho de tutela, etc., y sólo para los efectos de la sucesión se llega al sexto grado.

a) *Parentesco legítimo*.—En él se distinguen dos líneas: una *recta*, que une a todos aquellos que descienden uno de otro; otra *colateral*, que une a aquellos que sin descender los unos de los otros tienen todos ascendiente común; la recta, a su vez, es *ascendente* si se eleva de la persona que se toma en consideración hasta el ascendiente a través de los que han sido engendrados directamente, o *descendiente* si se desciende del ascendiente (art. 50). Dentro de cada línea hay grados, es decir, generaciones sucesivas, y como toda generación (entendida, no en el sentido de persona engendrada, sino en el de acto de generación y, por tanto, como relación de padre a hijo) (1) forma un grado (artículo 49), así la serie de grados forma la línea (art. 50). Para determinar la proximidad de parentesco se numeran los grados; según la antigua regla tradicional *tot sunt gradus quot generaciones* es menos próxima cuanto mayor es el número. Son parientes en primer grado el padre y el hijo, en segundo el abuelo con el nieto, en tercero el bisabuelo con el biznieto.

Si en la línea recta las generaciones no se dan más que en una sola dirección, en la colateral se dan en varias; deben en ésta numerarse las de cada línea en que se hallan las dos personas entre las cuales se ha de fijar la intensidad de la relación parental hasta elevarse al común ascendiente y sumarlas luego o, en otras palabras, elevarse de una de las personas hasta el ascendiente y luego descender a la otra persona. Son parientes en segundo grado los hermanos entre sí, en tercero el tío y el sobrino, en cuarto los primos hermanos, etc. (art. 51) (2).

(1) *Tot sunt generationes quot personae dempto stipite.*

(2) Diverso sistema sigue el derecho canónico en la línea colateral; si las dos personas distan igual del ascendiente (ejemplo, hijos de hermanos, hijos de primos) son entre sí parientes en el grado en que cada una dista del ascendiente (en segundo, los hijos de hermanos, en tercero, los hijos de primos) si distan desigualmente (por ejemplo, el tío y el sobrino) el grado viene determinado por aquel que une a la persona más distante con el ascendiente (el tío y el sobrino se hallan entre sí en se-

No influye en el grado, pero es tomado en consideración por la ley, el hecho que el parentesco se origine entre los varios descendientes por generación de uno solo o de ambos padres. Se distingue en la línea colateral el parentesco más estrecho de hermanos que tienen común el padre y la madre (hermanos germanos), el menos íntimo de los que tienen común sólo el padre (hermanos consanguíneos) o sólo la madre (hermanos uterinos); y se toma en cuenta, por ejemplo, cuando a los efectos de la tutela se exige la cualidad de germano (artículos 252-268) o a los de la sucesión se reduce a mitad la cuota correspondiente a los consanguíneos y a los uterinos, con relación a la que corresponde a los germanos (artículos 740-741).

b) *Parentesco legitimado*.—A más del parentesco legítimo, hay el natural, que es también de sangre, pero que se origina por generación fuera de justas nupcias. Puede transformarse en legítimo con tal que no se prohíba absolutamente el reconocimiento del hijo, o sea que no se trate de hijos adulterinos e incestuosos (art. 180).

Esta transformación de natural en legítima (legitimación) que atribuye al nacido fuera de matrimonio la condición de hijo legítimo con todos los efectos jurídicos que de esta condición derivan en las relaciones personales o en las patrimoniales (artículo 194), supliendo posteriormente el defecto o la falta de vínculo civil entre los padres de lo que derivaba la ilegitimidad del hijo. Se consigue esto con el subsiguiente matrimonio juntamente con el reconocimiento por parte de ambos padres que puede tener lugar en el acto mismo del matrimonio o precederlo o subseguirlo produciendo efecto desde la celebración del matrimonio, salvo el caso de que el reconocimiento sea posterior al matrimonio, en cuyo caso produce sus efectos desde el momento en que se hace (art. 197). Excepcionalmente cuando el matrimonio no sea posible pueden producirse los mismos efectos (art. 201), mediante una forma derivada de la romana legitimación *per rescriptum principis* que es la legitimación por

gundo, hallándose del ascendiente el tío en primer grado y el sobrino en segundo).

Real decreto con forme a un procedimiento particular (art. 200) con tal que el padre que la pide no tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de éste y si está unido en matrimonio, consienta el otro cónyuge (art. 198).

c) *Parentesco natural.*—Cuando no se da la legitimación, la generación no da lugar a una relación de parentesco, si no resulta *reconocida o declarada*.

Esto no es posible para hijos nacidos de personas de las cuales una solamente o las dos se hallaban ligadas por matrimonio con otra al tiempo de la concepción (adulterinos) o entre las cuales no era posible el matrimonio por existencia de vínculo de parentesco o de afinidad en línea recta hasta el infinito y en línea colateral en el segundo grado (incestuosos) (art. 180).

En todo otro caso se admite el reconocimiento, el cual puede ser hecho por el padre y por la madre conjunta o separadamente (art. 179) y puede realizarse en el acta de nacimiento (art. 181) o en acto auténtico anterior o posterior al nacimiento. Cuando el padre o la madre no lo hagan puede el hijo dirigirse contra ellos para obtener el reconocimiento de su cualidad de hijo; se admite, a más de un reconocimiento *voluntario*, un reconocimiento *coactivo* que tiene lugar en virtud de declaración judicial de modo que los hijos naturales y cuya paternidad o maternidad conste legalmente, son hijos reconocidos o hijos declarados; no hay diferencia entre ellos, ya que la sentencia en que se declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento (art. 192). Mientras el reconocimiento voluntario no halla otro límite fuera de la cualidad adulterina o incestuosa del hijo (art. 180), límite que se aplica también al reconocimiento coactivo (art. 193), la ley no otorga libremente al hijo acción para obtener la declaración de la filiación natural. Libremente la otorga tan sólo cuando se trata de la maternidad y bastará a tal fin que el hijo que reclama a su madre pruebe ser idénticamente el mismo que fué por ella dado a luz, excluyendo toda prueba testimonial, salvo el caso de que exista un principio de prueba por escrito o que las presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos sean bastante graves (art. 190). Cuando,

por el contrario, se trata de la paternidad, la acción, por regla general no es concedida; el principio acogido es que la investigación de la paternidad no está admitida.

