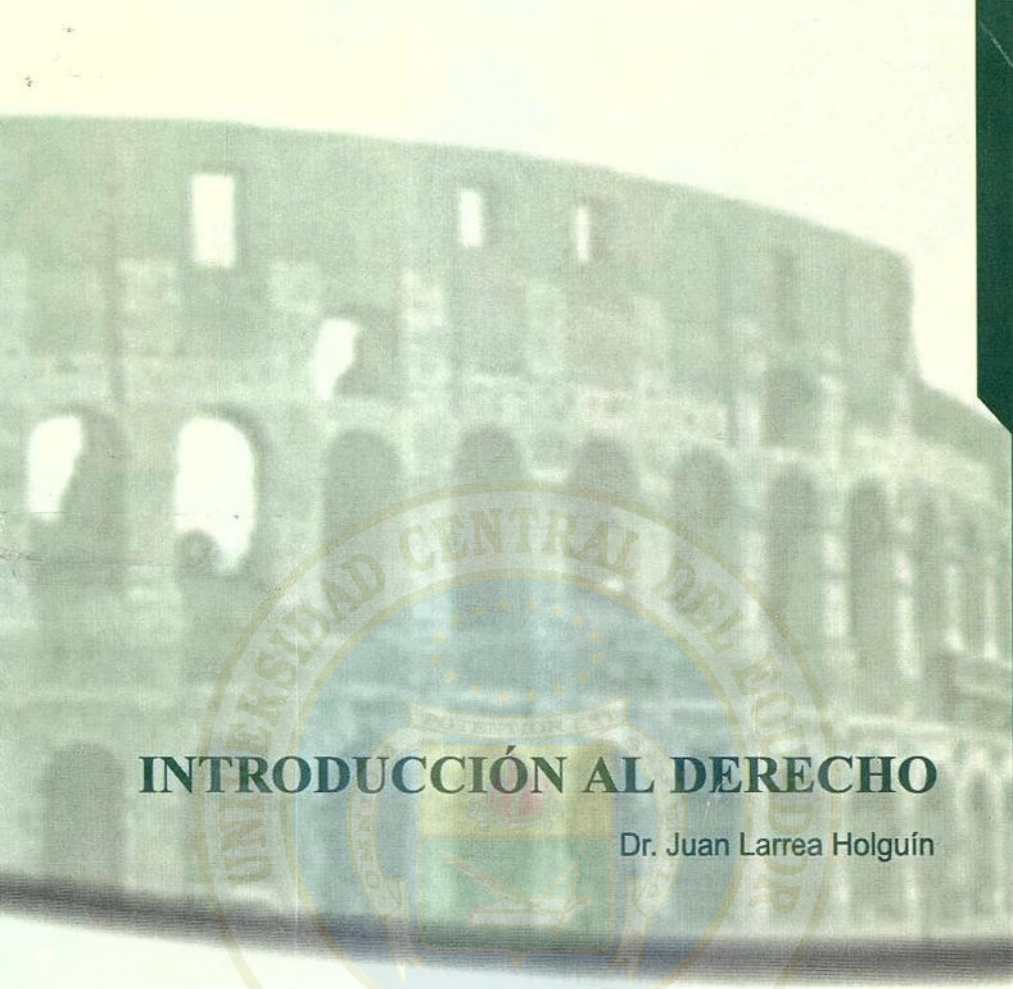


INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Dr. Juan Larrea Holguín

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
PB	03	06

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

340
L238 15.00
ALTA 60000 54
ED-21764
(20
Rvisado OK
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO
INTRODUCCION AL DERECHO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1920
QUITO

340
L33: 15.00
ALTA 6000034
ID: 21264



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Conceptos para interpretar y aplicar el derecho

C: 112721
PB
E: 03
R: 06

Dr. Juan Larrea Holguín

Ex catedrático de las Universidades Central del Ecuador,
Católica del Ecuador y Católica de Guayaquil

2006

INTRODUCIÓN AL DERECHO

Titular:
Corporación de Estudios y Publicaciones

Derecho de Autor No. 024788 : 11-jul-2006
ISBN-10: ISBN-9978-86-607-8 : 11-jul-2006
ISBN-13: ISBN-978-9978-86-607-8 : 11-jul-2006

Autor: Dr. Juan Larrea Holguín

Revisión: Dra. Tatiana A. Sánchez Shaigua
Corrección de texto: Sr. Xavier Villasís A.

Diagramación interior
Nora T. Astudillo Robles
Nancy Mayorga Q.

Impresión:
Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

PRESENTACIÓN

La recta inteligencia de las leyes y su justa aplicación no consiste únicamente en una labor técnica y casi mecánica, sino que el verdadero jurista ha de penetrar en el contenido real del derecho, su razón de ser y finalidad, a la vez que iluminará ese conocimiento verdaderamente científico, con el dominio sobre los antecedentes de la ley, las peculiaridades del pueblo o nación en el que rige, y unos cuantos principios o verdades fundamentales.

He seleccionado algunos conceptos fundamentales contenidos en la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana y he añadido otros, para completar lo que más puede servir a quienes se inician en el estudio del derecho o a quienes, teniendo ya una formación jurídica, desean reflexionar más sobre el derecho. No pretendo formular un sistema filosófico debidamente estructurado, ni exponer verdades religiosas igualmente de manera orgánica, sino ofrecer la exposición de algunos de aquellos principio básicos, de esas verdades fundamentales, de las que no cabe prescindir y que, muchas veces tienen estrecha relación con la ética.

Habrá sí, en estas páginas algo de filosofía y de teología, pero procuro mantenerme en un plano de serena ecuanimidad, sin pretender imponer dogmatismos, aunque sí exponer mis profundas convicciones, y limitándome, en lo posible al plano de lo puramente racional, de aquello que cualquier hombre o mujer de buena voluntad puede aceptar sinceramente.

A primera vista puede parecer que ciertos conceptos poco o nada tienen que ver con la aplicación del derecho; pero, por el contrario, se trata siempre de verdades basilares, que según se acepten decidida y claramente o se las rechace, conducen a visiones muy diversas de la realidad, y por tanto de lo jurídico, que es esencialmente la vida misma del hombre regulada por las leyes: la Ley eterna, la ley natural, las leyes internacionales, las de la Iglesia, las de cada estado, etc.

No se sorprenda, pues el lector de hallar entre estos conceptos, algunos tan característicos de la teología, como es el de Dios; o bien otros que dependen de la cultura que podemos llamar universal en nuestros tiempos, como son las concepciones jurídicas contenidas en la Biblia o derivadas de la filosofía griega. No en vano, Occidente es deudor de una civilización cuyas raíces primigenias están en la Biblia, en los aportes de los grandes filósofos griegos y en algunas concepciones de los pueblos germánicos que invadieron Europa.

Seguiré en esta exposición el orden alfabético, muy propio de una enciclopedia. De este modo, si se usa este texto para la enseñanza universitaria, queda

al catedrático la preciosa labor de organizar, de sistematizar las ideas según su modo de ver el mundo y el derecho; a su vez, los estudiantes pueden hallar en estas páginas una facilidad para la consulta rápida, guiados por ese orden alfabético, aunque no siempre seguido rigurosamente, sino con alguna laxitud intencional.

Quito, 19 de marzo de 2006. Dr. Juan Larrea Holguín

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

A.0. ABRAMOS LA PUERTA (¿Qué es eso del Derecho?)

Por exigencia del orden alfabético comienzo con la palabra "abramos". Ciertamente en el campo jurídico se podían encontrar otras de mayor precedencia, como "abdicar", "aberración", o el latinajo *ab intestato*. Me ha parecido preferible invitar a los amables lectores a imaginar que entramos en una biblioteca con muchos libros: abrimos la puerta y hallamos que muchos tratan del cuestiones jurídicas, y si somos sensatos, principiaremos por explicar lo que es el **DERECHO.**

Etimológicamente "derecho", deriva de *"directum"*, implica pues la idea de algo recto, ajustado a una norma, o la idea de la norma misma.

En castellano tenemos varias palabras vinculadas con "derecho" que provienen de la raíz latina *"ius"*, tales son, por ejemplo: jurisprudencia y jurisconsulto. En todos estos vocablos aparece como idea dominante la de "**justicia**". El derecho es, indudablemente algo muy vinculado con la justicia, constituye una de las formas de realización de la justicia.

Así, pues, la etimología, nos revela dos importantes aspectos de la noción de "**derecho**": éste consiste en lo justo, lo recto.

Ahora bien, la justicia, que se encarna en el derecho, es la virtud moral que consiste en **dar a cada uno lo que le corresponde**. Hay que dar a cada uno "lo suyo", no de un modo arbitrario, sino porque le pertenece por su propia naturaleza. [1]

Nadie puede negar sensatamente el **orden** del universo, al cual están sometidas todas las cosas, desde el movimiento de los átomos hasta los más complejos fenómenos de los seres vivos. En ese grandioso conjunto ordenado el hombre no es una excepción. Por el contrario, el hombre, criatura racional, está sujeto a un orden más perfecto; las leyes que le rigen no son únicamente las leyes ciegas y fatales que gobiernan la naturaleza irracional, sino ante todo las normas del "deber ser", es decir las que encuadran la libertad humana dentro de sus justos límites.

Lo justo, para el hombre, es por consiguiente, **lo apropiado a su naturaleza racional y libre**. Las normas de justicia guían el obrar libre del hombre en sus relaciones con los demás hombres, seres igualmente libres y responsables.

---

[1] Ulpiano definía la justicia como "constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi".

Así es como entendemos que lo propio –lo "suyo" de cada hombre– no es algo arbitrario. Campea por encima de toda disposición antojadiza el Derecho Natural, fijo, invariable en sus principios, puesto que ellos se enraízan en la propia **naturaleza humana**, igualmente inmutable, en sus características fundamentales.

Por el contrario, si no se admite una norma trascendente, si todo se reduce a la fórmula positiva, se incurre en el absolutismo absorbente y destructor de la dignidad humana. *"Ius est quod Principi placuit"*, dirán siempre en formas más o menos veladas o brutales todos los negadores del derecho natural y automáticamente entregan al hombre –desvalorizada su esencia– al capricho del legislador. Se consuma la tiranía, sea la de un hombre o la del "pueblo soberano".

El derecho actualiza la justicia. Pero no es la justicia misma. No toda justicia se agota en la sola fórmula del derecho. La justicia, como virtud moral, es más amplia que el derecho, comprende mayores ámbitos, más relaciones que las estrictamente jurídicas. Por eso se habla de una justicia social y de una justicia legal, que muchas veces no se hallan suficientemente concretadas en preceptos jurídicos.

Una órbita mayor aún es la de la **moral**. La justicia es una de las virtudes morales. Además de la justicia existen otras virtudes morales, y además de las reglas de justicia hay otros preceptos morales, como los de la caridad, la templanza, la prudencia, etc.

El hecho de que la justicia se encuadre en lo moral y el derecho en la justicia trae como importantísima consecuencia que el derecho es también moral. Pero no toda la moral, sino una parte. Parte restringida y con características propias, con una individualidad inconfundible.

De allí también que el derecho no pueda ser, no deba ser, inmoral. Ley injusta no es propiamente ley, por lo menos no merece el acatamiento racional del hombre.

Otra consecuencia de esta relación entre los conceptos y las realidades de la moral, la justicia y el derecho, consiste en que estos diversos planos de la vida humana no pueden jamás desconocerse, ignorarse. Baste una simple observación: un elevado grado de moralidad pública, facilita la vida y actuación del derecho, como la inmoralidad la dificulta.

El Derecho es pues una norma, o un conjunto de normas que rigen el obrar libre del hombre, dentro de la moral, para realizar la justicia, o sea para dar a cada uno lo suyo. Pero con esta descripción todavía no se ha individuado a la norma propiamente jurídica; he dicho que hay también otras normas morales, y aún otras normas de justicia, que no son derecho.

Para completar la noción de derecho es preciso añadir que éste regula las relaciones entre los hombres como seres fundamentalmente **iguales** y dotados de sociabilidad.

La igualdad substancial de los hombres da a la norma jurídica la característica de la "alteridad", es decir la cualidad de regular relaciones con un *"alter"*, un "otro", de mi misma. naturaleza. Sólo en un sentido analógico, mucho más comprensivo, se puede hablar de "derechos de Dios". El derecho corresponde fundamentalmente al hombre en sus relaciones con los otros hombres.

La sociabilidad humana, agrega al derecho la cualidad de ser norma general, tutelada por una autoridad y por un sistema, que precisamente se llama "jurídico", o sea "de derecho". *Ubi societas, ibi ius*. Donde hay sociedad hay derecho, y no existe ni sociedad sin derecho ni derecho sin sociedad. Son las sociedades jurídicas perfectas –Iglesia y Estado– las que realizan el orden jurídico, es decir las que concretan, organizan y relacionan las normas jurídicas. Esas sociedades jurídicas perfectas son las llamadas a añadir al derecho aquella otra cualidad fundamental que es la **coercibilidad**. Con esto, no se niega, desde luego, el papel de otras sociedades menores en la formación y la vida del derecho. [2]

La coerción no es la esencia del derecho, pero sí cualidad fundamental, de tanta importancia, que muchas veces sirve para distinguir la norma jurídica. Es lo "propio" de la norma de derecho: puede exigirse, la autoridad puede imponer su cumplimiento. Si alguien se resiste a cumplir libremente el derecho, el orden jurídico correspondiente tiene sus medios de hacerse respetar, –son sus medios de coerción–. Se ejerce la coacción para doblegar la voluntad libre al cumplimiento del deber –correlativo del derecho–, o sea, para que se dé a cada uno lo suyo, para que se actúe la justicia dentro de la sociedad de los hombres libres y fundamentalmente iguales por naturaleza[3]

2. Derecho subjetivo y derecho objetivo

El derecho en el sujeto, como **facultad** de éste, es el derecho subjetivo.

---

2 Covielo pone de relieve el aspecto social del derecho en su definición: "El orden de las acciones encaminadas a la satisfacción de los intereses humanos, establecido y garantizado por la autoridad social". Doctrina General del Derecho, pág. 3.

3 Josserand sintéticamente expresa que el derecho es "la regla social obligatoria", y para caracterizar esta regla y distinguirla de los usos sociales, las normas de educación, etc., precisa que "la conciencia y la voluntad colectivos sustituyen a la conciencia y voluntad individuales para determinar las prerrogativas de los derechos subjetivos de cada uno" (Derecho Civil, Buenos Aires, l952, p. 4). Claro está que este pensamiento se halla inspirado en los conceptos de la Revolución Francesa y el Pacto Social, pero puede entenderse de modo aceptable, en el sentido de que el derecho positivo expresa, formula de modo socialmente obligatorio, lo que existe conforme a la naturaleza y es descubierto por la razón humana, en la conciencia, como recto.

Ya es clásica la definición: "facultad moral inviolable de hacer o no hacer o de exigir algo a otro". Se dice "inviolable", porque aunque la fuerza puede ofender a mi derecho, no respetarlo, el derecho permanece inmutable. No es el derecho subjetivo la imposición del más fuerte, ni el interés que prevalece y es tutelado por la autoridad, sino la norma de justicia que dimana de la misma naturaleza y que debe respetarse aunque eventualmente no tenga a su favor el apoyo de la fuerza.

Derecho **objetivo** es, en cambio, la norma, la **ley**, que expresa esa facultad moral inviolable de hacer o no hacer algo. Se entiende aquí por ley o norma (derecho objetivo) algo muy amplio y genérico: toda regla de la actividad libre del hombre, del "deber ser". Esta clase de límites de la libertad cuando se aplican a la materia jurídica, constituyen el derecho objetivo.

Hay también otras leyes, de naturaleza muy diversa, y son las del "ser" (en contraposición al "deber ser"), es decir las leyes naturales, de índole fatalista. Regulan los actos de los seres carentes de libertad. También el hombre en cuanto cuerpo y aún en cuanto animal, está sometido a ellas, pero no en cuanto "racional", y por tanto, libre.

Por otra parte, el hombre se sujeta libremente a otras normas del "deber ser" que no son leyes en el sentido jurídico, sino normas convencionales que responden a otras exigencias distintas de las de la justicia, tales son las normas de cortesía, buena educación, etc. La coercibilidad de estas normas suele ser muy diversa de la jurídica, aunque a veces pueda ser no menos fuerte.

3. **Divisiones del Derecho**

Además de las dos grandes-categorías del derecho subjetivo y el objetivo, se suelen establecer numerosas clasificaciones, de las que solamente se señalará lo más esencial.

Por su origen, o sea por el legislador que lo ha formulado, el derecho **es divino o humano**.

Claro está que en último término todas las cosas provienen de Dios, entre ellas todo derecho, pero se dice Derecho Divino el establecido directamente por el Creador. Al dar a cada cosa su naturaleza, con sus cualidades y sus exigencias, con sus relaciones necesarias o libres con otras cosas, Dios estableció el **Derecho Natural**, puesto que éste consiste en derivar de la naturaleza de los seres. En cambio, en contadas oportunidades, Dios ha formulado y ha revelado o ha inspirado (según los casos) ciertas **normas positivas**; el ejemplo más típico es el del Decálogo transmitido a Moisés.

El Derecho Humano, legislado por el hombre, lógicamente no puede contradecir u oponerse al Derecho Divino, natural o positivo, pero sí tiene un amplísimo campo de actividad: le corresponde adaptar, aplicar a las cambiantes circunstancias de la vida, los principios inmutables. El Derecho Humano es eminentemente evolutivo, cambiante, variado. Ha sido comparado a la regla de Lesbos, varilla de metal muy maleable que empleaban en aquella ciudad griega para medir elementos arquitectónicos de formas muy irregulares y trabajadas.

Dentro del Derecho Humano, (y en adelante nos referiremos exclusivamente a él, al decir simplemente "Derecho"), se desenvuelven los **dos grandes ordenamientos jurídicos** de las dos sociedades jurídicas perfectas: Iglesia y Estado. Así tenemos la subdivisión del Derecho en **Eclesiástico y Estatal**. A veces se denomina al Derecho Estatal como "Derecho Civil", en contraposición al "Derecho Eclesiástico", pero esta apelación puede inducir a confusión, porque el sentido propio de "Derecho Civil", como veremos, es mucho más restringido.

El Derecho Estatal se desenvuelve en el ámbito de un Estado o en el de **la comunidad de los Estados**, y teniendo en cuenta esta órbita de aplicación se forman las dos grandes ramas del Derecho **Interno o Nacional, y del Derecho Internacional.**

Otra división del Derecho Estatal –tanto Nacional como Internacional– origina el Derecho **Público** y su contrapuesto el Derecho **Privado**. Esta división es aplicable también al Derecho Eclesiástico, cuyas subdivisiones no abordamos aquí.

Cabe advertir que en el plano internacional la clasificación en Derecho Internacional Público y Privado es muy debatida, porque varios autores consideran que el Derecho Internacional Privado no es propiamente un Derecho Internacional y también es materia de polémica el carácter privado de esta rama del Derecho.

Dentro del Derecho Interno sí es doctrina comúnmente admitida la que distingue el Público del Privado. La dificultad radica en determinar con precisión en qué consiste cada uno y qué relaciones comprende, y por último, cuáles son las materias concretas o subdivisiones que se engloban en cada uno.

Admitamos que históricamente se ha producido una larga y curiosa evolución, con eventuales involuciones, a través de la cual algunas relaciones jurídicas se han considerado ya en el campo del Derecho Público, ya en el Privado. Épocas ha habido en que todo el derecho se ha configurado de modo principalmente privado, y otras en las que lo público ha tendido a invadirlo todo. Así, por ej. el testamento se consideró en la Roma monárquica como un acto de carácter público –incluso político– que debía ser aprobado por los Comicios *Curiados* y luego por los Comicios *Centuriados*; y con el andar de los años adquiere su

verdadera naturaleza de acto privado, encuadrado dentro del derecho de familia. En cambio el amplísimo contenido que el mismo Derecho Romano clásico daba al Derecho Civil se restringió ya mucho en la Edad Media al socializarle algunas instituciones y encuadrarse en el Derecho Corporativo, de modo que así disminuyó el campo de lo privado en favor de lo público. Y en nuestra época, la mayor intervención del estado en varios aspectos de la vida tiende a dar mayor extensión aún a lo público y a restringir lo privado.

Desde un punto de vista puramente histórico, o siguiendo un método, inductivo, solamente se podría concluir que hay ciertas materias, – más bien pocas–, que se han considerado siempre como públicas, y otras que se han tenido siempre como privadas. Entre las primeras están las referentes a la organización de los poderes públicos y su funcionamiento, por lo menos en cuanto atañe más directamente a los fines primordiales de la sociedad. Como materias típicamente privadas se suelen señalar las referentes a las relaciones de **familia** y el régimen de la **propiedad**, aunque habría que subdistinguir muchos aspectos en una y otra institución para separar los elementos verdaderamente privados de otros que tal o cual vez se han considerado más bien como públicos.

En cambio, siguiendo el procedimiento inverso, podemos partir del principio de que pertenece al Derecho Público lo directamente vinculado con el fin de la Sociedad como tal, es decir, con la consecución del bien común. Todo lo demás revestiría carácter privado.[4]

Claro está que las diversas concepciones jurídico-política del Estado y de sus fines, alterarán en la práctica el contenido convencional del Derecho Público y del Derecho Privado, pero desde un punto de vista científico, abstracto, se pueden determinar los verdaderos fines del estado –comprendidos en la noción de "bien común"– y los límites de la acción directa del estado, y por lo mismo, los límites del Derecho Público y del Derecho Privado.

En la actualidad se consideran ramas del Derecho Público Interno: El Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Fiscal, el Derecho Procesal y el Derecho Penal. Para muchos, también el Derecho Laboral, aunque otros todavía lo encuadran en el Derecho Privado, aún reconociendo la mayor intervención del estado en las relaciones de trabajo y el carácter institucional de las relaciones laborales.

---

[4] El Digesto recoge la frase de Ulpiano:"*ius publicum est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*". (D. I, 1, 1, 2): el derecho público mira al estado Romano; el privado se refiere a lo que mira a la utilidad individual.

Las principales ramificaciones del Derecho Privado Interno son: el Derecho **Civil**, el Derecho **Comercial**, y para algunos, como queda dicho, el Derecho del **Trabajo.**[5]

4. Derecho Civil

Fue en Roma donde el Derecho Civil alcanzó su verdadera, individualidad y llegó al máximo esplendor. Los derechos civiles modernos tienen en todo el mundo occidental una fuerte tradición romanista, y aún en el Oriente no es pequeña la influencia del genio romano. En cambio, antes de las grandes elaboraciones jurídicas del Latium el Derecho Civil, aún en los pueblos de gran civilización como Egipto y Grecia, no se presenta diferenciado del orden político-jurídico, el cual atrajo más su atención.

Tenemos, pues, que recurrir a los orígenes romanos para establecer el concepto del Derecho Civil. Ante todo, el *ius civile* es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los ciudadanos *(cives)* romanos, esto es, de los que forman parte de la **ciudad** con plenitud de derechos. Por eso, el *ius civile* constituye el más apreciado patrimonio del romano.

En los primeros tiempos, el derecho de ciudad corresponde exclusivamente a los patricios, los fundadores de la ciudad y sus descendientes. Tiene por lo tanto el carácter de una garantía privilegiada a favor de los próceres.

El proceso de democratización extiende el Derecho Civil a todos los **ciudadanos** u hombres libres que pertenecen a la ciudad, o como hoy diríamos a la "nación" romana.

Es muy conocido el proceso de engrandecimiento y transformación de la antigua *"civitas"* en el Imperio Romano, cuyas fronteras llegan a coincidir poco menos que con los límites del mundo entonces conocido.

El contacto con otros pueblos, sea por vías pacíficas de comercio o por las violentas de la guerra, sirvió para afirmar el concepto del Derecho Civil como el derecho del ciudadano romano. Los extranjeros tienen en Roma otras formas de protección de sus intereses por parte de la autoridad; para ellos sirven los Edictos del *Pretor peregrini*, el tribunal de los *Recuperatores*, la institución del "patronato", el "*hospitium*" etc.

---

[5] Véase: Córdova Guerrón, Eduardo: "Las convenciones colectivas de trabajo con referencia especial a la legislación ecuatoriana" Madrid, 1952, pp. 51-56.- Vela Monsalve, Carlos: "Derecho Ecuatoriano del Trabajo", Quito, 1955, pp. 28-32. Robalino Bolle, Isabel, Derecho Laboral, 4ª ed. Quito, 2006.

Como es lógico, el Derecho Civil, como norma de las relaciones jurídicas de los ciudadanos romanos, tiene un contenido amplísimo; su ámbito excede de lo simplemente privado y llega a regular relaciones de orden público, como sucede con el *ius honorum*, o derecho a ocupar las magistraturas. Sin embargo, el contenido del Derecho Civil, consiste principalmente en las normas del *ius commercii* y del *ius connubii*, es decir, las relativas al comercio de los bienes y a la familia.

Podemos señalar, pues, que en su origen, el Derecho Civil regula las relaciones privadas entre los ciudadanos de un mismo estado, referentes principalmente a la organización familiar y a la organización de la propiedad.

En torno a la propiedad se desarrollan numerosas instituciones que configuran diversas modificaciones del derecho de propiedad, como el usufructo, el derecho de habitación, la enfiteusis, etc., o establecen títulos y modos de transferir el dominio o aquellos otros derechos. Adquiere un gran desarrollo la transferencia del dominio por causa de muerte, originándose así aquella importante rama del Derecho Civil que es el Sucesorio.

No se debe creer sin embargo, que el actual concepto del Derecho Civil coincida con el romanista, por más que derive de él. Efectivamente, con el transcurso del tiempo se han diferenciado numerosos aspectos que han dado lugar a nuevas e importantes ramas del Derecho.

En primer lugar, para los romanos lo fundamental consistía en la *actio* esto es, en la posibilidad de mover la maquinaria del Estado o de la sociedad para obtener la debida protección de un interés justo. Por eso, Gayo clasifica las partes del Derecho Civil en las que tratan de las "personas", las "cosas" y las "acciones". Hoy día, no admitiríamos la inclusión de las "acciones" en el Derecho Civil, puesto que lo que llamamos "derecho **adjetivo**", o sea el modo de hacer valer los "derechos sustantivo" ante los jueces y tribunales, pertenece al Derecho **Procesal**, nueva rama, independiente del Derecho Civil. Para nosotros, el Derecho Civil, ha llegado a ser plenamente sustantivo, a diferencia del antiguo Derecho Romano, en el que prevalecía el carácter adjetivo. Ahora interesa al civilista "cuáles son los derechos", no "cómo se exigen en el juicio." "Cuáles", la esencia, es lo sustantivo. "Cómo": en qué forma, o con qué acciones, es lo adjetivo y procesal.

Por otra parte, en época más reciente, ha adquirido autonomía el Derecho **Comercial**, y el desarrollo del Derecho del **Trabajo** ha sustraído del campo puramente civilista mucha relaciones que antes se incluían en él. En esta forma, ya no se puede identificar "Derecho Privado" con "Derecho Civil."[6]

[6] Sobre la autonomía del Derecho del Trabajo, véase: Londoño Mejía, Carlos Mario: "Derecho Individual del Trabajo", publicado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1959. pp. 106 a 109.- Robalino Bolle, Isabel, obra citada, Quito, 2006.

Continúa siendo, de todos modos, el Derecho Civil, el Derecho Privado por excelencia, y aunque comparte esta categoría con las nuevas ramas, lo más propio y característico del Derecho Privado corresponde al Civil. Resulta difícil diferenciar el Derecho Civil del Privado, –la especie primigenia y antes única, del género– Tan ardua la tarea, que muchas veces se recurre al procedimiento indirecto de caracterizar las otras ramas "que no son" Derecho Civil para individualizar así al *ius civile* moderno. También se da el fenómeno de tender a unificar lo civil y lo comercial, y así lo han hecho modernos Códigos como los de Italia y Argentina.

Demófilo de Buen ha intentado una buena descripción del contenido actual del Derecho Civil: los requisitos generales de los actos jurídicos privados, la organización de la familia y la de la propiedad privada.[7] Sin desconocer la importancia del primer elemento de aquella enumeración, muchos autores señalan el contenido del Derecho Civil como lo familiar y lo patrimonial.[8]

El fenómeno del crecimiento al parecer sin límites del poder del estado moderno ha puesto en peligro la existencia misma del Derecho Privado, y con él también su parte más representativa que es el Civil. Así, observa Fernández Clérigo, siguiendo el pensamiento de Antonio Cicu, "que la legislación de familia ha emprendido, en sus principales manifestaciones, el tránsito desde la esfera peculiar, y para muchos tradicional, del Derecho Privado hacia la más amplia del Derecho Público."[9]

Pero si bien es admisible una aproximación del Derecho Civil al Derecho Público, en tanto en cuanto se pretende dar, mayor estabilidad y solidez a las figuras del derecho familiar bajo la consideración de que constituyen "instituciones" que escapan del ámbito de la voluntariedad privada, no por eso se puede llegar al extremo vicioso de desvirtuar la naturaleza fundamentalmente privada del Derecho Civil, o negar el mismo Derecho Privado. Esto último equivaldría a despojar al hombre de su dignidad, a someterlo al estado como simple elemento componente, y no como elemento finalista que es de la sociedad civil.[10]

---

7 De Buen, Demófilo: Introducción al estudio del Derecho Civil, pág. 43.

8 Así por ejemplo, Somarriva Undurraga, Manuel, en "Derecho de Familia", Edit. Nascimiento, Santiago de Chile, 1946, dice en la pág. 7: "El Derecho Civil admite una gran clasificación en Derecho de Familia y Derecho Patrimonial".- Lorenzeti: Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005.

9 En igual sentido: Borda, Guillermo, Derecho Civil, Buenos Aires, 2002.

10 Contra este peligro advirtió Pío XII en el discurso al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado el 20 de mayo de 1948: "No se podría en efecto, pretender unificar el derecho privado de los pueblos sin estar primero convencido de la existencia ineluctable y siempre válida de este derecho. Por otra parte, cómo se podría estar convencido de su existencia y de su valor universal sin estarlo del destello necesario de la personalidad humana sobre las múltiples relaciones de los hombres entre sí incluso y sobre todo en el dominio de los bienes y de los servicios? Sólo aquellos que no quieren ver en el individuo sino una simple unidad que hace número con otras innumerables e igualmente anónimas, sino un simple elemento de una masa amorfa, de un conglomerado que es lo diametralmente opuesto de una sociedad, pueden adormecerse en la vana ilusión de regular todas

Esbozada así la evolución del Derecho Civil podemos ya intentar una **definición** diciendo que es aquella rama del Derecho Privado Interno que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares, y el régimen de la familia y la propiedad.

Se entiende que el Derecho Civil al tratar de la familia se refiere a su constitución, formas, variaciones y derechos que derivan de las relaciones familiares, e igualmente al abordar el tema de la propiedad regula con amplitud todo lo referente a su adquisición, sus formas, su transmisión, pérdida, repercusiones, derechos anexos, etc.[11]

Característica saliente del Derecho Civil es la de ser derecho "**común**" o "**supletorio**". Vodanovic, que ha recogido las sabias explicaciones de los catedráticos de la Universidad de Chile Don Arturo Alessandri Rodríguez y Don Manuel Somarriva Undurraga, llega incluso a definir el Derecho Civil como "el Derecho Privado General", y con justicia, deriva de tal definición el carácter común y supletorio del Derecho Civil.[12]

Considero, sin embargo que hay que distinguir los dos conceptos. El Derecho Civil es derecho **común** ante todo por su origen histórico, o mejor dicho, por constituir la fuente histórica de todo derecho privado: de él han derivado en una u otra forma las nuevas ramas del Derecho Privado. En cambio, el carácter **supletorio** es una consecuencia de tal primacía histórica pero tiene una vigencia actual. Por ser derecho supletorio, sus normas se aplican a falta de otra disposición de leyes especiales, en relaciones jurídicas que trascienden de su esfera propia. El carácter supletorio del Derecho Civil está claramente expresado en el artículo 4 del Código Civil Ecuatoriano, y en numerosas leyes que se remiten al Código Civil, como p. ej. el Código de Comercio, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley de Inquilinato, etc.

Otra cualidad del Derecho Civil moderno es la de ser "**nacional**", en el sentido de que cada Estado suele tener su Derecho Civil. Es verdad que también existe una notable tendencia a la unificación del Derecho Civil, a su universalización, pero los esfuerzos realizados todavía no han producido los frutos ambicionados. Dicha uniformidad solamente se podría. conseguir mediante una elevación de las condiciones de vida de los pueblos menos desarrollados y una compenetración cultural mucho más honda de la que hoy existe entre las diversas naciones.

---

las relaciones entre los hombres únicamente sobre la base del derecho público. Sin contar con que el mismo derecho público se desmorona desde el momento en que la persona cesa de ser considerada, con todos sus atributos, como el origen y el fin de toda vida social.. (Discurso publicado en -El Pensamiento Jurídico de Pío XII"; Publicaciones de la Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1956).

11 cfs. Castro Bravo, Federico, Curso de Derecho Civil. p. 80 y ss.

12 Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic H., Antonio: Curso de Derecho Civil. 2a. ed. Nascimiento. Santiago de Chile. 1945. Pág. 31.- 3a. ed. Santiago 1974.- Badenes, Antonio: Derecho Civil, Buenos Aires, 2004.

A este propósito, más bien hay que acusar una progresiva diversificación de los derechos civiles de occidente a partir de la ruptura de la unidad religiosa causada por la llamada "Reforma" protestante y favorecida por la consolidación de los modernos estados europeos. Incluso el desarrollo de los modernos idiomas y la paulatina decadencia del latín como lengua viva, han contribuido a la desmembración del antiguo Derecho Romano que constituía el verdadero Derecho Civil común de los pueblos de occidente.

En el campo de la legislación familiar la ingerencia del Estado en la constitución misma del vínculo matrimonial, propugnada por el absolutismo –que a su vez es hijo de la Reforma protestante–, ha originado las múltiples legislaciones que en los estados modernos tratan de conciliar más o menos las reglas civiles con los postulados del Derecho Natural fielmente expresados en el Derecho Canónico.

La violenta lucha entre las ideologías liberales y socialistas ha creado también un clima favorable a múltiples soluciones jurídicas respecto del derecho de propiedad, distanciándose en esta forma también los Derechos Civiles de muchos países.

El influjo poderoso del Código de Napoleón durante el siglo XIX logró una aproximación muy notable de los derechos civiles de muchos países latinos, pero también la historia de cada uno ha traído una nueva diferencia y distanciamiento.[13]

Podemos concluir que, aunque el mundo de hoy está mucho más organizado en lo internacional y cuenta con organismos más perfectos para promover la unificación del Derecho Civil, sin embargo estamos muy lejos de tal objetivo y se puede afirmar que el Derecho Civil continúa siendo un *ius civile*, un derecho de la ciudad, de cada Estado.

A.1. ADMIRABLE ORDEN DEL UNIVERSO

Los sistemas jurídicos, el derecho, están constituidos por normar del "deber ser", de lo que el hombre debe hacer o dejar de hacer para practicar la justicia. Hay, pues, un orden jurídico, pero éste se inserta en el orden universal, de todos

[13] El Dr. Víctor Manuel Peñaherrera destaca el carácter cosmopolita del Derecho Civil, y es innegable esa característica si se lo compara con otras ramas del Derecho, pero el mismo autor reconoce también la evolución histórica que diversifica: "La legislación civil sustantiva es en cierto modo cosmopolita. Basada directamente en los inmutables principios de la ley natural, poco significan para ella las fronteras de los pueblos y la sucesión y vicisitudes de los tiempos; y sus modificaciones y cambios se operan lentamente, según lo exigen la evolución y el progreso de las ideas". Véase: "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Edit. Universitaria. Quito, 1958, pág. 8.

los seres. El respeto de este orden global, es el fundamento de las normas jurídicas, de allá la importancia de reconocerlo debidamente.

Si solamente existiera un átomo, quien conociera esta realidad prodigiosa, tendría que admitir razonablemente que una inteligencia y un poder superiores a todo lo conocido ha producido el maravilloso orden contenido en tal partícula elemental de la materia.