Las razones son que la paternidad, como hecho que queda siempre envuelto en el misterio, no se puede probar de modo pleno si no sólo basándose en presunciones e indicios y por esto se creyó necesario para la paz de las familias y para evitar las artimañas de las mujeres de costumbres libres contra hombres pudientes elegidos por ellas para padres de su prole, para impedir frecuentes y escandalosos procesos, establecer una prohibición absoluta de investigación de la paternidad (1). Excepcionalmente sólo es consentida ésta en dos casos: cuando ha habido rapto o estupro violento y el tiempo de estos corresponde al de la concepción (art. 189). La filiación reconocida por declarada no da lugar en cuanto al parentesco a todos los efectos que produce la legítima o la legitimada. Produce un efecto estrictamente personal, crea una relación de parentesco sólo entre el hijo y el padre que lo ha reconocido (artículos 182, 183 y 185) y crea relaciones sólo entre ellos (artículos 186, 187, 743 y 744) y a lo sumo entre el padre natural y los descendientes legítimos o legitimados del hijo (artículos 186, 748); pero no con los demás parientes de aquél (art. 749), incluso cuando la relación de filiación natural venga tomada en consideración, ya a los efectos sucesorios (artículos 744 y siguientes), ya con referencia a impedimentos matrimoniales (artículos 58 y 59).

(1) Como es sabido, contra esta prohibición existe un amplio movimiento que tiende a la abolición del mismo y si no a la admisión de la libre e incondicionada indagación de la paternidad, si a la ampliación de los casos en que debe ser admitida. Numerosos proyectos de ley se han ideado sin que todavía la reforma universalmente reclamada se haya verificado. Recordamos, entre otros, los de Gianturco, Zanardelli y el último de Scialoja presentado al Senado el 22 de Febrero de 1910 (*Atti Parlam. Sess. 1909-910*). El esquema de proposición más reciente es el hecho por el Círculo jurídico de Nápoles; propugna la libertad de investigación, a más de en los dos casos previstos de rapto y estupro violento, en los de seducción fraudulenta, confesión escrita del padre, concubinato notorio, posesión del estado de hijo (ver De Ruggiero, *Sulla ricerca della paternità*, Relazione, Napoli, 1914).

II. *Afinidad*.—La causa del vínculo de afinidad radica en el matrimonio, no en la generación que de éste deriva. Ni ciñe, como podría creerse, a los dos que se unen en matrimonio, puesto que entre cónyuge no hay ni parentesco ni afinidad (1), sino sólo a un cónyuge con los parientes del otro (art. 52) de modo que recíprocamente cada uno de los cónyuges es afín de los parientes del otro. Podemos adquirir vínculos de afinidad con el matrimonio nuestro o con el de las personas que son parientes nuestros, puesto que así venimos a ser afines del cónyuge con que nuestro pariente contraiga matrimonio. Pero la relación es siempre estrictamente personal, y como no se comunica entre parientes de un cónyuge y parientes del otro, así tampoco se comunica de un cónyuge o otro.

No tiene la afinidad grados propios ni podría tenerlos y para distinguir la mayor o menor proximidad se recurre a los grados y a las líneas del parentesco, de modo que en la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente de un cónyuge es afín del otro (art. 52). Sólo en tal sentido puede hablarse de una línea recta de afinidad en que se puede ser afines en el primer grado (el suegro y la suegra con la nuera o con el yerno; el hijo con el cónyuge de segundo matrimonio: padastro o madrastra); en el segundo grado (el marido con los abuelos de su mujer; ésta con los abuelos del marido), etc., o de una linea colateral en que se puede ser afín en segundo grado (hermanos y hermanas de un cónyuge con el otro: cuñados); en tercero (los tíos de un cónyuge con el otro), etc.

Más allá de los límites indicados en la citada definición no hay vínculo de afinidad. En otros términos, no hay afinidad entre los parientes de un cónyuge y los parientes de otro (por ejemplo, los hermanos de la mujer no son afines de los hermanos del marido), ni hay tampoco afinidad entre los afines propios de un cónyuge y el otro cónyuge (las mujeres de dos her-

(1) Los jurisconsultos romanos definieron este vínculo que es el más íntimo entre todos como afinidad (Tr. Vat. 302 *Excipiunt et ad finium personae ut sacer socrus gener norus vir et uxor sponsus et sponsa*) incluso aquel entre esposos (después de celebrados los espousales) que era más fuerte que en nuestros días.

manos no son afines entre sí), por la regla tradicional *ad fines intes se non sunt ad fines*.

Sin embargo, si bien fundada exclusivamente en el matrimonio la afinidad no cesa con la muerte del cónyuge de que deriva aunque del matrimonio no haya habido prole (art. 52), salvo algunos particulares efectos en los casos establecidos en la ley como el del art. 140, según el cual cesa en la obligación de alimentos entre suegro y suegra y yérno o nuera, cuando hayan muerto el cónyuge y los hijos o los descendientes de éstos.

III. *Parentesco civil*.—Cuando falte la descendencia de sangre puede artificialmente crearse, merced a la institución de la adopción, con la cual la ley permite tomar como hijo a un extraño, supliendo así la falta de una familia propia. Se crea por ella entre el adoptante y el adoptado una relación de parentesco civil, que imita al de sangre, colocando al hijo en la misma condición jurídica que si hubiere nacido del legítimo matrimonio.

Por esto no se consiente sino a las personas de uno y otro sexo que no tengan descendientes legítimos ni legitimados y hayan cumplido cincuenta años y superen en diez y ocho años por lo menos la edad del adoptado (art. 202) y éste debe haber cumplido los diez y ocho años (art. 204) y no ser hijo natural del adoptante (art. 205), para que no se eluda el deber de reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, o peor aún, para que no sea burlada la prohibición de reconocimiento de la paternidad o maternidad cuando se trate de filiación adulterina o incestuosa.

Pero no se extingue el parentesco de sangre que liga al adoptado con su familia originaria (art. 212) ni por otra parte la relación de parentesco civil se extiende más allá de quien adopta y es adoptado; del mismo modo que la familia de éste es extraña al primero, así también la familia del primero es extraña a éste (art. 212), salvo solamente sus efectos para los impedimentos matrimoniales (art. 60) (1).

(1) En la legislación para pensiones de guerra es notable la asimilación que se hace de la relación de parentesco civil a la especial derivante de la crianza y manutención de niños huérfanos o abandonados; el artículo 18 del Decreto-ley de 27 de Octubre de 1918 dispone que a falta

Cuales sean propiamente los efectos de la relación familiar, se verá al tratar de los derechos de familia y de los derechos de sucesión. Aquí basta advertir que sólo el vínculo conyugal (1) y el parentesco legítimo, legitimado o civil crean los poderes familiares; en los derechos de sucesión legítima, en la recíproca obligación de alimentos, en los derechos de tutela; en los impedimentos matrimoniales actúan diversamente éstas y otras razones de parentesco natural y de afinidad, esta última no influye en los derechos de sucesión (2).

de padres, hermanos, hermanas, puede obtener la pensión de guerra quien demuestre haber recogido, mantenido y educado como hijo hasta la mayor edad o hasta que hubiera sido llamado a las armas, un muchacho huérfano o abandonado que siendo soldado haya muerto en la guerra. Es como una especie de reconocimiento parcial de la *adopción de hecho* tan corriente en las clases populares.

(1) Ver L. 7, C. 659. *Adfinitatis jure nulla successio promittitur.*

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.— El Código civil español en su art. 954, reformado por Real decreto de 13 de Enero de 1928, limita los efectos del parentesco en la sucesión intestada al cuarto grado; dándole la máxima extensión en el art. 294 en el que llama a formar parte del Consejo de familia a los parientes más próximos del menor o incapacitado sin fijación de límite.

El art. 50 del Código italiano citado en el texto concuerda con los artículos 916 y 917 del Código civil español (sobre parentesco legítimo).

El art. 49 del Código italiano con el 915 del español (sobre determinación de grados).

El art. 61 del italiano con el 918 del español sobre computación de grados en el parentesco de línea colateral.

No se da en nuestro Código la exigencia de los artículos 252 al 268 del Código italiano sobre que sean germanos los hermanos sino una simple preferencia respecto de los consanguíneos o uterinos (véanse artículos 211 y 220 del Código civil español).

Los artículos 740 y 741 del italiano corresponden al 949 del español que se refiere a los efectos del parentesco de vínculo doble o sencillo en materia de sucesión.

Según el art. 119 del Código civil español sólo pueden ser legitimados los hijos naturales (ver artículos 180 y 195 del Código civil italiano citados en el texto).

El 194 del Código civil italiano concuerda con el art. 122 del español.

La legitimación por subsiguiente matrimonio en el Código civil español (art. 123) produce todos sus efectos, *en todo caso*, desde la fecha del matrimonio. Requiriéndose el reconocimiento del hijo natural bien sea antes o después de celebrado (art. 121 del Código civil español). Ver artículo 197 del Código italiano.

El art. 201 del Código civil italiano corresponde al 120, núm. 2º del español que admite la legitimación por Concesión Real. El procedimiento para la legitimación por Concesión Real es el regulado por Real decreto de 17 de Abril de 1890. En cuanto a las condiciones para que este

§ 39.—La sede jurídica de la persona

Brugi, Ist. § 12; Pacifici, Ist. II, pág. 155; Gianturco, Sist. I, pág. 205; Chironi, Ist. I, § 40; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 237; Coviello, Man. I, §§ 54-55; Zachariae, Man. I, §§ 80-85; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 141-146; Planiol, Traité I, número 554; Windscheid, I, § 36; Regelsberger, Pand. I, § 74.

La importancia que tiene para una gran parte de relaciones jurídicas de la persona, la sede jurídica de la misma requiere

sistema de legitimación tenga lugar, el art. 198 del Código italiano concuerda con el 125 del Código civil español.

El art. 180 del Código civil italiano, referente a reconocimiento de hijos, concuerda con los artículos 119, párrafo 2.^o y 129 del Código civil español que establece idéntica limitación que el italiano al fijar el concepto de hijos naturales, únicos que pueden ser reconocidos; pero admitiendo el reconocimiento por uno solo de los padres con la presunción de hijo natural en el caso del art. 130 y con la prohibición de revelar el nombre de la persona con quien se hubiere tenido (art. 132) es posible en nuestra legislación, prácticamente, el reconocimiento de hijos en quienes no concurra la condición de naturales cuando el que los reconozca tuviera capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción de los hijos.

El art. 179 del Código italiano concuerda con el 1.129 del español, el 181 con el 131, admitiendo nuestro Código civil en sus artículos 135 y 136, el reconocimiento coactivo (ver art. 192 del italiano).

El art. 190 del Código italiano concuerda con el 136 del Código civil español, pero no existe en nuestra legislación limitación en cuanto a la prueba utilizable.

En el Código civil español se admite con más amplitud que en el italiano la investigación de la paternidad (véase art. 189 del italiano y 135 del Código civil español).

Los artículos 182, 183 y 185 del Código civil italiano confrontan con el 134 del español; y los 186, 187, 743 y 744 del italiano, con los 154, 143, 840, 841, 842, 846, 939, 940, 942 y 944 del Código civil español.

Los artículos 186 y 748 del italiano con los artículos 843 y 941 del español.

Los 744 y siguientes y 58 y 59 del italiano con el 84 del español.

Los efectos de la afinidad en nuestro Código civil se reducen a causar impedimento matrimonial en la extensión del art. 84, a llamar a los maridos de las hermanas vivas a integrar el Consejo de familia y a que los afines en segundo grado del Notario autorizante sean inhábiles para testificar en los testamentos (artículos 681 y 682).