En efecto, la nada, nada produce ni es capaz de organizar algo. Si hay un orden como el que admiramos, lo mismo en un átomo que en las millones y millones de galaxias, en la célula menos diferenciada, o en el cuerpo humano con billones de elementos vitales, perfectamente incorporados en tejidos, órganos y sistemas, todo esto y mucho más no se ha organizado por obra de la nada, sino por acción de una Causa suprema, inteligente y de poder ilimitado.

Tratar de explicar el maravilloso orden del universo por acción del acaso es lo mismo que afirmar que la nada organiza el universo. No se puede admitir la existencia del orden, sin un Ordenador y Quien ha originado la armonía de los átomos, las estrellas, las células, los hombres, las generaciones y cuanto existe, tiene que ser infinitamente superior a todo ello, sin que dependa de nadie, siendo capaz de ordenarlo todo con infinita inteligencia y voluntad omnipotente.

Se ha observado, con acierto, que si se lanzan al aire cinco letras, es prácticamente imposible que al caer formen una palabra; si tal sucediera, significaría que alguien las ordenó. Mucho menos se puede atribuir al azar el maravilloso concierto de todos los seres de la creación en un momento dado. Un solo instante de este orden del universo, proclama la grandeza infinita de la Inteligencia y el Poder creador de Dios.

No estamos ante el espectáculo de un orden momentáneo. La mente del hombre se confunde al contemplar la profundidad de los tiempos mirando atrás o adelante. Este universo que conocemos delata una existencia que no podemos delimitar en el tiempo. Los billones de milenios de antigüedad de las estrellas y la energía que se despliega constantemente anunciando nuevas y nuevas expansiones, hablan de períodos inabarcables de tiempo y a través de las edades campea el orden prodigioso que proclama la existencia de Dios como Causa suprema de esa armonía y superior a todos los tiempos imaginables.

Nada se explica proyectando a tiempos más remotos el principio del orden del universo. Antes o después, esa armonía requiere para existir, de la Inteligencia y el poder infinitos de Dios.

Precisamente la prolongación del orden por espacios y tiempos incomparablemente duraderos, denotan que la causa del orden está por encima del tiempo, más allá del tiempo, independiente de él, siendo como es el Creador del mismo tiempo, como lo es del espacio y de la materia.

Quien crea el mundo y lo desenvuelve en el tiempo, es infinitamente superior al universo. Así se manifiesta la Infinitud de Dios.

Resulta más fácil admirar el orden físico y aún el biológico, pero produce mayor estupor el contemplar el orden de las causas libres, de las acciones libres de los hombres, incomparablemente más complejas y menos explicables que los fenómenos de la naturaleza inanimada o de los procesos vegetales o animales.

El espíritu del hombre ha producido y sigue produciendo incomparables combinaciones armónicas de los seres creados: son las obras del arte, la técnica, la ciencia y las variadas actividades de los humanos que dominan progresivamente la creación. Tampoco estas actividades de la persona humana, en un instante o a través de milenios de historia, son obra del acaso: se descubren unas cuantas razones que explican el proceder libre del hombre, se admiran unas leyes constantes en la historia, se aprecian motivaciones de la voluntad libre, pero en último término, la gran trama de los acontecimientos de todos los tiempos tenemos que referirla a un Ser infinitamente superior, que guía los pasos de los seres libres como libres, y sin embargo de esa libertad, teje de manera inigualable el conjunto de los acontecimientos: es Dios, infinita Inteligencia y Poder sin límites, el único que organiza la trama de todas las vidas humanas y de la humanidad entera.

Así pues, aparece a la luz de la razón, que tanto las leyes simplemente naturales como las que dominan el espíritu del hombre (psicológicas o antropológicas) se deben atribuir a un Supremo Legislador, que ha organizado el universo de un modo admirable. Una pequeña parte de ese orden universal es el que contemplamos, y vamos descubriendo más y más, por el avance de las ciencias y las elucubraciones de la filosofía, sin alcanzar nunca a comprender plenamente la armonía universal, pero sí reconociendo cada vez con mayor firmeza la necesidad de un Supremo Organizador, que es Dios.

Sabiamente han actuado legisladores de todos los tiempos al esforzarse por ajustar su normas a las impuestas por el mismo Creador y que se hallan contenidas en la naturaleza de las cosas y los hombres. Las constituciones, particularmente, se suelen dictar en nombre de Dios, o implorando su asistencia, lo que equivale a dar una sólida base al sistema jurídico. Entender y aplicar el derecho, supone, en cierto modo, aceptar la norma superior e invariable que llamamos derecho natural, dependiente a su vez de la soberana inteligencia y bondad del Creador de cuanto existe.

A.2. EXPLICACIÓN DE LOS CAMBIOS EN EL UNIVERSO

Claro está que ningún teorema, ni experimento químico o físico pueden demostrar la existencia de Dios; así como no se halla, utilizando métodos adecuados para las ciencias naturales, ninguna verdad del orden psicológico, metafísico, histórico, sociológico, etc. Cada ciencia requiere de sus propios instrumentos de investigación y descubrimiento de esa parcela de verdad a la que se dedica. Para llegar con las luces de la razón al conocimiento de Dios, se han de emplear razonamientos lógicos, fundados en experiencias irrebatibles.

Los puntos de partida de lo expuesto en el anterior artículo, han sido: la evidencia de que existen criaturas, lo cual habla de un Creador de ellas; y el magnífico orden del universo, que constatamos a cada paso y proclama un Supremo ordenador, Inteligencia y Poder sin límites. Así la razón humana descubre a Dios, como Creador omnipotente, como Ser absoluto que da existencia a cuanto existe y mantiene el universo con inteligencia y poder todopoderoso. De esto se deduce fácilmente que Dios es muy distinto de lo que vemos; que Él no es material sino espiritual, y por lo mismo, absolutamente Simple. Siendo la Suprema Causa, último y absoluto principio de todo, no puede ser más que Uno, infinita y perfectamente unitario y Simple.

Otro punto de partida inconmovible es la constatación de que en este mundo hay cambios, movimiento. Este fenómeno que se experimenta continuamente en lo exterior del hombre lo mismo que en nuestra propia mente, requiere una causa, explicación o "motor" como dicen algunos, (usando una palabra que ahora nos parece poco adecuada).

No hay cambio o movimiento sin un principio, un actor, alguien o algo que mueva. Pero ese ser no puede encontrarse sino en una de estas dos situaciones: o bien es a su vez movido (recibe de otro el movimiento), o es el principio absoluto de todo movimiento, sin recibirlo de nadie ni de nada, es decir, poseyendo en sí la fuerza, energía, potencia (o como se le quiera llamar), para originar todo movimiento.

En el universo hay series de incalculable extensión de cambios originados por otros seres o acontecimientos anteriores, pero estas series o cadenas causales de cambios no pueden llegar al infinito, sin encontrar, precisamente un principio que tenga en sí mismo la infinitud: un Supremo Principio de todo cambio o movimiento, un Ser absoluto capaz de mover el mismo universo. Y este es a quien llamamos Dios.

Este razonamiento nos conduce, pues, a Dios, entendido como Supremo ser, distinto del universo entero, puesto que Él permanece en Sí mismo inmutable y produce todos los cambios o movimientos de las criaturas. Es el razonamiento que nos muestra a Dios como inmutable principio de todo cambio.

Si nos fijamos bien, para que cualquier cosa cambie es preciso que algo no cambie. Por ejemplo, un metal que se calienta, ha cambiado, pero sigue siendo el mismo metal, aunque se funda o se evapore; si yo paso de un pensamiento o sentimiento a otro, he cambiado, pero sigo siendo la misma persona. En todo sujeto de movimiento hay algo que no cambia , sea en su propio ser (su sustancia, su persona, un accidente, etc.), o bien fuera de él, como sucede cuando se dispara una flecha y se mueve en el espacio, cambiando continuamente de situación, mientras que el espacio no cambia. Si todo cambiara, no habría ni sujeto, ni persona, ni espacio, ni movimiento, ni sería comprensible cosa alguna.

Ahora bien, en el universo entero experimentamos que existen innumerables y continuos movimientos; unos pueden explicarse por otros, unos son causados por otros; pero el conjunto del movimiento existente en el universo no puede explicarse si no se admite que hay algo o alguien que no cambia y que origina en último término todos los movimientos. Dios ha dispuesto las leyes naturales a través de las cuales se producen los múltiples cambios naturales; Él mismo ha dispuesto unos modos de proceder de la mente del hombre, por los cuales podemos pasar de unos pensamientos y sentimientos a otros; Dios permanece inmutable, siendo el Eterno y perfecto principio de todo cambio o movimiento.

El mismo tiempo, que es la medida de todo movimiento, no tiene explicación ni sentido, sino admitiendo la eternidad (que trasciende todo tiempo) en la que Dios existe siendo principio absoluto de todo cambio, movimiento o tiempo. Éstos son posibles, porque hay Uno que no cambia: Dios eterno.

Estas reflexiones se aplican también al orden jurídico: éste requiere una primera fuente inmutable y permanente de la que dimana; al mismo tiempo, el derecho, como realidad humana, se desarrolla en el tiempo y adquiere nuevas y nuevas formas, sin desvirtuarse, procurando siempre alcanzar una justicia que en este mundo no será nunca perfecta, pero a la que debe acercarse lo más que sea posible.

A.3. LO NECESARIO Y LO CONTINGENTE

En el diario trajín de la vida nos encontramos con cosas que llamamos "necesarias" y otras que no lo son, a las que los filósofos califican de "contingentes". Lo contingente es, pues, lo contrario de lo necesario; más exactamente, lo contradictorio de lo necesario: se excluyen absolutamente lo necesario y lo contin-

gente, sin término medio posible. Lo contingente es lo que no existe necesariamente y puede dejar de ser.

Bien analizada la realidad en la que nos movemos, cuanto existe o acontece no es necesario bajo todo aspecto. Cosas o sucesos que llamamos necesarios, lo son solamente con relación a algo. Por ejemplo, es necesario que un cuerpo caiga en el espacio, pero esta aplicación de la ley de la gravedad no constituye todos los cuerpos en "necesarios", bajo todo respecto. Cada persona humana es necesario que descienda de un padre y una madre, pero esta dependencia en la generación no nos hace absolutamente necesarios.

No encontraremos en el universo creado cosa alguna o acontecimiento, por muy necesario que parezca, que no tenga algo de contingente bajo ciertos aspectos o relaciones. En realidad, cuanto nos consta por experiencia directa que existe, es contingente, aunque tenga ciertas relaciones o aspectos que nos presentan los diversos seres como necesarios, o dotados de cierta necesidad con relación a otros.

Cualquier cosa contingente no se explica sino por algo necesario, y el conjunto de todas las cosas contingentes –el universo entero–, no puede explicarse sino por la existencia de algo o alguien absolutamente necesario.

Si no existiera un principio absolutamente necesario, no podría existir nada contingente, puesto que precisamente por ser contingente no explica su existencia sino en cuanto depende de algo necesario.

Lo contingente demuestra la necesidad de lo necesario. La contingencia del universo entero demuestra la necesidad de reconocer la existencia de un Principio Absoluto y Necesario, que es el supremo Ser, al que llamamos Dios.

Estos razonamientos pueden parecer menos claros que los que hemos formulado anteriormente: Si hay criaturas hay un Creador; si hay orden, existe un Supremo Principio de todo orden, Inteligencia y Poder infinito; si hay movimiento, hay una Causa última, absolutamente inmutable, eterna, que es Dios. Pero, para quienes penetran en el verdadero sentido de la caducidad de las cosas y son capaces de descubrir en cuanto nos rodea y en nosotros mismos el sentido de la contingencia, surge el razonamiento claro: si hay cosas contingentes, hay un Ser infinita y perfectamente necesario: Dios.

Los argumentos expuestos en anteriores artículos nos muestran a Dios como Creador, Omnipotente, Infinito, Inmutable, Inmaterial, Espiritual, Eterno, Simple, Uno. Este razonamiento a partir de la contingencia de las cosas nos hace entrever otro atributo divino: es Absoluto, tiene en sí la plenitud del Ser; Es por sí mismo. Esto precisamente distingue soberanamente a Dios y puede decirse

que le corresponde como "nombre": El que Es. Y así se reveló a Moisés: "Yo soy El que Es".

El concepto de Dios como único ser absoluto, principio último y fundamento de toda verdadera ley, da a las normas jurídicas una dignidad, estabilidad y nobleza que muchos ni sospechan. Es evidente que, respetando esta sublime cualidad del derecho se tiene, por lo menos, una visión más completa y exacta de la realidad y una mayor posibilidad de ejecutar la justicia a través del derecho.

A.4. LOS GRADOS DE PERFECCIÓN DE LOS SERES

Estamos habituados a hacer mil clasificaciones de unas cosas mejores que otras. Distinguimos un cuerpo por su mayor o menor dimensión, peso, u otras cualidades; nos gusta más una sinfonía que otra; preferimos una flor a otra, por su diversa hermosura; encontramos objetos baratos y caros en el mercado; hasta nos atrevemos a calificar a unas personas de más honradas que otras.

Cualquier ser del universo puede considerarse más o menos perfecto, pero esto será siempre con relación a una medida de perfección. La medida, para ser tal, debe ser perfecta e inmutable. Si comparamos varios bultos y queremos saber cual pesa más, los probamos en una balanza, pero ésta ha de ser fiel, perfecta; de otro modo, nos engañamos.

Todas las cosas tienen ciertas perfecciones, pero no podrían tener ninguna, si no existiera una infinita y absoluta perfección de la que dependen todas.

Hay personas justas, que saben dar a cada uno lo suyo, pero no han creado ellas la justicia. Hay animales fuertes, capaces de destrozar a sus víctimas, pero no son el principio de toda fortaleza. Constatamos que los diversos cuerpos que están a nuestro alcance tienen algún calor, pero no son ellos el origen de todo calor. Así podríamos multiplicar los ejemplos que nos conducen a aseverar: toda perfección es recibida. Unas criaturas reciben perfecciones de otras, y el conjunto de todas cuantas existen en el universo, no pueden tener las perfecciones sin razón ni causa, sino que las tienen porque las han recibido de la Causa perfectísima de toda perfección, que es Dios.

La justicia de los hombres justos, la belleza del firmamento o de una mínima flor, la inmensidad de los mares o de los espacios, la fuerza que hace caer el granizo o que mueve los astros en el firmamento, cualquier perfección de los seres creados es relativa, contingente, incapaz de explicarse por sí misma o de existir por sí misma: todo es recibido o causado (directa o indirectamente) de la Causa Primera, infinitamente Perfecta. Las suprema Perfección es Dios, y Él ha hecho admirables los cielos y la tierra, todas sus obras, como cantan los Salmos.

Si hay seres más o menos perfectos es porque se aproximan, se parecen o participan de alguna manera de la perfección infinita de Dios. Dios ha dado de formas incontables, en variadas medidas, una participación de sus perfecciones a cuanto ha creado. Por esto, la contemplación de los diversos grados de perfección de las criaturas, nos conducen a afirmar con la razón que Dios existe, porque es la Suprema Perfección, de la que dependen todas las que existen.

Este razonamiento que conduce la razón humana a afirmar la existencia de Dios, a partir de las perfecciones de los seres creados, nos manifiesta la infinita perfección de Dios. Los diversos atributos que hemos considerado (en anteriores artículos), son todos uno sólo, se identifican con el mismo Ser de Dios: el Ser infinitamente perfecto. Por esto mismo, es totalmente distinto de las cosas creadas, ya que todas ellas sólo tienen un cierto grado de perfección.

El panteísmo, confunde Dios con el conjunto del universo, pero si pensamos con sentido común, entre lo imperfecto de los seres que conocemos y Dios hay una distancia infinita. Precisamente esta distancia infinita es necesaria para que podamos existir, porque solamente Quien es Perfección infinita, es capaz de dar un ser relativamente perfecto a las criaturas. Sólo el infinitamente perfecto, puede dar el ser en una medida adecuadamente y relativamente perfecta a cada ser: Él comunica, da, el ser a cada cosa con sus perfecciones. Y sólo Él por ser infinitamente perfecto es capaz de salvar la infinita distancia que nos separa de Él a las criaturas.

La relativa perfección de cualquier obra humana, incluidas las leyes, constituye para el creyente un poderoso estímulo para perfeccionar lo existente. No tenemos un mundo totalmente acabado y ya perfecto, sino que se halla en las manos del hombre, para conseguir una mayor superación en el orden de la bondad, la belleza y la verdad. Las leyes son igualmente perfectibles.

A.5. OTROS ARGUMENTOS QUE NOS ACERCAN A DIOS

Desde las grandes elucubraciones de Aristóteles, pulidas y perfeccionadas por Tomás de Aquino, el pensamiento humano encuentra a Dios principalmente por las llamadas "cinco vías", que he procurado exponer de manera sencilla, en los artículos anteriores.

Esas cinco maneras de razonar, parten todas de unos hechos de experiencia universal innegables: 1. Las cosas dependen de ciertas causas; 2. Hay un orden en el universo; 3. Existe el movimiento, el cambio. 4. Hay seres contingentes, no necesarios, y que sin embargo, existen. 5. Se presenta una variedad de perfecciones en las criaturas.

De esos puntos de partida, cuya validez nadie puede negar, la mente humana descubre la suprema Causa incausada; el Principio inteligente y poderoso que origina todo orden; el Ser inmutable que mueve, cambia, cuanto existe; el Ser necesario, infinito y eterno, el Ser de absoluta Perfección, que da a cuanto ha creado una participación de perfección.

Las cinco vías nos conducen el mismo Único Dios.

Pero han surgido también otros razonamientos o intuiciones que ayudan a comprender los anteriores o completan y refuerzan su eficacia para llevar a la convicción. El conjunto de ellos sirven para que cualquier persona con buena voluntad, recta intención y mente despejada, encuentre que es razonable aceptar el don maravilloso de la fe.

Uno de estos argumentos complementarios, parte del análisis de las profundas aspiraciones del alma humana: el conocimiento de la verdad, la posesión del bien, la contemplación de la belleza. Estas inclinaciones de nuestra naturaleza carecerían de justificación si no existiera una suprema Verdad, en Bien absoluto, una Belleza suma. Si tenemos esas ansias de verdad, bien y belleza, se debe a que las ha sembrado en nuestro ser, el que las posee en absoluto: Dios.

Desde otro ángulo, Estos valores trascendentales del Bien, la Verdad y la Belleza, no pueden radicar en criatura alguna de manera absoluta, luego, si existen, solamente pueden existir en Dios. Ahora bien, es evidente que la verdad, el bien y la belleza sí existen de modo participado y relativo en las criaturas, de donde se deduce que también han de existir de modo absoluto y por consiguiente, han de ser perfecciones de Dios.

Junto a esas aspiraciones, está también, la de la justicia. La humanidad entera se empeña en realizarla y nunca la alcanza de manera perfecta. La experiencia de cualquier persona demuestra cuántas veces el justo es condenado y el culpable resulta absuelto por los hombres. Sin embargo el corazón humano reclama la realización de una justicia perfecta, la cual solamente Dios podría realizarla.

La vida de los humanos no tendría sentido si todo acabara con la muerte y si no existiera un Ser infinitamente Sabio, Bondadoso, Justo, para dar la recompensa merecida por cada uno.

La misma persistencia del conocimiento natural de Dios en toda clase de personas –sabios e ignorantes–, de cualquier cultura, raza y grado de desarrollo, hace que sea difícil admitir que la humanidad, casi sin excepción, esté equivocada al admitir la existencia de Dios.

Si no se acepta la existencia de Dios, se hace imposible explicar las más importantes cuestiones que interesan al hombre: el sentido mismo de su existencia, el valor moral de los actos, la obligación de someterse a la ley natural, el principio de autoridad, el aprecio de la familia y la sociedad, etc. Todo queda en el aire si se prescinde del fundamento indispensable que es Dios. Sobre todo, la distinción del bien y del mal, implica la referencia al Bien absoluto que es Dios.

Finalmente, la fe religiosa de cuantos la tienen, corrobora los resultados del razonamiento humano que conduce naturalmente a Dios.

Creyentes y no creyentes pero con recto sentido de las cosas y buena voluntad para mejorar el mundo, podemos y debemos marchar juntos en la interpretación honrada del derecho para honra de Dios, Supremo Legislador y Juez último del universo.

A.6. AYUDAS DE LA RAZÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA

La fe es un don de Dios, que nadie lo merece, y que Él nunca lo niega, pues quiere que todos se salven a través de la fe y la correspondencia personal a ese precioso regalo. Se nos infunde principalmente en el Bautismo y se acrecienta a lo largo de la vida con una serie de medios de salvación, principalmente la palabra de Dios, la oración, los sacramentos, los sacrificios y las buenas obras. Empleando estas ayudas, se llega a recibir una fe robusta, capaz de iluminar toda la existencia, de guiar los pasos de la vida con seguridad hacia el último fin, y de obrar con eficacia en beneficio de los demás.

A ese tesoro de la fe, nos llevan como de la mano, una serie de razones de credibilidad, razonamientos que ayudan a aceptar la existencia de Dios como supremo Ser de infinita perfección, digno de ser creído, amado y servido.

Él mismo que nos ha dado la razón, mediante una misteriosa gracia nos concede la fe. Y Quien es Autor de la inteligencia humana y de su elevación al plano sobrenatural de la fe, ha ordenado una y otra de suerte que jamás habrá contradicción entre ellas: la razón y la fe nos conducen, de diversa manera, a la verdad.

Los caminos que recorre el hombre para llegar a Dios son muy variados: se entremezclan las razones puras de la inteligencia, los sentimientos del corazón, la confianza en el testimonio de otras personas, principalmente de los santos y los mártires, y en suma, una serie de razonamientos que ayudan a recibir el don de la fe.

Una mente abierta a la verdad, deseosa de encontrarla, libre de prejuicios y no oscurecida por el desenfreno de las pasiones, es capaz de encontrar a Dios, de

aceptar ese conjunto bien armónico de argumentos que desde la antigüedad y en todos los tiempos, han convencido a la mayor parte de las criaturas para abrirse al don de la fe.

Uno de esos razonamientos, quizás el más decisivo, aunque se suman muchos otros para afianzar la misma verdad, consiste en la consideración de que es preciso reconocer la existencia de una suprema Causa de cuanto existe o acontece.

En efecto, tanto el sentido común que se manifiesta en el niño que continuamente pregunta ¿por qué?, como en las severas elucubraciones del filosofo que exige una explicación racional para cada fenómeno, subyace la convicción ineludible de que cuanto existe o acontece tiene una causa y el conjunto de todas las criaturas, de cuantos fenómenos y sucesos existan, requiere igualmente una causa. Pero la última causa, la suprema, la que explica el conjunto de todos los seres, necesariamente ha de ser la Causa incausada, la Causa absoluta y perfectísima, es decir, Dios.

Sería absurdo que todo lo que sucede en el mundo, desde la caída de la hoja de un árbol hasta los pensamientos que surgen en la mente, tengan una causa, y que, en cambio, el universo entero careciera de causa. Si todos, por los caminos del sentido común o de la filosofía más rigurosa, aceptamos el principio de causalidad para cada ser y para cada acción o acontecimiento, tenemos igualmente que admitir la suprema causalidad del universo entero.

Nadie puede ser "causa de sí mismo", puesto que tal expresión implica el absurdo de darse el ser a sí mismo, o actuar antes de existir. La última causa, por tanto, no es causada, sino principio de cuanto existe y hemos de admitir una distancia infinita entre esa Causa absoluta y última y las demás, simples causas secundarias, causadas por la que es Primera, por Dios.

La distancia entre las criaturas y el Creador es infinita precisamente porque todos los seres creados dependen unos de otros por la serie de múltiples causas secundarias o segundas, mientras que únicamente la Suprema e Infinita Causa, no depende de nada ni de nadie, es el Absoluto principio, no sometido al tiempo ni al espacio, y posee eternamente el Ser y la perfección infinita, por esto es capaz de comunicar la existencia, el ser, a las criaturas y les ha dado una participación limitada de sus propias perfecciones.

Ni las leyes humanas, ni los gobiernos y demás autoridades pueden imponer la fe a ninguna persona. Éste es un don de Dios que cada uno acepta libremente, haciendo uso de su razón y su voluntad y con la indispensable ayuda de la gracia de Dios. De esta concepción de la fe y la gracia, se deriva espontáneamente la imperiosa necesidad de respetar la libertad religiosa: el hombre tiene derecho

de decidirse por ser un creyente y nada ni nadie puede ni imponerle ni quitarle sus creencias. El Derecho debe tutelar, como una de las mayores riquezas humanas, la libertad de cada persona para creer en Dios y seguir su fe.

A.7. ACCIONES PROTECTORAS DEL AMBIENTE

Expondré mi opinión, en dos secciones: I. Expresaré los criterios generales sobre el asunto; II. Procuraré hacer una aplicación concreta de esos criterios, al caso concreto de los artículos 42 y 43 de la Ley de Protección del Ambiente.

Criterios generales sobre protección del ambiente en nuestra legislación.

Es obvio que lo primero que se debe tener en cuenta es el **orden jerárquico** de las normas jurídicas y su real **vigencia.**

Al respecto, la norma fundamental es la del artículo 272 de la Constitución de la República: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal.-Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones".

A su vez, el artículo. 163 de la Carta dice: "Las normas contenidas en los tratados internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía." Se sitúan así, los tratados y convenciones, entre la Constitución y las leyes orgánicas, con superioridad sobre éstas últimas.

También considero muy importante tener presente el artículo 141, que determina cuando **se requerirá** de la expedición de una ley: "l. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución

2. **Tipificar infracciones** y establecer las sanciones correspondientes;
3. …tributos….
4. Atribuir deberes y cargas a los organismos del régimen seccional autónomo;
5. …división político- administrativa del país.

Singularmente interesa considerar las exigencias contenidas en los numerales 1, 2 y 5. Esto orienta mucho en cuanto a la interpretación sobre la real vigencia de algunas disposiciones constitucionales.

Teniendo en cuenta las normas arriba expuestas, considero que los preceptos constitucionales, que siempre ocupan el primer grado de jerarquía, deben interpretarse, siguiendo las normas de la misma Constitución y de la lógica, con las consecuencias que enumero a continuación:

1. Evidentemente, no cabe la menor duda de que una **derogación o modificación** expresa de cualquier ley (orgánica o no) u otras normas jurídicas inferiores (ordenanzas, reglamentos, decretos, etc.), produce efecto pleno, inmediato e indiscutible, por mucho que pueda parecer equivocada la norma constitucional, o exagerada, o inconveniente: la Suprema Ley, prevalece sin condiciones.

2. La Constitución, sin embargo, a pesar de su superioridad jerárquica, no puede modificar o derogar **tratados o convenciones internacionales**, que el Ecuador haya suscrito, ratificado y promulgado, es decir, que tengan vigencia en el plano internacional. Estas normas sólo pueden modificarse o derogarse, de conformidad con el mismo derecho Internacional Público, ahora principalmente codificado en la Convención de Viena de 1964 sobre Derecho de los Tratados, suscrita y promulgada en el Ecuador.

Otra cosa muy diversa, es que la constitución, pueda dar pautas para la política internacional del país, y señalar los tratados y convenciones que sea oportuno modificar, siguiendo los trámites previstos por el Derecho Internacional. Tales indicaciones de la constitución, obligan a las funciones del estado, y principalmente al Presidente de la República, como primer responsable de los asuntos internacionales.

También hay que tener presente la gran diferencia entre "tratados y convenciones", y las simples "Declaraciones", "Actas", proposiciones, acuerdos sobre política a seguir, y otras manifestaciones de voluntad que no implican obligaciones contraídas por el estado en el plano internacional, así mismo, todos esos instrumentos, no modifican por sí solos el sistema jurídico interno, y se requeriría que se dicten leyes para darles vigencia en el ámbito nacional.

3. De manera similar, sin menoscabar en lo más mínimo la superioridad constitucional, pienso que se ha de afirmar la necesidad de leyes expresas para aplicar debidamente los principios de la carta suprema, cuando éstos son nuevos, o cuando, por su redacción en términos vagos, genéricos o programáticos, señalan ideales a los que el estado debe dirigirse, pero que se pueden realizar por diversos medios, caminos o políticas concretas.

Lo que acabo de expresar, sucedió, por ejemplo, con la constitución de 1967, que formuló el principio de la igualdad de los cónyuges, y fue necesaria la ley 256 de 1970, para que ese principio se aplicara, y para que se modificaran así más de quinientos artículos del Código Civil. Antes de la referida ley, el princi-

pio constitucional estaba evidentemente vigente, pero su vigencia no resultaba eficaz.

Ahora, la Carta de 1998, contiene importantes declaraciones de índole programático, que no modifican el régimen jurídico sino en dos casos:

a) Si la misma Constitución deroga de manera expresa un precepto secundario;
b) Si se encuentra alguna norma de las leyes secundarias que esté en contradicción evidente con el precepto de la Suprema Ley, en cuyo caso, se ha de entender derogada tácitamente la norma secundaria.

Si no se da ni lo uno ni lo otro, es preciso seguir aplicando la norma secundaria. Pero esto ha de hacerse, en la forma de **interpretación que mejor se acomode al espíritu de la Constitución, en su conjunto**.

En esta materia de derogación o reforma de leyes secundarias por parte de la Constitución, no es aplicable el criterio de la especialidad de las normas jurídica: prevalecen las más específicas sobre las generales; el criterio jerárquico es superior, y no valdría contra la superioridad de la Constitución el alegar que una norma secundaria es especial, frente al precepto más genérico de la Constitución. Si hay verdadera contradicción, por muy específica que sea la norma secundaria, queda derogada por la norma superior de orden constitucional; pero si se trata de una mera excepción, de un caso no comprendido en lo dispuesto por la Constitución, entonces sí, el precepto secundario no está propiamente en contradicción, sino que no se aplica a esa situación concreta una norma constitucional que ha sido prevista para otras hipótesis. Este punto, ciertamente, puede ser delicado en materia de interpretación de las normas, pero, pienso que ésta es la manera lógica de proceder.

Otro asunto, que no se puede perder de vista, consiste en que no toda norma contenida en un ley especial es igualmente ley especial. En las leyes especiales, lo mismo que en las generales, hay normas de carácter más o menos comprensivo, amplio o restringido; y hay que atender al contenido verdadero de cada norma para calificarla de general o de especial; no se puede seguir el criterio simplista, por ejemplo, de que un artículo de la ley de Defensa del Ambiente, por pertenecer a esa ley de carácter especial, es también una norma especial: bien podemos encontrar en el Código Civil, normas específicas sobre la misma materia, que realmente tengan carácter especial y prevalezcan sobre las incluidas en la ley especial del Ambiente (siendo ésta una ley especial).

Considero que, después de la promulgación de la Constitución de 1998 (autollamada "codificación"), no han quedado suficientemente claros muchos aspectos de la aplicación del derecho nacional. La preocupación evidente en la opinión pública por asegurar "el imperio de la ley", está hablando de esa indeter-

minación. Más significativo resulta que, en sentencias de casación de la Corte Suprema, se manifiesta esa misma angustia por la incertidumbre respecto de importantes asuntos jurídicos.

Menciono a este propósito, la sentencia de la 1ª Sala de lo Civil y Mercantil del 14 de abril de 2003, aclarada el 9 de junio de 2003, en la que se declara la nulidad procesal, por mala aplicación de la reforma promulgada el 18 de agosto de 2000, al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado (Ver: Repertorio de Jurisprudencia, volumen 56, p. 14, Quito, 2004).

Otra declaración, aún más patética, al respecto, se contiene en el fallo de la misma Sala en el juicio contra Petroecuador (fallo 187 de 28 de abril de 2000), en que se dice: "no ha habido suficiente certeza sobre cuál es el juez o tribunal competente", y tiene que recurrir a un pensamiento de simple doctrina como es el que atenerse fundamentalmente a que se haya podido ejercitar el derecho de defensa, para concluir declarando –sobre esa tenue base–, la validez del proceso...

Las consideraciones anteriores, llevan a la conclusión de que, en esta materia de la real vigencia de algunas normas de nuestro derecho interno, no nos hallamos ante un asunto paradigmático, indiscutible, de absoluta firmeza, sino que hay que sostener los principios con una cierta flexibilidad y sentido relativo. Resulta lícito el que, en defensa de los propios derechos, se adopte una postura más o menos rígida, según lo permita esta poco clara situación objetiva de nuestro derecho.

En el plano de la aplicación de estos criterios a los asuntos de índole ambiental, considero que la Constitución de la República y la ley especial de defensa del ambiente, contienen principios programáticos, que no derogan expresamente muchas disposiciones precisas del Código Civil, ni se contraponen a ellas de modo excluyente, por lo que no se han de considerar derogadas, ni expresa ni tácitamente.

Concretamente tiene suma importancia argumentar que la doctrina de la **responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, y la de la inversión de la carga de la prueba,** aunque sean tendencias que sí han avanzado en el ámbito universal y que tienen algún asidero en disposiciones nacionales, no se pueden sostener como norma obligatoria en nuestro sistema jurídico. La sentencia en el juicio contra Petroecuador del 25 de noviembre de 2002, asume esas doctrinas como si fuera una correcta interpretación de nuestro sistema jurídico, y la 1ª Sala de la Suprema las hace suyas; pero pienso que no es un criterio suficientemente sólido y que bien puede impugnarse. Volveré sobre este asunto más adelante.

Igualmente, no coincido con el criterio del mencionado fallo, en la calificación que hace, de un incendio "debido a causas desconocidas", un hecho producido por dolo o culpa, ya que no se ha probado que dependa de fuerza mayor o caso fortuito. Evidentemente, para mí, si hay un incendio y se desconocen la causa, no cabe imputarlo a dolo o culpa de nadie: si no se conoce la causa, ¿por qué atribuirla a un determinado sujeto?; nos hallamos ante algo "imprevisto e imprevisible", puesto que de otro modo sí se conocería la causa. Y por tanto hay un fortuito, y no se requiere probar que lo sea, es simplemente evidente que un incendio, cuya causa se desconoce, no es producido por un intento criminal de una persona, mientras no se pruebe esto. El dolo o la culpa tendrían que demostrarse y probarse.

De todas formas, aún ante la vaguedad de ciertas disposiciones o la incertidumbre sobre la vigencia efectiva de otras, considero que los principios constitucionales han de ser una guía para una interpretación honrada de la ley, y que, las grandes directrices del Derecho natural, de la equidad, de la filosofía del sentido común, deben presidir esa recta aplicación de las normas jurídicas.

En esta línea, debo advertir que me parece evidente la intención del legislador, de impulsar una eficaz protección del medio ambiente, mediante procedimientos culturales, administrativos y judiciales, que necesariamente irán cambiando viejas prácticas, y supondrán, con el tiempo, avances apreciables en el campo jurídico. No se pueden quemar las etapas, pero tampoco se puede pretender un inmovilismo en el plano de la legislación y su aplicación. Particular cuidado tendrán que adoptar las compañías que emprenden en grandes obras de importancia para el desarrollo del país, colaborando con esta saludable tendencia de proteger al ambiente.

1.16. Se ha de tener presente el principio fundamental, de Derecho Natural y plenamente reconocido por la constitución política, de que el fin del estado es servir a la persona humana, tutelar sus derechos (derechos humanos) y garantizar su libertad y seguridad. Esto se señala ya en el preámbulo de la Carta Suprema (invocando el Nombre de Dios) y se ratifica y reafirma en varios artículos, entre ellos el 23. No cabe, por consiguiente, elevar a supremo criterio el de la protección ecológica, por sí misma, sino como un servicio al hombre: No es una cuestión meramente económica o de conservación de especies minerales, vegetales o animales, sino de proteger y promover el desarrollo de la **persona humana**. Este criterio básico, debe iluminar la interpretación de toda la legislación ambiental.