Según nuestro Código civil, el adoptante ha de tener, por lo menos, cuarenta y cinco años y quince más que el adoptado, debiendo estar en el pleno uso de sus derechos civiles (art. 173) y no comprendido en las prohibiciones del art. 174. Admite nuestro Código la adopción de menores de edad si media consentimiento de las personas que habrían de darlo para su casamiento. En todo caso se exige autorización judicial (art. 178). El artículo 205 del Código civil italiano exige que el adoptado no sea hijo natural del adoptante; en el español no se establece esa limitación pero

que la ley la determine y discipline. Infuye, en efecto, directamente el lugar en que la persona tiene su sede en la determinación de aquél en que debe constituirse la tutela (art. 249) o abrirse la sucesión (293), en el que deben hacerse las publicaciones matrimoniales o celebrarse el matrimonio (artículos 71, 93) en el que debe seguirse el procedimiento para la adopción (artículo 213) o verificarse el pago de las obligaciones (art. 1.249); es elemento importante para la adquisición o pérdida de la ciudadanía (ley de 13 de Junio de 1912, artículos 3.^º, 4.^º, 8.^º, 12, 14, 16) para la presunción de ausencia (art. 20); es decisivo para las notificaciones judiciales o extrajudiciales y, en general, para la determinación de la competencia en los juicios (artículos 39, 90, 96, 139 del Código de Procedimiento civil). Y no sólo a los efectos civiles o procesales tiene importancia, sino, además, para aquellos otros de naturaleza pública o política en las relaciones, como es, por ejemplo, el derecho de voto, socorro en casos de indigencia o enfermedad, contribución a las cargas e impuestos, etc. (1).

La disciplina es materia del Código civil. Otras leyes especiales por efectos que trascienden de las relaciones civiles o procesales y que aquí no deben ser consideradas, la regulan en ocasiones de modo diverso.

La relación en que todo hombre se halla con un lugar, puede ser más o menos intensa por la suma de los negocios e intereses que lo ligan a aquél y más o menos duradera en el tiempo; puede ser una relación de hecho y de persona en cuanto alguien se

es doctrina corriente en los autores que los hijos naturales no pueden ser adoptados porque la facultad de reconocerlos excluye la de adoptarlos. Igual disposición a la del art. 212 del Código italiano referente a la conservación de los derechos que al adoptado corresponden en la familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad, se contiene en el apartado último del art. 177 del Código civil español. En el Código civil español el efecto de la adopción entre el adoptante o el adoptado con los parientes del otro, es el de producir impedimento matrimonial (números 5.^º y 6.^º del art. 84).

(1) En el campo del derecho público se dan como relaciones particulares de la persona con el lugar, el domicilio político, el domicilio de socorro; ver Bähr, *Wohnsitzrecht und Heimatsrecht*, *Ihering's Fahrbb* XXI, página 343 y siguientes.

datenga allí más o menos tiempo o una relación de derecho, constituida por relaciones jurídicas que se den en un determinado lugar unida o no con la permanencia de la persona en el lugar. Se puede demorar en un lugar transitoriamente y se puede vivir en él de un modo estable o no demorar, pero tener en él la suma de los propios intereses.

El derecho debe tomar en consideración esta variedad de situaciones y nuestra ley considera, en efecto; si en vía abstracta es una la sede jurídica de la persona y, por regla general, donde tiene el centro de sus negocios y el conjunto de sus relaciones patrimoniales y familiares. Allí tiene también su sede personal, no puede menos de considerarse que ésta puede trasladarse del lugar y no coincidir con aquel centro (como ocurre frecuentemente).

Surge así consecuencia de una lenta evolución de conceptos, que arranca de la teoría romana del *domicilium*, la triple distinción acogida en nuestro Código, de *domicilio*, *residencia* y *permanencia*, cada una con particular eficacia o mejor una esfera independiente de eficacia, pudiendo darse el caso que una sola persona tenga el domicilio, la residencia y la permanencia en tres lugares distintos.

I. *Permanencia*.—Es la relación más tenué de mero hecho de la persona, con un lugar que la ley toma en consideración; es «el lugar en que una persona que no reside allí de modo estable, habita actualmente y permanece». Es, pues, un hecho transitorio que no se confunde con la momentánea y fugacísima presencia de una persona en un lugar por algún momento (el que viajando atraviesa una ciudad); un cierto elemento de relativa estabilidad hay en la permanencia que implica la idea de detenimiento por algún tiempo en un lugar (*morari*). Su importancia es mínima y subordinada en cuanto que por regla general no produce efecto, sino cuando se ignora la sede más estable de la persona. Así, por ejemplo, para la demanda en juicio o para determinar la competencia de la autoridad judicial en las acciones personales y en las reales sobre bienes muebles, no se recurre a la permanencia, sino cuando el domicilio o la residencia no sean conocidos (Código de Procedimiento civil, artículos 90, 136).

II. *Residencia*.—La estabilidad que falta en la permanencia, constituye el elemento esencial de la residencia. Ella es el lugar de la sede estable de la persona, o como dice la ley, «el lugar en que la persona mora habitualmente» (art. 16). Sede estable pero no perpetua y continua, porque como se adquiere fijando en un lugar la propia vida no se pierde o no cambia por alejarse temporalmente del lugar. Es, como la permanencia, una relación de hecho en el sentido que no crea un vínculo de derecho entre la persona y el lugar, como ocurre en el domicilio. Pero a diferencia de la permanencia, que se funda tan sólo en un elemento externo, la estancia en un lugar, la residencia se funda en un elemento doble, uno de hecho, que consiste en establecer la sede en un lugar; el otro, intencional o subjetivo, que consiste en la voluntad de establecerla en él de modo permanente. Y si por regla general no se advierte la existencia del segundo elemento, es porque la intención se confunde con el hecho, y así como la residencia se fija morando establemente en un lugar, se pierde cesando de morar habitualmente en el mismo.