2. De conformidad con los criterios anteriormente expuestos (n. 1), mi punto de vista general sobre la **situación actual del sistema jurídico ecuatoriano** con relación al ambiente, puedo sintetizarlo en los siguientes puntos:

2.1. Tenemos un conjunto de mecanismos administrativos y de acciones judiciales que, debidamente aplicados, pueden proteger el ambiente, evitar su degradación, obligar a restituir las situaciones de daño u obligar a las reparaciones justas:

Impugnación de la constitucionalidad de cualquier acto, ante el Tribunal Constitucional;

Acción de Amparo, para impugnar cuanto se oponga a las leyes;

Procedimientos administrativos, para que la Administración rectifique;

Acción Contencioso-Administrativa, para impugnar actos o contratos administrativos;

Acciones civiles para pedir reparación e indemnización por daños, provenientes de actos, contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos u obligaciones nacidas directamente de la ley;

Acciones circunscritas en la aplicación de las leyes especiales de protección del ambiente;

Acciones penales, con la misma finalidad reparadora y punitiva;

El juicio concreto de expropiación, para fijar el precio de propiedades declaradas de utilidad social o pública:

Juicios civiles o comerciales, para obtener la cobertura de los daños por parte de aseguradores;

Acción del Estado o de los entes públicos para repetir, contra sus funcionarios o empleados que hayan incurrido en dolo o culpa, cuanto haya tenido que indemnizar la función pública por daños a ciudadanos;

La acción popular, para denunciar obras u acciones, incluso peligros para el ambiente.

2.2. Indudablemente, no resulta fácil determinar con absoluta precisión el alcance de toda esta variada posibilidad de protección jurídica del ambiente, y tampoco está muy claro cuándo se pueden unir, acumular o excluir unas acciones y otras. Habrá que ir precisando todo esto, mediante leyes, y por obra de una sabia jurisprudencia, llena de prudencia.

2.3. Hay que tener presentes cuáles son los daños que nuestras leyes tratan de evitar o lograr que sean reparados:

A los derechos subjetivos de una persona, natural o jurídica, perfectamente determinada. Estos daños, derivan de un ataque, un agravio a la persona misma o a sus bienes, en definitiva a sus derechos, sean éstos derivados de un derecho real (sobre todo el de dominio), o bien de la posesión y aún de la mera tenencia.

A veces estos daños provienen de las relaciones de vecindad, o del ejercicio de servidumbres prediales.

Existe también la mera tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera, a proteger los simples intereses dignos de protección, aunque no se hallen configurados como verdaderos derechos subjetivos.

A los derechos subjetivos de especial interés para una comunidad, sea ésta una persona jurídica (de cualquier índole, desde las corporaciones y fundaciones, hasta los sindicatos, comunas indígenas debidamente constituidas, etc.); o, incluso, estos entes morales colectivos, aunque carezcan de personalidad jurídica. Esto último, es una de las tendencias contemporáneas, aún no debidamente afirmadas, en fase de desarrollo.

A los derechos específicos de los consumidores, para reclamar contra los productores, distribuidores, expendedores u oferentes (prestadores) de servicios públicos o privados.

Al interés general del Estado, el bien común, cuyo resguardo y promoción corresponde sustancialmente a las autoridades y organismos estatales (centralizados o descentralizados).

Al bien común universal: regulado por las normas del Derecho Internacional Aquí se incluye hasta la protección del espacio exterior al planeta.

Igualmente sobre este punto, surge la clara evidencia de la complicación de los problemas y de la necesaria cautela en su tratamiento legislativo, administrativo, judicial y de aplicación práctica por parte de los ciudadanos.

2.4. Otro asunto de capital importancia, será el de tener en cuenta las condiciones requeridas para cualquier juicio:

La existencia de la acción que se pretende proponer, su claro fundamento legal, y la extensión o consecuencias de la misma.

La selección adecuada del tipo de procedimiento, el rito o jurisdicción que se debe emplear para tales acciones: de orden constitucional, administrativo, civil, penal, etc. y su trámite, ordinario, especial, sumario, etc.

La competencia del Juez o tribunal.

La legitimación activa del que pretende hacer valer los derechos en juicio. Aquí se ha de aplicar la distinción de los diversos derechos que se pueden reclamar: personales, comunitarios, generales, etc.

La posible o necesaria intervención de ciertas autoridades u organismos como la Defensoría del pueblo, los organismos de control del Estado, etc.

La necesaria personería activa y pasiva de las partes que intervienen en el juicio. Si se trata de grupos no constituidos en persona jurídica, requieren procurar común, con las debidas exigencias legales.

La determinación precisa de los daños, su calidad, extensión y ámbito al que afectan. Su existencia pasada, presente, o expectativa futura (esto, también en pleno desarrollo doctrinal). Se requiere que el daño no haya sido ya reparado, indemnizado o extinguido por los diversos modos como puede suceder esto. Normalmente, se ha de tratar de efectos más o menos permanentes, no de situaciones meramente transitorias, pasajeras, que se solucionan por sí mismas o solamente ocasionan una relativa incomodidad.

La posibilidad efectiva de probar el referido daño o perjuicio. Lo que no se puede probar, no existe para el juicio, ni para la sentencia.

La existencia de una relación causal entre el daño y la persona o entidad acusada de haberlo producido. Esto es de capital importancia, ya que no se puede imputar a quien no sea realmente el causante del perjuicio.

Por excepción, en casos precisos, la ley atribuye la obligación de reparar a los padres, tutores, empleadores, propietarios o administradores, etc., pero fuera de esos precisos casos previstos por la ley, no se puede atribuir a un sujeto distinto, las acciones u omisiones de otros.

La imputabilidad, es decir, que el causante deba responder por su dolo, culpa u obligación voluntariamente asumida de responder, o señalada expresamente por la ley como un deber general. No se ha admitido aún en nuestra legislación la culpa objetiva, o sin culpa ni dolo, sino en casos muy específicos de excepción, como sucede en ciertas materias de transportes y en la laboral.

La no existencia de causas eximentes de la responsabilidad:

a) Fuerza mayor o caso fortuito

b) Otras concausas o intervención de terceros;

c) Culpa de la víctima;

d) Asunción contractual de la responsabilidad por terceros (aseguradores)

e) Responsabilidad del Estado, con derecho o sin derecho de repetir contra el culpable directo.

f) Indemnización ya realizada o cumplida.

2.5. Alcanzados todos los requisitos anteriores, se puede llegar a establecer la obligación de reparar o restituir, lo que puede realizarse en especie "in natura", volviendo las cosas a su estado primitivo o a otro similar; o bien, mediante la indemnización, normalmente pecuniaria o mediante la prestación de servicios o la realización de obras compensatorias.

2.6. Finalmente, tiene sumo interés la determinación de la cuantía de los daños y de su correspondiente reparación, lo cual no puede ser de ningún modo arbitrariamente establecido por las partes, ni siquiera por el juez, sino mediante los estudios técnicos, imparciales y seguros de peritos idóneos.

La reparación alcanzará ordinariamente sólo el daño emergente, pero puede extenderse al lucro cesante, si ha habido previsión o ha debido haberla, de los daños, o bien, se ha probado el dolo o la culpa por los cuales hay responsabilidad del vencido.

Singular dificultad tiene la reparación del daño moral, cuya apreciación depende del razonable y prudente juicio del juez o tribunal y no admite parámetros fijos.

A.8. ADMIRABLE CIVISMO

En las últimas décadas hemos presenciado gestos de enorme valor ético cuyos protagonistas han sido políticos destacados. No me voy a referir aquí a las sublimes cimas de la humanidad que son los santos, sino a unos pocos, –entre muchos–, hombres y mujeres que han asombrado al mundo por la grandeza de sus almas, en el desempeño de funciones de conducción de los pueblos.

No todos recuerdan a Schuman, el Prémier francés que fue capaz de superar, con Adenauer, la enemistad más que secular de dos pueblos para iniciar el proceso que ha conducido hasta la colaboración unificada de Europa. Ambos personajes, de profundas convicciones católicas y de vida intachable, condujeron sus pueblos a la verdadera paz, fundada en la reconciliación, y cosecharon los frutos de un progreso incluso material, que algunos calificaron como "milagro alemán". La rectitud de estos conductores de pueblos, les hizo grandes para superar las mezquindades de sus propios conciudadanos, las envidias de otros pueblos, las dificultades materiales de encontrarse sobre las ruinas de países destruidos.

Por los mismos tiempos, transformó Italia la acción de otra gran alma cristiana que se levantó desde el humilde servicio de archivero hasta ser el hombre que enrumbó definitivamente Italia por el camino de la democracia. Einaudi, elevó también a su patria de la postración absoluta en que yacía por los avatares de una guerra perdida dos veces. El país con el partido comunista más numeroso de Europa y víctima de sus atentados terroristas, alcanzó la estabilidad, la reconstrucción y el progreso, gracias a la grandeza moral de Einaudi.

El Rey Balduino de Bélgica, atrajo los corazones de sus conciudadanos de manera inigualable, por la límpida actuación pública y privada; se hizo amar y obedecer por el ejemplo de una conducta intachable, un patriotismo indiscutible y sobre todo por una rectitud moral que le llevó a arriesgar la permanencia en el trono antes que condescender en aprobar leyes injustas que no respetaban la santidad de la vida por nacer.

Dos personajes que imprimieron profunda huella en sus naciones y las salvaron de desastres mayores, fueron Franco y Oliveira Salazar. Ambos merecen justas censuras por indiscutibles excesos totalitarios, pero nadie les puede negar el mérito de haber reconstruido sus pueblos, de haber asegurado la paz durante varias décadas, y de haberles abierto a nuevas esperanzas de progreso, superando peores dictaduras, más inhumanas, destructoras y contrarias al alma de sus naciones, como fueron las tiranías comunistas.

No podemos olvidar a la Dama de Hierro, a la Señora Tatcher, quien logró conducir el pueblo inglés durante varias décadas, superando dificultades sin cuento y venciendo incluso situaciones bélicas indeseables. En la conducta política de esta admirable mujer, puede discutirse el acierto de determinadas medidas de gobierno, pero no cabe atribuirle ningún torcido procedimiento, ninguna importante falta ética.

En tiempos más recientes, destacan las figuran de Walesa en Polonia y Vlaclav Habel en la República Checa: los dos católicos íntegros que fundaron nuevamente sus patrias y las liberaron de la esclavitud comunista, seguidos y coadyu-

vados por sus pueblos casi unánimemente. El primero, un obrero; el otro, un intelectual de altura inusitada (con quince doctorados *honoris causa* y múltiples reconocimientos internacionales de su valía literaria). La firmeza de su actuación rectilínea, dentro de las normas de la moral, llevó al éxito las empresas, al parecer imposibles, de salvar a Polonia y a Checa.

Este breve recorrido por la historia de países distantes, destacando únicamente unos pocos personajes luminosos, no significa que en nuestra América y en nuestra Patria no se hayan destacado otros tantos hombres y mujeres dignos de imitación. Solamente he querido llamar a atención sobre cómo el campo de la política puede producir frutos de grandeza moral muy destacada.

Ni la política ni el derecho están vedados para la actuación de cualquier ciudadano, y como cualquier ciudadano un cristiano puede emular los gloriosos hechos de los personajes que acabo de recordar y de tantos y tantos más, que han sido fieles a sus convicciones y, por eso mismo, los mejores servidores de su respectiva Patria.

A.9. APRECIO DE LA VIDA HUMANA

Una característica muy positiva de la civilización contemporánea consiste en el mayor aprecio de la vida humana, que se expresa en la condenación universal de las guerras, el terrorismo y aún la pena de muerte.

Sin embargo, estos síntomas positivos de un avance de la conciencia moral de la humanidad, no siempre se sustentan en convicciones sólidas y, por esto mismo, se da el contrasentido de que no se respeta toda vida humana, sino que se hacen dolorosas excepciones. Precisamente, lo grave de las desviaciones morales contemporáneas consiste en que no se respeta toda vida humana, por el hecho de serlo, sino, con discriminaciones inaceptables, con excepciones injustificadas.

Se agrava la situación si se considera que las supuestas excepciones perjudican a quienes mayor protección deberían recibir: los no nacidos, los niños, los enfermos, los ancianos, los que pertenecen a razas o pueblos menos desarrollados en la técnica o con menor poder económico, como suelen ser los negros, los indígenas, etc.

Es así como en este siglo XX, de tantos avances y progresos, hemos presenciado las peores manifestaciones del racismo, los planes demenciales de carácter eugenésico del nazismo y del comunismo, los intentos de extinguir pueblos enteros y el auge del aborto por el que mueren cada año más seres humanos que los que pudo matar la última guerra mundial con sus bombas de fósforo y explosiones atómicas.

¿Cómo se pueden compaginar el respeto a la vida humana y el genocidio, el aborto o la eutanasia? Indudablemente, si no se respetan las vidas de los más débiles, de los que no pueden defenderse, de los que se hallan sometidos a todo género de presiones e influencias, de los pobres, etc., en realidad no se respeta ninguna vida, se trata más bien de actitudes egoístas que tienden a defender la propia situación, a seguir disfrutando de una posición dominante en el mundo o en la sociedad.

Desde el momento en que se comienza a establecer distinciones entre unos seres humanos y otros para respetar la vida de unos y no respetar la de otros, pierde consistencia la norma ética que ordena respetar toda vida humana, por el hecho de ser vida humana. Es posible, desde luego, proteger más a quien mayor protección necesita, pero sin excluir a nadie.

Una serie de eufemismos se insinúan actualmente para desvirtuar la rectitud insobornable de la moral: se pretende reemplazar el sentido de la dignidad humana por la "calidad de vida", de modo que un hombre no sería respetable por ser hombre, criatura con alma inmortal, imagen y semejanza de Dios, sino porque consume cierto número de calorías en su alimentación, o ha alcanzado una cierta instrucción, o es capaz de producir riquezas materiales, o simplemente no molesta en exceso en el seno de la familia, no es una carga económica para la mujer, los padres o los hijos. Pobre, muy pobre concepto del hombre es el que se está imponiendo en ciertos ambientes para tratar de justificar esas absurdas excepciones al universal respeto que merece toda vida humana.

Que nunca incurramos a las deplorables situaciones a las que han llegado algunos países que, por lo demás alcanzaron gran desarrollo económico y han descollado en otros aspectos de la cultura, pero que han caído en las graves aberraciones de admitir una serie de crímenes con el fácil expediente de "despenalizarlos". Es una tremenda hipocresía, un engaño que a nadie puede convencer, el de que desaparece el mal cuando una sociedad se conforma con la multiplicación del crimen y termina por no castigarlo. Así no se remedia nada, solamente se precipita más y más por el precipicio de la amoralidad y de la inmoralidad.

La única manera sensata de afianzar el respeto a la vida humana, va por el camino de asentar en firmes convicciones el sentido de la dignidad de la persona humana, por el hecho de ser persona humana, sin aceptar ninguna excepción: porque todos somos hijos de Dios y Él nos ha dado inteligencia y voluntad, nos ha hecho a su imagen y semejanza, no porque somos sanos, ricos o poderosos.

Criterio seguro para interpretar cualquier norma legal ha de ser el de considerar si favorece o no el respeto, la protección debida, la defensa de la vida humana.

A.10. ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho consiste en aprovechar el propio derecho de manera excesiva o irracional, con la sola motivación de causar perjuicio a otros.

Dado que la ley es ordenación de la razón, para el bien común, los derechos que la ley reconoce y garantiza a favor de sus sujetos activos, no se han de considerar ilimitados, sino necesariamente encuadrados en el bien común. El derecho de cada uno ha de contribuir al bien general; y efectivamente esto se consigue siempre que el uso del derecho se realiza en un marco de racionalidad, de sujeción al Derecho Natural.

En cambio, cuando predomina un excesivo individualismo, una persona llega a causar perjuicios a otras o a la comunidad, sin violar la ley, exigiendo desmedidamente su propio derecho; en esto consiste el abuso del derecho.

Las acciones u omisiones del titular de un derecho que, sin traerle ninguna legítima ventaja, sin embargo sí causan daño a otro, se consideran verdaderos abusos del derecho. Por ejemplo, una persona que eleva una pared con el único objetivo de quitar al vecino la luz o la vista, sin que esto le signifique al dueño ninguna ventaja, aunque no suponga una violación de ninguna norma, implica un abuso condenable.

Naturalmente que en esta materia intervienen consideraciones de orden subjetivo, que se han de desarrollar con la debida moderación, para no dejar en un plano relativo los derechos. solamente una vigorosa reflexión inspirada en el Derecho Natural, en la naturaleza misma de las personas, las relaciones y las cosas, puede orientar debidamente lo referente al abuso del derecho.

La doctrina de la responsabilidad extracontractual se ha apoyado en algunos casos en la del **abuso del derecho**; incluso en ciertos casos ha partido de este último concepto.

A.11. ACTO

1. Acto es el hecho voluntario de una persona. Supone ejercicio de la inteligencia y de la voluntad, que son facultades propias del ser humano. De aquí que, en Derecho, se entienda por **acto,** solamente el "acto humano", el imputable a una persona que ha actuado en ejercicio de su libertad, no lo que simplemente sucede a alguien o lo que obra sin conocimiento o voluntad, como cuando una persona está dormida.

En cambio, **hecho** es cuanto sucede; todo lo que acaece en este mundo. Pero solamente los hechos en que el hombre actúa como hombre, con inteligencia y

voluntad, son actos, y solamente estos pueden originar obligaciones por parte del sujeto agente. Sin embargo, aún los simples hechos pueden dar origen a derechos, como el hecho de nacer o de morir, modifican la situación jurídica.

2. **Clasificación.** Los actos pueden ser lícitos o ilícitos, según se ajusten o no a las exigencias de la ley.

También se pueden clasificar los actos como morales o inmorales, según estén o no conformes con la regla moral.

Son **posibles** los realizables, los que no se oponen a las leyes naturales o jurídicas. **Imposibles,** los que contrarían dichas leyes, y entonces serán o natural o jurídicamente imposibles.

Los actos son una fuente importante de las **obligaciones**. Según el artículo 1453, éstas nacen "ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga (acto), como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos", por disposición de la ley o los contratos. Éstos (los contratos), a su vez, son "acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (Art. 1454).

Los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto se designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención", dice el artículo 9. Se entiende que no producen ningún efecto beneficioso para quien contravino la ley, pero pueden producir efectos negativos, de sanción para esa persona, y pueden también dar origen a derechos de otras personas que hayan sido perjudicadas o cuyos bienes hayan sufrido desmedro por tales actos prohibidos.

Acto jurídico es todo acontecimiento, evento, suceso; todo lo que ocurre sea por causas naturales o por acción del hombre, siempre que de ello se siga alguna consecuencia de derecho, como el nacer, modifcarse o extinguirse una relación juridica.

Se entiende por hecho jurídico aquello que sucede, sin distinción de causas; en cambio, se reserva la expresión "acto jurídico", para designar los acontecimientos en que ha intervenido la voluntad libre de la persona para producir un efecto jurídico.