Por esto es mayor la consideración en que la ley toma esta relación de hecho frente a la otra que no es permanente. A menudo la equipara al domicilio, que es la sede jurídica por excelencia, no ya en el sentido que una figura se confunda con la otra, sino el de que cuando la residencia de la persona no coincide con el domicilio, se pueda alternativamente—en cuanto a los actos que deban realizarse en un lugar determinado o las consecuencias jurídicas que se enlazan con un lugar determinado—, considerar uno u otra. Así sucede en la presunción de ausencia (art. 20), su declaración (art. 23), celebración del matrimonio (artículo 93), determinación de la competencia territorial en los juicios (Código de Procedimiento, artículos 90, 107). En algunas ocasiones, entre ambos lugares, tiene predominio la residencia sobre el domicilio, como sucede en las publicaciones matrimoniales (art. 71) o en las notificaciones de citaciones (Código de Procedimiento civil, art. 139). Por regla general, cuando deba darse a una o a otra la preferencia, lo declara una expresa disposición. De lo que resulta, contrariamente a lo que suele afirmarse, que no hay una gradación del domicilio a la residencia y de ésta

a la permanencia. La función de las dos primeras es concurrente e independiente, quedando subordinada a ellas la de la permanencia.

III. *Domicilio*.—Si la permanencia y la residencia son ambas relaciones de hecho de la persona con el lugar, relación jurídica es el domicilio que constituye un vínculo de derecho entre la persona y el lugar.

Reposa también ella en un elemento de hecho, y éste es producido por la circunstancia de tener alguien en un lugar el centro de los propios negocios e intereses. Pero tal elemento se halla integrado por otro que es de derecho y que convierte la relación de hecho en relación jurídica, haciéndola independiente de la necesidad de la presencia efectiva en aquel lugar; la persona, por razón de los intereses que allí se concentran y que determinan el desenvolvimiento de sus actividades todas, se reputa por la ley, continuamente presente en aquel lugar, aunque esté alejada de modo permanente o habite allí sin intención de permanecer de un modo estable. Se destaca, pues, en el concepto del domicilio la idea de la presencia de la persona o de estabilidad de su permanencia en el lugar, del hecho de localizarse y concentrarse en éste la suma de sus intereses y este último solamente es tomado en consideración para determinar la sede jurídica de la persona (1) (2).

(1) Ver Cornelutti, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio residenza e dimora* (Arch. giur. N. S. IV. 1905, pág. 393 y siguientes) y en *Studi di Dir. civ.*, Roma 1916, pág. 3 y siguientes; Brunetti, *Domicilio civile residenza dimora* (Filang, 1912, pág. 481 y siguientes); Battista, *Del domicilio e della residenza*, Napoli, 1914 (en *Dir. civ. it. del Fiore*). No faltan escritores que censuran nuestro sistema por haber disociado en varias figuras el concepto unitario del domicilio, Mortara, *Comm. pr. civ.* II, 109, página 220; Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 550.

(2) Los conceptos expuestos en el texto ahora y más adelante, son combatidos por Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 552, el cual discute que permanencia y residencia sean meras *res facti* y el domicilio una *res iuris* niega que el domicilio sea un puro concepto de derecho en cuanto que la persona se presume siempre presente en aquel lugar y combate la exigencia del elemento intencional en tales relaciones locales. Todas, permanencia, residencia, domicilio, son en su concepto relaciones jurídicas, la

A este moderno concepto del domicilio responde la definición dada por el Código en el art. 16: «El domicilio civil de una persona está en el lugar en que tiene la sede principal de sus negocios e intereses». La cual, si bien deriva de las fuentes romanas, no reproduce el concepto romano del *domicitium*. Ya que—nótese bien—*domicilium* era para aquel Derecho el lugar libremente elegido por un individuo para permanecer en él de un modo estable, y, por tanto, centro también de sus relaciones jurídicas y sus negocios (1); por esto se hablaba de una intención de permanencia en la persona, como aparece en el pasaje importantísimo que habla de esto: *Et in eo domum loco singulos habere domicilium non ambigetur; ubi quis larem rerumque ac fortimarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum proiectus est, peregrinari videatur, quo si rediit peregrinari iam destitit* (2). Faltaba la actual contraposición entre domicilio y residencia, cuya utilidad es dudosa y cuya antítesis teórica da lugar en la práctica a incertezas y dificultades que pudieran ser más graves y frecuentes si el legislador no hubiera equiparado la eficacia de ambas sedes (3).

Del carácter especial que el concepto de domicilio asume en nuestra ley resulta que en el Derecho italiano el domicilio ha de ser único para cada sujeto. Los romanos admitían que algunas personas podían tener varios (4) si tuviese varios lugares como

presunción de presencia de la persona en el domicilio, sería una invención de los intérpretes y las citadas relaciones vendrían establecidas independientemente de la intención del agente. No comparto la opinión de Ferrara; pero no es este lugar a propósito para razonar mi disentimiento.

(1) Savigny, Sistema VIII, pág. 62; Ferrini, Pand. núm. 69, pág. 94.

(2) L. 7. § 1. C. 10. 40 (39); ver también Alfeno Varo, fr. 203. D. 50, 16: *Sed de ce re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari ubi quisque sedes et tabulas haberet suarunque rerum constitutionem fecisset.*

(3) Por ello el legislador alemán ha suprimido la distinción fijando como concepto de sede jurídica el del lugar en que la persona reside permanentemente (Vohnsitz B. G. B. § 7).

(4) Ulpiano, fr. 6 § 2. D. 50. 1. *Viris prudentibus placuit suobus lo eius posse aliquem habere domicilium, si utrubique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur;* pero téngase presente que esto no fué admitido sino después de grandes vacilaciones, sosteniendo algu-

centros igualmente importantes de los propios negocios y repartiese su residencia entre todos; pero hoy que el domicilio es casi una abstracción jurídica que hace presumir siempre presente la persona en el lugar que es el centro principal de sus negocios, la pluralidad de domicilios está excluida, y en la duda será una cuestión de hecho el averiguar cuál entre varios centros será el principal para la persona (1). Y del mismo modo que los romanos admitieron la carencia absoluta de domicilio (2), en nuestro Derecho se excluye tal posibilidad, ya que de una parte un domicilio originario lo tiene siempre cada uno elegido libremente por él o le es asignado por la ley; de otra, que el primero no puede ser abandonado, sino cambiándolo, sustituyéndolo por otro, porque nuestra ley no conoce el abandono de domicilio sin fijarlo en otro lugar. Donde puede parecer que no se halla domicilio, se trata en realidad de domicilio desconocido, y a cuyo caso proveen las disposiciones que autorizan a recurrir a la residencia (3).