El hecho supone una acción, y en este sentido se opone a la omisión.

A.13. ADMINISTRACIÓN

Concepto y clases.- Conjunto de actos dirigidos a conservar y hacer producir los bienes.

En el Derecho Público, tiene un sentido más amplio: actos de gobierno; cuanto ejecutan las autoridades y organismos del Estado para conseguir el bien común. Por tanto, se distingue una administración de la Función legislativa, otra de la Ejecutiva y de la judicial. Con todo, se reserva el término de **Administración Pública** especialmente a la acción de las autoridades ejecutivas. El **gobierno** se refiere directamente a las potestades públicas con relación a las personas, mientras que la administración, se aplica inmediatamente a los bienes, en vista del servicio a las personas.

En el Derecho Civil, se distingue la administración de los bienes de una persona por ella misma, lo cual corresponde al ejercicio de la capacidad jurídica. Las **personas capaces** administran normalmente sus bienes, pero pueden tener alguna limitación por causas como la insolvencia, la formación de concurso de acreedores o la cesión de bienes. Una persona que puede libremente administrar lo suyo, puede también confiar voluntariamente tal administración a otro, mediante mandato u otros contratos.

Las personas naturales **incapaces**, no pueden administrar por sí mismas, y necesitan el ministerio o representación de otra persona. El **representante legal** administra los bienes de un incapaz, y puede, en ciertos casos dar su aprobación y permiso para que el incapaz relativo (nunca quien sea absolutamente incapaz), asuma alguna parte de la administración.

La administración de las **personas jurídicas** se realiza mediante los organismos señalados por la ley o por los estatutos o decisiones de las mismas personas colectivas. Esos órganos administrativos pueden ser, desde la asamblea de todos los integrantes, o bien consejos, juntas, directorios u otros organismo plurales, o bien, un presidente, director, gerente o administrador personales, individuales a los que se confiere estas funciones.

Las administraciones de bienes que pertenecen a otros, de mayor importancia, tratadas por el Código Civil, son las de los bienes de los **pupilos por parte de los guardadores; de los hijos de familia por parte de los padres; de los bienes de los ausentes, de la herencia yacente o que se reservan al que está por nacer, por parte de curadores de bienes; de la sociedad conyugal por parte de uno o ambos cónyuges, de los bienes comunes; especialmente hereditarios; de las sociedades, y de los fallidos o insolventes.** También hay la administración que una persona capaz confiere a otra por mandato u otros contratos, como los de arrendamiento, comodato, depósito, etc.

Administración de bienes dentro del matrimonio

1. Hay que tener presentes los diversos regímenes de bienes existentes en el mundo y en el Ecuador; en nuestro país, el régimen común y supletorio es el de sociedad conyugal, y nos vamos referir a él, señalando tempestivamente las variaciones propias de otros sistemas. En el régimen común, se distingue la administración ordinaria y la extraordinaria. También hay situaciones de excepción dentro de unos y otros. Finalmente, los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de los hijos, se sujetan a otras reglas.

Toda esta materia ha sufrido profundas reformas, sobre todo a partir de principios del siglo XX. Haremos referencia somera de tales cambios, para exponer sobre todo la situación actual.[14]

2. **Administración ordinaria de la sociedad conyugal.**

La administración de la sociedad conyugal difiere sustancialmente de la de las demás sociedades, así como su naturaleza jurídica es diferente. En las sociedades de negocios la administración corresponde a los socios o a quienes ellos la confíen, mientras que en la sociedad conyugal es la ley quien determina el administrador, y sus atribuciones son también las que la ley señala.

Incluso en los países en los que existen diversos tipos de comunidad (universal, de gananciales, de muebles, etc.), sin embargo, los lineamientos generales de la administración están regulados por la ley y no pueden ser alterados por la voluntad de las partes, ni en las capitulaciones matrimoniales. Con mayor razón, en nuestro sistema que era más rígido, antes de las reformas de 1970, 1989 y 1990. Podemos concluir que las normas sobre la administración de los bienes sociales **son de orden público**, y como tales, se rigen por leyes imperativas.

Hay, sin embargo, dos situaciones sustancialmente distintas: la de régimen normal, en el que la administración correspondía al marido (y desde 1989 al que los cónyuges elijan) y se llama **ordinaria**; y, por otra parte, aquellas situaciones de excepción en que administra el guardador del marido, que puede ser la mujer, o no serlo.

Tanto en la administración ordinaria como en la extraordinaria hay que distinguir las facultades del administrador en cuanto a los bienes de su propio patrimonio, los de la sociedad conyugal y los del otro cónyuge. Aunque desde 1970, ya no administra los bienes propios de la mujer, salvo que ésta le dé poder.

---

[14] Me remito especialmente a mi Derecho Civil del Ecuador, tomos 2 y 6, y al libro "La Mujer en el Derecho Actual", que publiqué en Guayaquil, 1999 sobre las reformas de los años 1988 y 1889.

En la administración ordinaria no hay variación alguna en lo relativo al manejo de los bienes del marido. Ni su capacidad ni su patrimonio se alteran con la sociedad conyugal (esto último, al menos, frente a terceros), por consiguiente, continuará administrando lo suyo con la misma libertad que antes de casarse.

En cuanto a la administración de los bienes sociales, el marido tenía facultades muy amplias; desde luego, más amplias que en la administración de los bienes propios de la mujer que también le correspondía a él.

Desde la vigencia de la Ley 256, del año 1970, el marido ya no administra tres patrimonios sino solamente dos: el propio de él y el de la sociedad conyugal. La mujer, a su vez administra por sí misma sus propios bienes. Las facultades del marido han quedado, pues, disminuidas por dos conceptos: 1. Porque ya no administra los bienes de la mujer, y 2. Porque en la administración de la sociedad conyugal tiene mayores limitaciones que antes.

Concretamente, a partir del 4 de junio de 1970, el marido debe contar con la intervención o el consentimiento expreso de la mujer, no solo para la enajenación o la hipoteca de bienes raíces, sino además, para imponer **cualquier otro gravamen real o derecho real sobre los bienes raíces**, tales como usufructos, usos, derechos de habitación o servidumbre, además, no podrá el marido **arrendar por tiempo mayor de cinco años los predios urbanos, ni por más de ocho años**, los rústicos de la sociedad conyugal. Nótese que esta última prohibición existía antes, con relación a los bienes propios de la mujer, y ahora se aplica a los bienes de la sociedad conyugal; para arrendarlos por un plazo mayor del indicado, se requiere que intervengan ambos cónyuges.

Como **el marido ya no tiene la administración de los bienes propios de la mujer**, no son aplicables a partir del 4 de junio de 1970, las reglas anteriores sobre esto. Lo que se decía sobre el arrendamiento de los inmuebles de la mujer por tiempo mayor de cinco u ocho años, resulta ahora aplicable al arrendamiento de inmuebles de la sociedad conyugal.

Por las reformas de 1989 y 1990, la intervención de ambos cónyuges o su consentimiento, es necesario para **actos de disposición no sólo de inmuebles, sino también de vehículos a motor y acciones o participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad; la falta del consentimiento de uno –si no es reemplazado por el del juez–, produce nulidad relativa del acto o contrato**.

B. BIBLIA. INSTITUCIONES JURÍDICAS EN LA BIBLIA

B.1. LA GUERRA EN LA BIBLIA

La Escritura inspirada no pretende enseñarnos ciencias físicas o naturales, tampoco es un tratado de ciencias humanas, pero los conceptos dominantes en los tiempos en que se escribieron los libros sagrados, afloran constantemente, proporcionándonos datos útiles para poder reconstruir de alguna manera las antiguas culturas.

Muchas veces la Biblia describe fenómenos sociales, de índole familiar, de alcance político local o de relaciones con otros pueblos, con una admirable imparcialidad, sin pretender hacer apología, y ni siquiera juzgar de la moralidad de esos acontecimientos.

Esto sucede con frecuencia, respecto de las guerras; aunque en algunos casos se censura severamente la imprudencia de algunos reyes de Israel, o la insensatez de otros.

No se suele poner el énfasis en lo relativo a la crueldad de los jefes propios o extranjeros. Por ejemplo, los asirios acostumbraban atormentar a los prisioneros, sacarles los ojos, humillarles de mil maneras increíblemente atroces, y todo esto se relata simplemente como hechos normales en aquellos remotos tiempos.

Igualmente, la guerra de exterminio en que emprendieron los hebreos al entrar en la tierra prometida, se acomoda a las costumbres de la época, y aún se describe como la ejecución de un mandato divino que se debía obedecer puntualmente.

Las guerras antiguas, las propias de los siglos comprendidos entre el XV antes de Cristo y el tiempo de su venida, a las que se refiere la Biblia, eran normalmente guerras de exterminio: o se lograba matar a todos los enemigos, o se los hacía esclavos. La única alternativa consistía en parlamentar oportunamente para conseguir, mediante rescate, el perdón de una muerte segura.

Como las armas usuales en el segundo milenio antes de Cristo eran normalmente de piedra o madera, la mortandad en las batallas no debía ser muy grande. El arco y la honda significaban instrumentos de especial poder agresivo, y tampoco éstos causaban muchas bajas.

Con el empleo del hierro, que se difunde aproximadamente hacia el año 1000 a.JC. aumentó notablemente la fuerza exterminadora. La construcción de carros con eje metálico y ruedas provistas de hoces o cuchillos, aseguraban al ocupante una cierta seguridad, rapidez de movimientos y poder agresivo. El negocio de armas se puede decir que inicia su triste carrera con la invención de carro de guerra. En los tiempos de Salomón, llegó a ser un elemento importante de las

relaciones comerciales entre los pueblos que producían carros, como Egipto, y los que domesticaban caballos.

Predominaba, de todas maneras, en aquellos enfrentamientos bélicos, la fortaleza física de los individuos y su valentía o astucia. Por esto solía resultar decisivo el número de guerreros. En la Biblia se pondera la multiplicación de Israel, como una bendición de Dios, fundamentalmente porque se consideraba que en esto residía su poder como pueblo guerrero.

Los episodios de Sansón, David, y otros personajes, hablan del alto aprecio de la fuerza corporal y de la astucia para dominar al adversario. A veces, las estratagemas consistían en hacer aparecer la propia fuerza numérica como muy superior a lo que realmente era, como aparece en los acontecimientos de la toma de Jericó o en la batalla nocturna y sorpresiva de Gedeón contra los amalecitas.

Sin embargo, en los relatos bíblicos, domina otra idea fundamental y decisiva: no son los ingenios, la astucia ni la fuerza, los que triunfan, sino que se imponen los designios del Señor. Normalmente se concibe que Dios da la victoria a quien la merece moralmente, es decir al pueblo que ha permanecido fiel a la ley. Pero, también sanciona los pecados individuales, sobre todo los de los reyes. Por esto, producen un gran desconcierto algunas derrotas de Israel, y se atribuyen a pecados ocultos, cuando no es posible atribuirlas a una situación generalizada de prevaricación.

Cuando las guerras no desembocan en una total derrota del enemigo, o persiste el temor de nuevos enfrentamientos que puedan resultar adversos, se entra en conversaciones de paz, y se solucionan frecuentemente las tensiones mediante el pago de cuantiosos tributos. Este rescate de la paz se pagaba normalmente con metales, sea los preciosos –oro y plata– u otros, de todas maneras muy apreciados, como el bronce y el hierro. Se pagaba también con esclavos o ganados. Más raramente se entregaban ciudades o regiones destinadas al pastoreo o la agricultura.

A veces, el compromiso consistía en tributos temporales o perpetuos, mediante entregas periódicas. El incumplimiento de estas cláusulas encendía nuevas batallas.

Los combates individuales, como alternativa de la guerra, son muy raros, pero no faltan en la Antigüedad, habiendo pasado a la celebridad el desafío de David a Goliat.

Los últimos libros del Antiguo Testamento, sobre todo los de los Macabeos, son prácticamente descriptivos de heroicas luchas del pueblo hebreo por su libertad. En cambio, en el Nuevo Testamento no se relata ninguna guerra, y solamente se

utiliza el concepto de las batallas en un sentido alegórico o comparativo: se plantea la vida como una lucha entre el bien y el mal –sobre todo en el Apocalipsis– y el enemigo no es otro hombre o un pueblo, sino el pecado, el mal o el adversario de la salvación: el Diablo. Especialmente San Pablo acude a la comparación de la vida cristiana con una lid, en la que es coronado el vencedor de las malas pasiones.

A pesar de la crudeza de los enfrentamientos entre los pueblos, no se obscurece en las páginas sagradas, la consideración de que todo hombre o mujer es imagen de Dios y merece respeto. Los sentimientos crueles de las épocas primitivas, se irán suavizando lentamente, a medida que penetren los principios del Evangelio, totalmente inspirados en la caridad, el amor universal a todo prójimo, según la medida del Corazón de Cristo.

B.2. LA LIBERTAD EN LA BIBLIA

En el Antiguo Testamento se contienen numerosas afirmaciones explícitas de la libertad humana, principalmente en los salmos y en los libros sapienciales. Una de las más rotundas declaraciones del libre albedrío se encuentra en el Deuteronomio: Dios se dirige al hombre y le dice: Pongo delante de ti la vida y la muerte, el bien y el mal; escoge.

La historia de múltiples personajes de aquellos remotos tiempos está impregnada del sentido de la libertad. Más aún, se plantea el grave problema de cómo armonizar por una parte la capacidad humana de escoger entre unas acciones y otras, y por otra, el gobierno providencial del mundo. Varios reyes fueron escogidos por Dios, pero no correspondieron a cuanto les pedía y por esto fueron desechados. Toda la historia de Israel refleja también este sentido de la libertad, por el cual el pueblo, haciendo mal uso del don divino, se aparta de los mandatos del Señor y entonces es severamente castigado.

En el Nuevo Testamento se continúa la misma línea de afirmación de la libertad, en teoría y en la práctica, en la aplicación a las vidas. El caso más impresionante es, sin duda, el de Judas, quien siendo escogido directamente por Jesucristo para ser apóstol y santo, terminó con la traición, la desesperación y el suicidio: tuvo toda la gracia para cumplir la voluntad de Dios, pero prefirió seguir sus depravados sentimientos.

La enseñanza de Jesucristo se plantea a lo largo de los evangelios como una invitación a obrar el bien, sin compulsión: cada uno ha de aceptar la propuesta divina, y está en aptitud de desecharla. En las parábolas del Señor campea ese mismo sentido de la libertad por el cual los personajes imaginarios responden según sus disposiciones o se niegan a corresponder a la gracia (por ejemplo la parábola de los talentos, o la del campo con diversas calidades de tierras, etc.)

Cristo afirma la estrecha relación entre libertad y verdad. Se compendia su pensamiento en la conocida frase: "la verdad os hará libres". Efectivamente, el error y el pecado, dañan profundamente la naturaleza humana y la esclavizan, mientras que al liberarse de esos males, el hombre encuentra la verdadera libertad.

San Juan y San Pablo reflexionan sobre las enseñanzas del Hijo de Dios y nos transmiten una verdadera teología de la libertad. Ésta deriva del hecho de la creación del hombre "a imagen y semejanza de Dios". Así como el Señor es infinitamente libre, nosotros, sus criaturas, participamos del precioso don de la libertad, aunque en medida adecuada a nuestra propia limitación.

Como la libertad supone una liberación de la esclavitud del pecado y de Satanás, San Pablo nos la presenta como un don magnífico que nos lo ha ganado Jesucristo, con los méritos infinitos de su vida, pasión y muerte. Es la obra de perfecta liberación.

El hombre, por la gracia que recibe en el bautismo, posee ya el don de la libertad en medida suficiente para obrar el bien y alcanzar la vida eterna, pero se ha de adherir , sin coacción, a la ley de Dios, ha de practicar el bien, movido por la caridad, y así se identifica con Jesucristo, como hermano suyo. Por el contrario, el mal uso de la libertad, lleva al pecado que arruina el destino de salvación al que todos somos llamados.

La estrecha relación entre libertad, verdad y bondad (cumplimiento de la ley de Dios), es ampliamente explicada en las epístolas y se puede descubrir en infinidad de acontecimientos relatados en el Nuevo Testamento. Es todo un cántico a la libertad.

No hemos de buscar, en cambio, en las páginas sagradas, una teoría política o una aplicación de la libertad a las instituciones de un tiempo determinado. El trabajo de impregnar de sentido cristiano a todas las estructuras sociales, políticas, etc., corresponde a los cristianos –precisamente haciendo uso de su libertad– y se desarrolla a lo largo del tiempo. Un caso muy notable es el de Pablo, quien en su carta a Filemón intercede a favor de Onésimo, un esclavo fugitivo, al que quiere el gran Apóstol que su amo lo reciba y lo trate como a un hermano, como le trataría a Pablo, más aún, como debía tratar el mismo Jesucristo. No hace ninguna disquisición sobre la injusticia horrenda de la esclavitud, pero sí señala el trato lleno de caridad, de delicado cariño, que un cristiano ha de tener incluso con quienes se encontraban sometidos al inhumano yugo.

B.3. BIBLIA: LEY ANTIGUA Y NUEVA LEY

Dentro de la gran renovación ("recapitulación", la llama San Pablo) efectuada por el Mesías, ocupa un lugar importante la transformación de la Antigua Ley: allí se manifiesta uno de los atributos divino, en este cambio de la Ley. Varias veces Jesús proclama: "se os dijo...pero yo os digo": actúa con el soberano dominio que tiene como Señor del universo.

En ambos testamentos, la Ley aparece claramente como obra divina: el pensamiento mismo, la bondad de Dios, lo que dimana de la naturaleza divina. Esa Ley Eterna se concreta de alguna manera con la creación: al dar el Señor una determinada esencia a cada criatura, establece cómo deben comportarse y allí está la Ley Natural, como inserta en su ser.

Los mandatos concretos dados por el Señor en el Paraíso, más tarde a Noé, después a Abraham y finalmente a Moisés, son expresiones positivas de la Ley Eterna, y se comunican a los hombres paulatinamente, en un proceso de perfeccionamiento sellado con la intervención suprema del Hijo de Dios. Queda, sin embargo, un amplio campo para la iniciativa y responsabilidad humana, de suerte que, a través de las diversas culturas se plasman los preceptos positivos humanos, que deben subordinarse a la Ley Natural, pero pueden adoptar muy variadas formas y especificaciones.

Se pueden considerar varios aspectos en el perfeccionamiento de la Ley. Uno de ellos consiste en deslindar lo que propiamente corresponde al plan de salvación, lo religioso y moral, de aquello que corresponde más precisamente al ámbito jurídico del bien común temporal. La famosa sentencia de "dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios", fundamenta la delicada distinción de las dos esferas de lo temporal y lo eterno.

En la época anterior a Cristo, se acentúa el carácter de "Alianza": la ley aparece como fruto de un pacto sagrado, de iniciativa divina, y sellado con la sangre de un sacrificio de animales mediante el cual el hombre se somete hasta la muerte para cumplir los preceptos recibidos. En el Nuevo Testamento hay también una Alianza, que es definitiva, eterna, y se garantiza con la ofrenda que Jesús hizo voluntariamente de su vida, como máxima expresión de amor: ya no habrá otros sacrificios. Se suprimieron los sacrificios antiguos y quedó, con permanencia definitiva y con la posibilidad de volverlo a presentar a Dios (en la Misa), el único sacrificio de valor infinito: el de la obediencia de Cristo hasta la muerte de Cruz.

Los antiguos procuraron simplificar la ley, en la que se habían acumulado preceptos divinos y humanos. Generalmente coincidían en dar la máxima importancia a uno de ellos, aunque discutían los doctores de Israel si ese mandamien-

to supremo era el de guardar el Sábado, o el de celebrar la Pascua. Jesucristo no da tanta importancia al aspecto ritual, cuanto a la conducta personal con miras a una estrecha relación con Dios y con el prójimo.

La responsabilidad en el cumplimiento o incumplimiento de la Ley, es mirada de forma totalmente nueva, con las enseñanzas del Mesías. En el Antiguo Testamento casi exclusivamente se realza la imputación de los actos al pueblo y la retribución de la Justicia divina se dirige a todo Israel, más que a personas precisas. Ciertamente el profeta Ezequiel recibió una notable iluminación en orden a afirmar la responsabilidad de cada sujeto individual, pero fue Cristo quien proclamó definitivamente que cada uno será juzgado por sus propias obras y sus omisiones.

La "interiorización" de la Ley constituye otro de los avances admirables propios de la acción mesiánica. Ya no se tendrán en cuenta solamente los actos exteriores, y el hombre ha de cuidar su propio "corazón", sus intenciones, pensamientos, deseos y sentimientos. Jesús señala que del corazón surgen los buenos y malos actos, lo que santifica y lo que degrada y envilece a la criatura.

La motivación última de la conducta humana fue profundamente inmutada: en la Ley Antigua predomina el "temor de Dios", calificado como principio de la sabiduría; mientras que Jesús nos invita a la máxima sabiduría consistente en la caridad, en el amor perfecto a Dios y al prójimo. A través de esta vivencia de la caridad, el hombre se une y hasta se identifica con Cristo, para ser capaz del amor a Dios "sobre todas las cosas", y el "amor al prójimo", como el mismo Jesús nos amó, hasta entregar voluntariamente su vida.

Las consecuencias de este nuevo centro de gravedad de la Ley, son incalculables. San Pablo contempla esta obra de Cristo como la conquista de la "libertad y la gloria de los hijos de Dios": ya no somos esclavos, para obedecer la Ley por temor, sino hijos que sirven al Padre por amor.

El mismo Apóstol recordaba las enseñanzas de Jesús y advertía que la libertad ha de ser usada con responsabilidad, para no terminar siendo "esclavos de la carne", es decir, de los deseos desordenados. La sublime libertad del cristiano va pareja con un arraigado sentido de responsabilidad.

La Ley Antigua se consideraba entre los hebreos, como un patrimonio nacional y exclusivo; pero Jesucristo proclamó la Nueva Ley como vínculo universal, destinado a llevar a todos los hombres a la salvación, superando cualquier distinción de lenguas, razas o naciones. El universalismo reemplazó al particularismo.

La Ley del Antiguo Testamento no bastaba para redimir al hombre, no contenía los medios salvíficos que solamente Cristo, el Hombre-Dios, podía proporcionar, y efectivamente nos dejó los auxilios adecuados para llegar a ser el "hombre nuevo", el hijo de Dios con destino trascendente, eterno. Jesús, ante todo, nos da la "vida eterna", y los medios para alcanzarla, entre los que figuran en primer lugar los sacramentos de salvación.

B.4. BIBLIA: LA PERSONA HUMANA

Cuanto aprecia y desprecia una persona, revelan su formación, su cultura, lo más hondo de su modo de ser. De manera parecida, lo apreciado y despreciado generalmente por una sociedad manifiesta lo que ella es y si se encuentra en crecimiento, en apogeo o en decadencia.

Sobre todo resulta reveladora la actitud ante Dios, ante el hombre y ante la naturaleza. Bien sabemos que la cultura clásica greco-romana, aunque alcanzó metas sublimes en el campo del arte y de la filosofía, ni logró superar el temor a la fatalidad, ni conquistó una verdadera libertad, ni explicó adecuadamente la dignidad de la persona, llegando más bien hasta el hondo abismo de la esclavitud, justificada con falsos razonamientos de grandes inteligencias como las de Aristóteles, Sócrates o Platón.

El cristianismo, sin pretender establecer un sistema filosófico o fundar una nueva cultura, abrió el horizonte para inusitados progresos humanos, al afirmar la luminosa verdad de la existencia de un único Dios, creador y gobernador del universo, que retribuye a cada uno según sus obras. Ya no quedaba campo para las leyes arbitrarias de los tiranos, ni para la imposición arbitraria por la fuerza.

La visión cristiana del hombre, aportó el concepto sublime de la persona humana, como imagen y semejanza de Dios, como hijo de Dios, para quien han sido hechas todas las cosas. Éstas son para servicio del hombre, y no el hombre para estar sometido a las cosas.

El sentido de la libertad de la persona humana, es la más decisiva conquista en el plano de las ideas fecundas: los desarrollos más admirables de esta idea-fuerza, se realizaron sobre todo durante la Edad Media, y sólo esto bastaría para rectificar viejos prejuicios contra ese período de la historia tan mal comprendido y tan maltratado por algunos.

Finalmente, el aprecio de la naturaleza, como criatura de Dios, como obra buena de un Creador infinitamente sabio y bondadoso, ha servido de base para las grandes aventuras de la investigación de las ciencias y de la técnica. Quedaron también atrás los prejuicios absurdos de los gnósticos, de los maniqueos y de los seguidores de Okham.

Desgraciadamente, la mal llamada "reforma" protestante, recayó en los prejuicios contra la razón y contra la materia (Lutero llamaba con dura palabra a la razón: "prostituta"), y dividió la cultura de Occidente al pretender una imagen de Dios totalmente distante del mundo; un hombre incapaz de realizar obras realmente libres y meritorias para la vida eterna; y una naturaleza corrompida de tal manera por el pecado, que solamente permite una visión negativa y pesimista del mundo.

Muchas de las desviaciones del pensamiento cristiano, producto de la rebelión protestante, han tomado cuerpo en el mundo contemporáneo. Predomina en muchos ambientes el agnosticismo frente a Dios, el desconocimiento de la libertad, la desconfianza en la razón natural, el relativismo para cubrir la falta de toda convicción y un concepto de la naturaleza como simple "fuente de recursos".

Parecería que la cultura contemporánea lo que realmente aprecia es la producción: el aumento indefinido de riquezas, de comodidades, de bienes económicos, aunque no progrese la cultura, ni mejore el hombre ni se plantee siquiera una relación con Dios, su Padre.

Lo que está sucediendo es realmente alarmante. Se lee en la prensa que China ha logrado disminuir en 300 millones su crecimiento anual de población: esto se señala como un logro formidable: eliminar 300 millones de posibles criaturas racionales; esto puede aumentar el bienestar y basta. Otro dato horroroso: en España existen unos 40.000 embriones congelados (producto de la fecundación artificial a cualquier precio), y se discute qué hacer con esas vidas incipientes. Agreguemos que se calculan en 40 o más millones los abortos provocados cada año en el mundo: los innumerables crímenes de padres y madres de familia. ¿Qué aprecia el hombre de hoy? Ciertamente, no parece que sea la vida humana. Sí ponen algunos el grito en el cielo cuando se condena a muerte a un criminal recalcitrante, pero no se conduelen de los miles de víctimas del aborto o de otros crímenes, ni por las condiciones de extrema miseria que se quiere cubrir con el manto de "aumentar la producción".

Parece, pues, urgente, volver al aprecio de los auténticos valores cristianos: si no rehacemos la sociedad sobre la base sólida del temor y el amor de Dios, sobre el aprecio de la persona humana con su razón y su libertad, de la naturaleza como criatura de Dios al servicio del hombre, nos encaminamos a una decadencia general, a una descomposición social profundísima. Peor que la bomba atómica es el desprecio sistemático de la vida humana y el afán insaciable de crear riquezas.

B.5. BIBLIA: EL TRABAJO

La realidad que funda relaciones humanas y aparece como la primera en la Biblia, es el trabajo. Nada menos que el Génesis en su inicio (1,14), proclama el fin natural del hombre: éste ha sido creado "para que trabajara".

A este dato importantísimo del Libro sagrado, se suma el que allí mismo se declara que Dios "hizo al hombre a su imagen y semejanza", lo que siempre se ha entendido referido al alma espiritual, ya que el Señor es puro espíritu. Las facultades de conocer, retener en la memoria y decidir con la voluntad, son la base de la libertad humana y de su múltiple aptitud para "cultivar y guardar" el Paraíso en el que fue colocado: es decir, que desde el principio, el hombre tuvo un cometido natural, un objetivo natural para su existencia feliz.

Todo el relato de la creación, además, se presenta en el Génesis como un conjunto ordenado de obras divinas, repartidas armónicamente en unos esquemas temporales poéticamente llamados "días", al cabo de los cuales, el Creador "descansó". La sustancial enseñanza de la Escritura consiste aquí, en señalar al hombre el ritmo del trabajo y el descanso, como el medio para imitar a su mismo Padre Dios.

El trabajo, por tanto, es una realidad sublime, existente antes de que se introduzca el desorden y el dolor en el mundo, por el mal uso de la libertad, por el pecado de la humanidad, representada entonces por su cabeza, Adán.

Después de la caída voluntaria, que hirió profundamente la naturaleza, sin destruir su condición de "buena", las consecuencias de la desobediencia al plan divino, se hicieron sentir en todos los órdenes de la vida y también el trabajo sufrió un pérdida de la inicial armonía, convirtiéndose así –por sentencia de Dios– en fuente de cansancio, dolor y muerte, al mismo tiempo que conservó su categoría de actividad esencialmente buena, reflejo del obrar divino.

El trabajo humano se describe ingenuamente, para una comprensión universal, sencilla y sin pretensiones científicas, como labrantío de los campos y apacentamiento de rebaños. A nadie se le oculta que la agricultura y la ganadería fueron invenciones de una humanidad muy lejana de sus inicios, fruto de una larga evolución desde la simple recolección de frutos, la pesca y la cacería, hasta superar el nomadismo y llegar a un género de vida semiestable. Pero estas páginas de la Biblia, probablemente redactadas definitivamente en tiempos de Salomón, unos mil años antes de Cristo, reflejan el pensamiento generalizado en la antigüedad, de que la agricultura y la ganadería eran las ocupaciones fundamentales del hombre, los menesteres más naturales y nobles.

También en los primeros capítulos del Génesis se atribuye a legendarios personajes la invención de la fundición de los metales, las obras de "construcción de ciudades" y la invención de la música con sus consiguientes instrumentos musicales. He aquí, pues, un cuadro bastante completo de las ocupaciones humanas de los tiempos antiguos. Desgraciadamente esa misma naturaleza humana herida por el pecado original, inclinó a nuestra raza a otra ocupación, que ocupará la mayor parte del tiempo y las energías, la de luchar contra los hermanos para someterlos, arrebatar sus bienes, esclavizarlos o constituirlos en pedestal de supuestas grandezas imperiales; las guerras, que no hemos sido capaces de erradicar durante muchos milenios de historia.

Refiriéndose a un período mucho más avanzado, contemporáneo a Moisés (unos mil doscientos años antes de Jesucristo), se describen en el libro del Éxodo las labores de los alfareros, talladores de piedra, tejedores, ebanistas, fundidores de estatuas, decoradores de la madera o la piedra, joyeros y otros oficios semejantes, todos los cuales sirven principalmente para construir y adornar el templo ambulante: el tabernáculo fabricado con pieles y telas, con estructura de madera y destinado a conservar el Arca de la Alianza.

Unos tres siglos más tarde, David hará acopio de materiales: mármoles, piedras, hierro, bronce, oro, plata, maderas finas del Líbano, etc. para que su sucesor Salomón, pueda construir el Templo, orgullo del pueblo elegido y una de las maravillas del mundo.

Pero toda esta variedad de ocupaciones, a las que habría que sumar las desempeñadas por reducido grupo de personas, consistentes en la lectura y escritura o las labores de gobierno y el servicio del culto, conservan las características originales: son despliegue de las facultades humanas, a imagen y semejanza de Dios; destinadas servir a Dios y conservar y perfeccionar la vida humana.

El trabajo, desde un principio fundamenta las relaciones humanas elementales y tiende a las más perfectas: las que unen al hombre con Dios y colocan a los hombres en un plano de colaboración y solidaridad. El bien y el mal, se viven en el trabajo y éste acerca o aleja del Creador, según sea cumplido ordenada y razonablemente o, por el contrario, se degrade por el pecado, hasta el extremo máximo de llevar a la esclavitud, la peor de todas las instituciones humanas, o mejor dicho: inhumanas.

B.6. BIBLIA: El TRABAJO EN EL NUEVO TESTAMENTO

Ya en el Antiguo Testamento se encuentran los fundamentos suficientes para establecer un elevado concepto del trabajo: la creación del hombre "a imagen y semejanza de Dios", su destino natural de "conservar y cultivar" el Paraíso, el sentido redentor dado al esfuerzo humano después el pecado ("comerás con el

sudor de tu frente"), y los ejemplos admirables de hombres y mujeres que gastaron su vida como un homenaje al Señor, mediante su trabajo.

Sin embargo, todavía en tiempos de Jesús, se hallaban generalizados algunos prejuicios, como el de considerar que un artesano o trabajador manual nada tenía que enseñar a quienes dedicaban su existencia a estudiar la Ley. De allí que aflora en los evangelios la sorpresa de los contemporáneos de Cristo: ¿No es este el artesano? ¿No es el hijo del carpintero? ¿De dónde saca esta sabiduría?

El hecho de haber dedicado toda su vida al trabajo, constituyó una gran lección que nos dió el Mesías: realmente Él "comenzó a hacer y a enseñar", nos instruyó primero con el ejemplo y después con sus palabras llenas de sabiduría. No desdeñó gastar treinta años en aprender un oficio, en servir como aprendiz primero, y después como maestro de taller artesanal. Tampoco le pareció desmedido el esfuerzo por ir de una ciudad o aldea a otra, buscando como Buen Pastor, a quienes orientar con su palabra salvadora.

En la vida pública, contemplamos a Jesús "cansado por el camino", y dormido pesadamente en la agitada navichuela de Pedro, sin que ni siquiera la tempestad le despierte... Es un trabajador hasta el agotamiento.

En lo alto de la Cruz, sigue laborando Cristo: instruyendo al universo de todos los tiempos, rezando, con fatigoso trabajo, en medio de su agonía, para remediar los males del mundo. Así llegó hasta poder decir: "todo está acabado", había completado su obrar humano.

A los Apóstoles les dejó una tarea sobrehumana: convertir al mundo entero, ¡nada menos! Y tendrían que realizarlo con un esfuerzo personal: yendo al mundo, recorriendo nuestros mismos caminos.

Pablo, de quien conocemos más detalles de cómo cumplió el mandato del Señor, se gloriaba de haberse mantenido con el trabajo de sus manos: era tejedor de lonas, de tiendas de campaña. Buscó la compañía de otros de su mismo oficio, como Aquila y Priscila; compartió con ellos habitación y taller.

Frecuentemente se refirió Cristo en sus enseñanzas trascendentes, a oficios y trabajos humildes de esta tierra: labradores y pescadores, mujeres que amasan el pan, remendones de vestidos y de odres... y tantos otros que sirvieron de imagen para transmitirnos una sabiduría que no envejecerá jamás.

Lo mismo sucede con las enseñanzas de los apóstoles, que aparecen en el Libro de los Hechos, en sus epístolas o en el Apocalipsis, en todos estos escritos inspirados, aparece el trabajo humano como una realidad noble, amada por Dios, y que debe ser asumida con un sentido sagrado por parte del hombre.

Muchos no entendieron estas cosas a lo largo de los siglos, incluso creyéndose buenos cristianos, fueron necesarios los "despertadores", enviados por la Providencia, como un Benito de Nurcia con su lema "Ora et labora"; Francisco de Asís que se tomó materialmente en serio la indicación de "reconstruir la Iglesia", dedicándose a unir molones con barro para restaurar la capilla de San Damián; o Francisco de Sales que escribió iluminadas páginas sobre el trabajo humano; o, en nuestros días, San Josemaría Escrivá, que consideró como el "quicio", el eje, de la búsqueda de la santidad en medio del mundo, el trabajo impregnado de amor de Dios. Él enseñó fundamentalmente a "santificar el trabajo, santificarse con el trabajo y santificar con el trabajo", con la plena convicción de no decir otra cosa que lo contenido en el Evangelio: "doctrina nueva como el Evangelio y como el Evangelio, nueva".

En definitiva, el sentido cristiano del trabajo, se halla en las antípodas del criterio mercantilista que se extiende ahora por el mundo. El trabajo da al hombre la dimensión de su propia dignidad, le asemeja a Dios y le acerca a su Creador. Desde el momento en que Cristo santificó el trabajo, viviéndolo con perfección hasta en los mínimos detalles, nos dejó abierta la ruta de la salvación, que los grandes santos han recordado nuevamente a la humanidad y que a todos nos corresponde recorrer sencilla y humildemente.

B.7. BIBLIA: EL TRABAJO FEMENINO

Me referiré ahora solamente al Antiguo Testamento, dejando para el siguiente punto lo referente al Nuevo Testamento.