nos que entre dos centros igualmente importantes ninguno de ellos se podía considerar domicilio (ver por ejemplo Paulo fr. 5. D. *Labeo in licat eum qui pluribus locis ex aquo negotietur, nusquam domicilium habere: quos dam autem dicere referet pluribus cum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est*, otros que para dar la preferencia a uno u otro había que consultar la intención (ver Ulpiano, fr. 27. § 2. D. *Celsus libes primo digestorum tractat si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illuc minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat ex destinatione animi esse accipendum ego dubito si utrubiique destinato sit animo au possit quis duobus locis domicilium habere et verum est [posse] habere, licet difficile est*)

(1) En esta averiguación podrá tener importancia el hecho que en uno de los dos reside la persona establemente; si no reside en ninguno de los dos puede tenerla el saber en qué lugar se haya fijado primeramente el centro de sus negocios de modo que al surgir el segundo no hace perder al primero la cualidad ya adquirida.

(2) Sin embargo, este caso como el de la pluralidad era considerado raro, ver Ulpiano, fr. 27. § 2. D. 50. 1. *que mad modum diffici est sine domicilio esse quemquam puto autem et hoc procedere posse si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quoereus quo se conferat atque ubi constituat; nam hunc puto sine domicilio esse.*

(3) Algún escritor niega esto creyendo posible la falta absoluta de domicilio; Bianchi, que lo había afirmado e intentó demostrarlo en la primera edición de su Corso, ha cambiado de opinión en la segunda (IV, nú-

Dos son, por tanto, los momentos en que el domicilio debe ser tomado en consideración: el momento en que se fija por primera vez y aquel en que se cambia o se traslada.

La ley no dice cómo se establezca, pero de la naturaleza misma de la relación se deduce que son dos los modos: a), *por nacimiento*, se considera que cada uno tiene su domicilio, no en el lugar donde nació, sino en aquel en que el padre tenía su domicilio cuando nació, y éste suele designarse *domicilio de origen* (1); b), *por libre elección de la persona* que fija en un lugar (y puede ser también el de origen) la sede principal de sus negocios, eligiéndolo como su sede jurídica; éste es llamado *domicilio adquirido*.

El Código prevé y regula el caso de mutación, declarando (art. 17) que produce cambio de domicilio el traslado de la residencia a otro lugar con la intención de fijar allí la sede principal, y añadiendo que tal intención se prueba con la declaración hecha en la Oficina del estado civil del Municipio que se abandona y en aquella del Municipio en el que se fija el domicilio o con otros hechos que sirvan a manifestarla. Pero la hipótesis prevista es una sola (si bien sea la más normal y frecuente), la de que domicilio y residencia coincidan. Ahora bien; como estos lugares pueden ser diversos, puede afirmarse, en general, que a trasladar el domicilio precisan dos condiciones:

a) Una objetiva de hecho, que consiste en trasladar efectivamente el centro de los propios negocios a otro lugar.

mero 91) compartiendo la común; lo afirma hoy por el contrario argumentando de modo que no nos convence, Coviello, *Man. I*, pág. 165, núm. 1.

(1) O también simplemente *Ovigo* según el significado que el término romano asume en el derecho común. Adviértase que en derecho romano *Ovigo* tiene una significación diversa expresando la ciudadanía que la persona adquiere por el hecho de su nacimiento en una ciudad, en el derecho común se transforma en una ficción por la cual el domicilio se reputa ser el lugar en que al tiempo de su nacimiento se hallaba domiciliado el padre. Son, pues, *Ovigo* y *domicilium* en la teoría romana cosas muy distintas y sería absurdo hablar en ella de un *domicilium originis*. Véase sobre los conceptos de *domicilium* y *Ovigo* en ambos derechos el magistral tratado de Savigny, *Sis. VIII*, § 350, y siguientes, pág. 41 y siguientes.

b) Otra subjetiva e intencional, que consiste en el propósito de fijar en aquel lugar la propia sede jurídica.

La intención o propósito por sí sola no bastaría sin ir acompañada del efectivo traslado de la sede (1), y no bastaría, por el contrario, si la residencia coincide con el domicilio, el solo hecho de trasladar aquélla, porque pudiera no darse la intención de cambiar de domicilio.

Pero la intención, como la ley misma admite, puede manifestarse, a más de por modo expreso (mediante la doble declaración antes dicha), por modo tácito, mediante hechos que, como el traslado de la residencia (si coincidía con el domicilio) o el establecimiento de un comercio en sustitución del que se ha abandonado, o la adquisición de bienes, sirven a probar claramente la voluntad de no mantener el antiguo domicilio. En definitiva, que las condiciones para el cambio de domicilio son abstractamente independientes del cambio de residencia, dada la diferencia conceptual e independencia de una y otra, de modo que así como puede darse (coincidiendo domicilio y residencia en un lugar) cambio de domicilio que sea consecuencia de cambio de residencia, así puede darse aquel cambio de domicilio sin un tal cambio de residencia, y tanto más puede ocurrir esto si domicilio y residencia no coinciden (2).

Aquel de que hemos hablado hasta aquí es el domicilio en su figura normal: un lugar libremente elegido por la persona como

(1) Se puede aplicar aquí el texto de las fuentes romanas, Paulo, fr. 20. D. 50. 1. *Domicilium re et facto transfertur, no nuda contestatione.*

(2) Se debe convenir en que nuestro legislador no ha estado afortunado al regular en el art. 17 el cambio de domicilio recurriendo a la residencia. La innovación teórica de nuestro Código encaminada a distinguir y separar los conceptos de residencia (sede efectiva de la persona) de domicilio (sede de sus negocios e intereses) queda obscurcida por la norma antinómica e ilógica en parte que compenetrando ambos conceptos hace valer como cambio de domicilio el cambio de residencia acompañado de la intención de fijar allí la sede principal de sus negocios e intereses. El art. 17 es un inconsciente retorno al concepto unitario del domicilio del Código francés (es, en efecto, una copia del art. 103 de aquél y desentona en el sistema del Código italiano que obliga a esforzarse para coordinarlo con el art. 16).

centro de los propios negocios y erigido en sede jurídica.

Contra ésta, que es voluntaria, la sede puede para algunas personas ser asignada por la ley misma de modo necesario, sustrayendo su determinación a la libre voluntad del individuo, y contra aquella que es el centro general de los negocios y se considera como sede para todas las relaciones jurídicas puede darse en la persona misma una sede que sea especial para una o más relaciones determinadas (1).

Se distingue así del *domicilio voluntario* un *domicilio necesario*, y del general uno *especial* o *electivo*.

El domicilio necesario no dependiente de la libre voluntad se da sólo en algunas personas determinadas cuando una relación de poder o dependencia de una persona a otra no consiente que la primera tenga una sede diversa de la de aquella a quien está sometida. Los casos previstos por la ley (art. 18), no extensivos por analogía, son los de la mujer a quien se señala el domicilio del marido, si no se halla legalmente separada, y que lo conserva viuda aún, si no ha adquirido otro; del menor no emancipado, que tiene el del padre o de la madre o del tutor, si faltan ambos padres o hayan perdido su potestad; el sujeto a interdicción tiene el del tutor. No rige ya el caso admitido por el Derecho romano (l. 8. C. 10, 40 [39]) de domicilio necesario del funcionario en el lugar en que ejerce su oficio, ni el del esclavo que tenía el de su dueño.

El domicilio especial es el que la persona elige para uno o varios actos determinados, ya lo elija espontáneamente (art. 19), ya suponga su elección para un determinado acto la norma particular, y puede ser elegido libremente, salvo que la norma determine ella misma el lugar, sustrayéndolo así a la elección de la persona (así, por ejemplo, para las oposiciones al matrimonio, art. 88; para las inscripciones de hipotecas y anotaciones relativas, artículos 1.987, 1.994, etc.), ni tiene valor aquí la limitación del domicilio general, que no puede ser sino único; pueden haber

(1) Adviértase que la ley habla en ocasiones de domicilio en sentido no técnico, designando con esta palabra el lugar de habitación de la persona (art. 133 del Código civil; 157, 158 del Código penal).

varios domicilios especiales cuantos sean los actos en que se hace elección. Una limitación importante ha introducido la ley, y es que la elección debe ser hecha por escrito.

Esta elección puede ser hecha de dos maneras: indicando genéricamente el lugar (ciudad, Municipio, etc.), o añadiendo el nombre de una persona o de un oficio, en cuya casa o lugar donde el oficio se realiza se elige el domicilio; y con doble efecto para la determinación de la competencia judicial o para la notificación de los actos que el negocio se refiere (Código de Procedimiento civil (artículos 95, 40, 140) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Sede jurídica de la persona. El art. 249 del Código italiano concuerda con el 63 de la ley española de Enjuiciamiento civil, regla 17, referente a la competencia de los Tribunales para constituir la tutela. El 293 con el 63, reglas 5.^a, 6.^a y 7.^a de la ley de Enjuiciamiento civil sobre competencia de los Tribunales en materia de sucesiones.

Los artículos 71 y 93 del Código italiano corresponden a los artículos 86, 87, 89 y 100 del español.

El 243 del italiano con la regla 16 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil española referente al lugar para adoptar.

El 1.249 del italiano referente al lugar del pago de las obligaciones, concuerda con el art. 1.171 del Código civil español.

Con respecto a la adquisición y pérdida de la ciudadanía, véanse los artículos 21 y 26 del Código civil español y el Real decreto de 6 de Noviembre de 1916.

El 20 del italiano con el 181 del español.

Los artículos 39, 90, 96 y 139 del Código de procedimiento civil italiano confróntense con los artículos 62 al 70 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La permanencia en el sentido en que la entiende el Código italiano, puede equipararse a la residencia no habitual que surte algunos efectos en el derecho privado español (véanse, entre otros, los artículos 58, 87, 89, 91 y 297 del Código civil español). El párrafo 2.^º del art. 69 de la ley de Enjuiciamiento civil admite los efectos de la permanencia en cuanto al ejercicio de acciones contra los que no tengan domicilio ni residencia fija.

Confróntese el art. 16 del Código civil italiano citado en el texto con el 40 del español y nótese que es equivalente el concepto que de residencia tiene el Código italiano al que el nuestro tiene del domicilio.

Los artículos 20 y 23 del italiano compárense con el 181 del español en el que se hace referencia expresa a domicilio. El 93 del italiano concuerda con 87 de nuestro Código civil si bien en este se hace referencia al lugar del domicilio o al de residencia.

El art. 62, párrafo 4.^º de la ley de Enjuiciamiento civil española para determinar la competencia territorial en los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, habla de domicilio; compárese con los artículos 90 y 107 del Código de procedimiento civil italiano que se invocan en el texto.

En nuestro Código civil (art. 89) no se da la preferencia que se expresa en el italiano (art. 71) a efecto de proclamas matrimoniales que deben

§ 40.—*Extinción de la capacidad. Ausencia*

Brugi, Ist. § 9; Pacifici, Ist. II, págs. 29, 184; Gianturco, Sist. I, § 31; Chironi, Ist. I, § 41; Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 178-253; Coviello, Man. I, §§ 46, 56-58; Crome, Par. gen., pág. 119; Zachariae, Man. I, §§ 41, 86-100; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 2, 147-161; Planiol, Traité, I, núm. 371 y siguientes, 611 y siguientes; Windscheid, Pand. I, § 53; Fadda y Bensa, Ibi. págs. 720-731; Regelsberger, Pand. I, §§ 59-61.

I. *Muerte*.—De las varias causas que en las legislaciones antiguas podían dar lugar a la extinción de la capacidad jurídica, sólo una subsiste en nuestro derecho: la muerte. Es ésta el fin de practicarse en los pueblos en que hubiesen *residido* o estado *domiciliados* los contrayentes.

La ley de Enjuiciamiento civil española en su art. 264 se refiere únicamente a domicilio (art. 139 del Código de procedimiento italiano).

El concepto de domicilio en el Código civil español se encuentra fijado en el art. 40 diciendo que es «el lugar de su residencia habitual». Pero no determina nuestro Código en qué consiste la habitualidad de la residencia determinante del domicilio.

Abundantísima es la jurisprudencia referente a este extremo y de ella ha deducido el Sr. Sánchez Román (Estudios de Derecho civil, tomo 2º, página 373) la siguiente regla: «deberá entenderse por residencia habitual la que resulte de la inscripción en el Padrón municipal siempre que de hecho no exista y se acremente otra que sea contraria a la que aquella inscripción haga presumir; pero prevalecerá la prueba del *hecho* de la residencia habitual cuando sea contradictoria de la inscripción».

El Código español no establece reglas referentes al cambio de domicilio, el cual habrá de ser objeto de prueba en cada caso concreto según la regla indicada anteriormente. Únicamente se refiere en cierto modo a este problema en el art. 15 pero precisa no olvidar que no es lo mismo domicilio que vecindad civil ya que este concepto está determinado por las diferentes legislaciones civiles que coexisten en nuestra patria, causando efectos independientes de los que derivan de la residencia habitual.

De los artículos 40 y 41 del Código civil español pueden deducirse como lo hace Castán (Derecho civil español común y foral. Editorial Reus, Madrid 1925, tomo I, pág. 87) las siguientes clases de domicilio: real o voluntario, legal o necesario y especial o de elección; y además las especialidades del domicilio de los diplomáticos y del de las personas jurídicas.

La ley española de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 64, 65, 67 y 68 señala el domicilio legal de la mujer casada, del menor sujeto a potestad, del sujeto a tutela, de los comerciantes, de los empleados y de los militares. Compárense los artículos 18 del Código italiano y el 67 citado de la ley española de Enjuiciamiento civil y nótese cómo el domicilio necesario del funcionario es admitido en nuestra legislación.

la persona física, y con la desaparición del sujeto cesan todos los derechos que iban unidos al mismo; pero mientras unos se extinguen completamente, otros se transmiten a sus sucesores o quedan en suspenso en espera de que un heredero subsista en las relaciones del difunto.

Luego de la muerte no puede hablarse ya de persona y de sujeto, y no puede hablarse aun cuando el Derecho consienta la tutela jurídica de la memoria del difunto (artículos 144 y 400 del Código penal), o bien en algunas circunstancias particulares se haga abstracción de la muerte ocurrida, admitiendo la validez de algunos actos en relación con el difunto. Esto sucede en algunas instituciones y en base de un proceso muy análogo al que tiene lugar con respecto al concebido, ya que, así como para éste se anticipa el momento del nacimiento haciéndose retrotraer el comienzo de la existencia al momento de la concepción, así también para el difunto se considera su muerte como no ocurrida para hacer posibles algunos actos que le atañen de modo directo o indirecto, con esta sola diferencia: que mientras la ficción de vida para el no nacido se admite sólo *quotiens* de com-

El domicilio de elección no está definido en nuestro Código civil pero sí admitido en la jurisprudencia radicando su fundamento en la facultad de las personas para establecer en sus convenciones las cláusulas que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes ni a las buenas costumbres. El Código no señala la forma en que la elección debe hacerse, en cambio la ley de Enjuiciamiento exige en su art. 264 que sea por escrito. El doble efecto de la elección del domicilio (Código italiano de procedimiento civil, artículos 95, 40 y 140 citados en el texto, párrafo último del capítulo) se observa también en nuestra legislación. Véanse artículos 62 y 264 de la ley de Enjuiciamiento civil.

A fin de completar el estudio de la sede jurídica de las personas, según el Código civil español, indicaremos las especialidades del domicilio de los diplomáticos residentes en el extranjero y de las personas jurídicas.

A. Domicilio de los diplomáticos residentes en el extranjero. Según el párrafo 2.º del art. 40, el domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad «será el último que hubieren tenido en territorio español».

B. Domicilio de las personas jurídicas. Lo señala el art. 41 por este orden: 1.º, el fijado por la ley, los estatutos o regla de la entidad de que se trate; 2.º, el del lugar en que se halle establecida su representación legal y 3.º, en el lugar en que ejerzan las principales funciones de su instituto.

modis eius agatur, la ficción se admite también para el muerto aun cuando el efecto le hubiera sido desfavorable en vida.

Bajo el primer aspecto son particularmente importantes dos casos: el de la legitimación de los hijos premuertos, autorizada por la ley concedida al padre natural para hacer adquirir a los descendientes de aquéllos la cualidad de legítimos (Código civil, art. 196), y el de la rehabilitación de la memoria del condenado cuando después de la condena por delito haya habido revisión del proceso criminal y anulación de la sentencia que recayó en el mismo y en el intervalo haya muerto el condenado; el Juez que entiende en el recurso y que declara la inocencia rehabilitará su memoria y, lo que es más notable todavía, en el proceso de revisión un curador especial (análogo al curador de vientre), nombrado por la Corte de casación, ejercitará todos los derechos del condenado (Código de Procedimiento penal (artículos 539 y 546), dejando a salvo en los herederos el ejercicio de la acción para obtener el resarcimiento de daños contra quien proceda y eventualmente el derecho a favor de los parientes más próximos para conseguir del Estado una reparación pecuniaria a título de socorro (artículos 531-532).

Bajo el segundo aspecto hay que recordar la disposición del art. 690 del Código de Comercio, que autoriza a declarar la quiebra de un comerciante, aunque haya muerto, con la sola limitación de que no haya transcurrido el año, y salvo el derecho del cónyuge, de los hijos y de los herederos a suplir al difunto en la formación del balance, en el examen de los libros y en el procedimiento de la quiebra.

Del mismo modo que de la vida, así también de la muerte debe suministrarse la prueba por quien funde o establezca su derecho en ella (art. 42), y la prueba se da con las actas del estado civil (artículos 350, 362, 385 y siguientes), y cuando éstas falten, con documentos y escrituras y con testigos (artículos 364 y 366).

II. *Presunción de muerte*.—Si no se ha probado la muerte con las actas del estado civil o con equivalentes, se considera como no ocurrida. Este es el ordenamiento del Código, que ha abolido las presunciones de muerte y no conoce la institución