En la Biblia, antes de la venida de Cristo, Él es el gran protagonista, aunque no había venido aún a nuestro mundo, es el Esperado, al que todo se refiere de una u otra manera. Por esta razón, no nos ha de extrañar que el Antiguo Testamento hable casi exclusivamente de los varones y sólo excepcionalmente de la mujer. Muchas de las disposiciones religiosas y morales, sin embargo, se extienden a los dos componentes del linaje humano.

Así, la ley primitiva y fundamental de trabajar vale por igual para Adán que para Eva y todos sus descendientes. Pero las referencias directas sobre los diversos trabajos, se circunscriben casi siempre a los del varón.

Con todo, el libro de los Proverbios y la Sabiduría mencionan a la "mujer fuerte", para designar a la mujer ideal: sobresaliente más que por su belleza, por la

habilidad para muchas tareas, no sólo las domésticas, sino también las del mercader. Ella, teje, hace objetos de cuero y los vende, acumula riquezas y mantiene la casa en perfecto orden de modo que redunda en gloria de su marido.

Sara, la mujer de Abraham cumple las indicaciones de su marido de cocinar unas tortas con las que pretende agasajar a los tres misteriosos viajeros, vistos por la Tradición como una remota manifestación de la Trinidad Santísima.

También Rebeca es experta en las tareas de cocina y es capaz de guisar una res menor de forma tal que lleva a engaño a Isaac, quien pensará que es una presa de cacería de su hijo Esaú, siendo así que no era más que un cabrito del rebaño de Jacob.

En el libro de Tobías encontramos a la mujer que vende sus artesanías de lana y de lino, y recibe en permuta un cabrito, suscitando la sospecha de su marido de que ese animalito puede ser robado.

Ruth, en su extremada pobreza, se dedica a espigar lo que queda en los campos de Booz, después de que los trabajadores enviados por su patrono han realizado su labor de recolección. Este trabajo marginal, le abre las puertas para la comprensión, la admiración y finalmente el amor del dueño del campo, y llegará así a ser su mujer y una de las antecesoras del Mesías.

También en el libro de los Reyes, se describe las habilidades de una mujer concreta, Abigail, que no solamente ordena a la servidumbre, acumula provisiones y quizá elabora algunas de ellas (las tortas de higos secos), sino que con ese caudal realiza una gestión que podríamos llamar "diplomática", logrando convertir las amenazas bélicas de David, en una actitud de benevolencia para su pueblo.

Bethsabé actuó con mucha sagacidad en una auténtica intriga de palacio, para asegurar el trono de su hijo Salomón. En forma parecida se desenvuelve en la corte del Rey persa Esther y consigue la salvación de su pueblo, frente a los planes genocidas de Amán.

Judith realiza una hazaña de carácter bélico, cortando la cabeza al poderoso Holofernes, de forma parecida a cómo Dalila logra vencer la fuerza sobrehumana de Sansón. Pero estas incursiones en el campo rigurosamente masculino de la guerra, son totalmente excepcionales, de carácter sobrenatural, y se presentan con un propósito profético relacionado con el Mesías prometido.

La profecía es también propia de varones, pero hay por lo menos dos figuras femeninas en este campo: Débora y Jaél, además de otras más obscuras de las que poco o nada nos narran los libros sagrados.

En resumen, los personajes femeninos del Antiguo Testamento, solamente se mueven en el escenario de las labores domésticas, incursionando muy excepcionalmente en algunos trabajos propios de varones.

Desde luego, la prostitución no es un trabajo, no constituye una labor digna de nadie, sino que envilece a quien la practica; y, si bien se tolera en la antigüedad, como también ahora, en ningún momento se aprecia en la Biblia como un trabajo, propio de los hijos e hijas de Dios. Rabat, la ramera que se salvó con toda su casa, fue perdonada por la caridad que ejercitó con los exploradores enviados por Josué, pero su conducta habitual no se alaba de ninguna manera.

La guerra y el gobierno son casi exclusivos de los varones. Las actuación de Romelia o de Jezabel, aparecen como evidentes suplantaciones y terminan mal.

Todo este panorama, como veremos, cambia sustancialmente con la venida de Cristo y su actuación y enseñanzas.

B.8. BIBLIA: LA FAMILIA

Quien lee atentamente la Sagrada Escritura apreciará la evolución muy lenta desde los orígenes hasta la llegada del Mesías: son milenios, tal vez miles de siglos, y se conservan las características fundamentales. En cambio, los dos o tres años de la predicación del Hijo de Dios bastaron para producir una transformación profunda, tal que solamente a lo largo de dos milenios se ha logrado asimilar.

Jesucristo, sin embargo, no se propuso directamente cambiar la estructura de la sociedad, si bien al enseñar con el ejemplo y la palabra, las virtudes que cimientan la convivencia, sentó el fundamento para una renovación trascendental. No interesaron las formas accidentales –y éstas admiten una gran variedad–, sino lo esencial: el espíritu que desde entonces en adelante debía informar la familia. La caridad, el amor, se colocó en el centro y en la cumbre de la vida, sustituyendo otros valores menos elevados, como el interés, la seguridad, etc.

La familia antigua, en su aspecto formal, se caracterizó por la preeminencia extraordinaria de la autoridad del padre y por la extensión de los vínculos domésticos. La familia patriarcal abarcaba varias generaciones y se consideraban más o menos iguales los diversos parentescos; de allí el frecuente uso de la palabra "hermano" para designar lo que nosotros distinguimos como tales hermanos, los primos, los sobrinos, tíos, los hijos, nietos, etc. En el lenguaje

hebreo, como en muchos otros de la Antigüedad, ni siquiera existen términos especiales para estas relaciones específicas.

En cambio, se vivía un hondo sentido de solidaridad entre todos los integrantes de la familia, de modo que los agravios hechos a uno de sus miembros, se sentían como ofensa al común. Aún a través de las diversas generaciones, se mantiene el espíritu de pertenencia a un mismo tronco. Hay expresiones muy reveladoras al respecto, como la referente a la muerte, que se la llama "ir donde los antepasados", o "reunirse con su pueblo".

Se procura conservar la unidad de la familia a lo largo del tiempo, guardando celosamente el recuerdo de los principales antecesores, para establecer así genealogías, que, aunque no tengan un carácter científico y de exactitud histórica, reflejan la aspiración a mantener los vínculos familiares. De Jesucristo, se da en los Evangelios, dos genealogías, en las que se pretende demostrar sobre todo su ancestro mesiánico: es el "Hijo de David" (que vivió unos mil años antes de Cristo), se le llama "hijo de Abraham" (y este antepasado vivió unos 1200 o 1500 años antes), finalmente, se le titula "hijo de Adán", para acentuar que es nuestro hermano, de nuestra misma raza humana. Otros personajes que forman las cadenas de sucesores son más o menos importantes, algunos poco menos que desconocidos, pero en ningún momento se pretende nombrar a todos.

La solidaridad de las generaciones a través del tiempo, tenía mucho que ver con la conservación de la propiedad dentro de la misma familia, del clan o de la tribu. Para este efecto tuvo enorme importancia la institución del jubileo, de la que trataré en otro artículo.

También se manifiesta el interés de los israelitas en la conservación del vínculo con los antepasados, en el hecho histórico, del regreso de la deportación babilónica, cuando en el siglo VI antes de Cristo, cada uno pretende demostrar su genealogía, también para recuperar sus tierras.

El mantenimiento de la unidad familiar se lograba principalmente a través de la institución de la primogenitura. No se trataba tanto de establecer quién era el hijo mayor, sino de asegurar que el designado por el patriarca, le sucedería en su autoridad, en la continuidad de la familia. A veces el "primogénito", no fue el primer nacido, como en el caso importante de Jacob, quien suplantó a su hermano mayor Esaú. Otras veces, en la Biblia, hay una intervención divina para seleccionar de entre varios hermanos a uno de los menores, como sucedió con Saúl y sobre todo, con David. Se acentúa así, que es la voluntad de Dios la que escoge libremente al sucesor. Cuando no se dan esas intervenciones divinas extraordinarias, es el patriarca quien designa al primogénito y lo constituye como tal mediante una especial bendición.

Aquí aparece la otra característica, íntimamente vinculada con la primera: es la enorme autoridad del jefe del hogar. Prácticamente en él se concentran todas las atribuciones y poderes, de culto, de orden político y civil. El Patriarca es el dueño de los rebaños, y –llegada la etapa del sedentarismo– de las tierras; él decide sobre el matrimonio de los descendientes de uno y otro sexo; él hace justicia y puede imponer hasta la pena de muerte a sus propios hijos. Ciertos derechos que aparecen en tal o cual caso asignados a otras personas, son propiamente concesiones del patriarca y en la medida en que él los otorgaba; así por ejemplo, consta que Sara, la mujer de Abraham tenía una esclava, por disposición de su marido. Necesariamente tales derechos debían tener un carácter precario.

Con la sola historia de los patriarcas Abraham, Isaac y Jacob, relatada en el Génesis, se puede reconstruir estas características salientes de la familia hebrea primitiva: Abraham ejercita su derecho patriarcal cuando está dispuesto a sacrificar a su hijo; Isaac ordena al mayordomo buscar una mujer para su primogénito, escogiéndola de entre los parientes que viven en la lejana Babilonia, para su primogénito; Jacob debe aceptar a desgana un primer matrimonio con Lía, en la espera de que se le entregue a Rebeca, a la que realmente ama.

El matrimonio que se presenta como ideal, es el endogámico, con personas de la propia parentela, aunque no con parientes demasiado cercanos (incesto); a través de esta práctica, muy común en los pueblos antiguos, se pretende precisamente conservar la unidad familiar a través de los tiempos. De paso, se mantiene también la herencia dentro de la misma familia.

Con la mayor naturalidad, se describe en estas historias la poligamia de los patriarcas, sin aprobarla ni censurarla: simplemente son las costumbres de una época remota, modos de comportarse que serán corregidos por el Mesías, quien da la explicación de que Dios toleró esas desviaciones "por la dureza de los corazones".

Aparecen también en las páginas de la Biblia numerosos casos de adulterios, de incestos y de crímenes contra la misma naturaleza, pero éstos son duramente vituperados y se sancionan, incluso con la pena de muerte, o con la sentencia divina de la destrucción de ciudades enteras, como las tristemente célebres Sodoma y Gomorra.

La finalidad fundamental del matrimonio y de la familia aparece en la páginas del Antiguo Testamento centrada en la procreación: nada tan importante como el dejar una descendencia; de allí que las bendiciones patriarcales sean sobre todo invocaciones a la fecundidad, y en cambio se considera un desdoro y una desgracia el morir sin hijos.

Todas estas características de la familia antigua fueron profundamente purificadas, reformadas y elevadas por el Hijo de Dios.

En el Nuevo Testamento, el matrimonio se basa en el libre consentimiento, adquiere su perfecta indisolubilidad, (eliminado el divorcio o repudio), ha de ser exclusivo (excluyendo toda poligamia o poliandria), exige fidelidad hasta la muerte, y coloca a los cónyuges en un plano de igualdad, que permite el verdadero amor conyugal y la ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida. No quedan ya rastros de la endogamia, y ni siquiera se prohíbe el matrimonio de los cristianos con los paganos (San Pablo verá en éstos, una oportunidad para que las mujeres creyentes conviertan a sus maridos incrédulos).

Una transformación de tales dimensiones, exigía proporcionar medios espirituales y sobrenaturales para asumir las nuevas exigencias. Los mismos apóstoles manifestaron a Jesucristo su estupor y la duda de que ideales tan altos fueran realizables: ¿Quién podrá entonces casarse? y ¿Qué ventaja puede traer un matrimonio con tan altas normas?

La Sabiduría infinita estableció por ello un sacramento; el matrimonio fue restablecido en su dignidad primitiva y más aún, elevado a la condición de medio de santificación. Resulta muy significativo el hecho de que Jesús comenzó su vida pública, su gran renovación del mundo, asistiendo a unas bodas y realizando allí, en Caná, el primer milagro, consistente en el admirable cambio del agua en vino, para significar la más profunda conversión del antiguo orden familiar en el nuevo. El "primer signo" del Mesías, fue preludio del último y más sublime sacramento: la Eucaristía, y con la gracia que el Señor concede a través de estos medios, la humanidad está llamada a vivir una perfección que hasta ese momento no se había ni siquiera sospechado.

B.9. CONDICIÓN DE LA MUJER EN EL NUEVO TESTAMENTO

Con naturalidad aceptó el Señor las costumbres de su tiempo y solamente las modificó en la medida necesaria para realizar la obra redentora. La condición muy deprimida de la mujer en el Antiguo Testamento, fue corregida por el Maestro divino, poco a poco, con el ejemplo y la doctrina.

Un grupo de mujeres siguieron a Jesús en sus correrías apostólicas, le atendieron y sirvieron con sus bienes. El Evangelio recoge, en agradecimiento, el nombre de algunas de ellas.

La situación de su Madre fue singularísima: preparada desde la eternidad para tan alta misión, aparece desde el primer momento como la "llena de gracia", quien tiene el máximo favor divino y la comunicación de sus dones. Jesús la

asoció a su acción salvadora de modo excelente, como se manifiesta sobre todo en momento de consumar el sacrificio en la Cruz.

En Betania, el Maestro recibe el homenaje y servicio de Marta y de María y aprueba la conducta de ambas, aunque exalta como superior la actitud contemplativa de la segunda.

Manifestó especial ternura para con mujeres angustiadas por los dolores y obró una resurrección en Naín a favor de la viuda que había perdido al hijo único. En los confines de Tiro y Sidón, confiere las primicias evangelizadoras a una mujer sirofenicia que le rogaba ardientemente por la hija endemoniada.

Perdonó con mayor generosidad que a las grandes pecadoras, a la mujer adúltera, ordenándole "no pecar más" y llenándola de paz.

En las parábolas de Cristo están presentes varias mujeres, como aquella madre de familia que cuida presurosamente sus bienes y busca hasta hallar la moneda perdida.

El "primer signo", el milagro inaugural de la vida pública, lo realizó Jesús a petición de una mujer, su Madre, y a favor de unos novios quienes por igual participaron de esa alegría.

También reservó a una mujer samaritana las primicias de la evangelización de su pueblo; como prefirió aparecerse resucitado a las santas mujeres antes que a los apóstoles.

No escogió Jesús ninguna mujer para integrar el Colegio Apostólico, ni confirió las potestades sagradas del sacerdocio ni siquiera a su Madre bendita; pero sus enseñanzas sobre la caridad, las buenas obras, el testimonio de vida y la conquista del Reino de los Cielos, se dan por igual a los dos géneros.

Las exigencias de la unidad, indisolubilidad y fidelidad al vínculo matrimonial se extienden por igual para el hombre y la mujer, contrariando así una vieja discriminación muy arraigada en Israel, en todo el mundo, y que aún hoy perdura en ciertas mentalidades refractarias al Evangelio.

Jesús hizo el elogio perfecto de sus mejores discípulos, comparándolos con "su Madre y sus hermanos". Aquella alabanza se dirigía de modo eminente a María: nadie ha conservado mejor en su corazón todas sus enseñanzas y jamás se ha visto mayor identificación con la voluntad del Hijo.

Los apóstoles asimilaron debidamente los nuevos conceptos proclamados por Jesucristo y supieron vivirlos: los encontramos esperando Pentecostés, reunidos en torno a María, con otras santas mujeres y otros seguidores.

Pablo reivindicó el derecho de llevar consigo mujeres que le asistían y le ayudaban, y lo hace argumentando que Pedro actúa de igual manera. El Apóstol de las gentes llegará a decir que "ya no hay hombre ni mujer, sino que somos uno en Cristo", proclamando así la igualdad fundamental, aunque ésta tendrá que abrirse campo en el mundo difícilmente, quedando hasta nuestros días rezagos de antiguos prejuicios discriminatorios.

Al mismo tiempo el Apóstol quiere que cada uno ocupe su sitio y cumpla su función. No considera propio de ellas el enseñar en público; en cambio, les anima a convertir a sus maridos paganos, y no sólo a las personas íntimas: Priscila instruirá al célebre predicador Apolo, siguiendo la indicación de Pablo.

Hay una serie de destacadas figuras femeninas en la Iglesia primitiva, como Tabita, resucitada por San Pedro; Lidia, primicia del apostolado en Europa, como lo fue Damaris en Atenas, al escuchar la predicación en el Areópago. Los apóstoles compartieron afanes y servicios con algunas de esas santas, y las epístolas recogen el nombre de algunas de ellas, para quienes se demuestra afecto y gratitud.

En una palabra, la condición de la mujer cambió radicalmente, aunque la penetración de este espíritu en el mundo encontró seria resistencia durante siglos. Aún hoy, perduran en ciertas culturas no cristianas o en ambientes cristianos no bien evangelizados, prejuicios contra la mujer, incompatibles con la constante enseñanza de Jesús, sus discípulos y la Iglesia.

Ésta ha glorificado con la beatificación y canonización a mayor número de mujeres que de varones, reconociendo sus virtudes heroicas, muchos casos de martirio cruento y, siempre, la capacidad de imitar a Jesucristo. A este respecto, San Josemaría Escrivá hacía notar que ningún cristiano ha tenido el alma sacerdotal como la tuvo María; y Juan Pablo II, siguiendo una bien cimentada tradición, exalta a María como superior en la fe, al mismo Padre de los creyentes, Abraham.

En síntesis: el cristianismo ha aportado el sentido de la igualdad esencial de hombre y mujer y su diferencia de funciones; la identidad de espíritu y la variedad de realizaciones concretas de la santidad.

B.10. BIBLIA: LA PROPIEDAD

Resulta difícil formarse una idea cabal, a partir de la Biblia, de cual haya sido la verdadera regulación del derecho de dominio en las épocas más remotas de la humanidad. Hay que tener presente que el Libro sagrado no pretende enseñarnos ciencias, ni las físicas o naturales, ni las humanas o sociales; por otra parte, al describir los autores inspirados el estado de la sociedad, lo hacían según las apariencias comprobables por todos, y trasponiendo al tiempo en que escribían, lo que se suponía haber sucedido en edades anteriores. Todo esto tendrá que ser objeto de profundas y complicadas investigaciones; en un simple artículo, solamente se pueden sintetizar algunas ideas que aparecen con mayor claridad, y esto es lo que aquí pretendo.

Ya en el relato de la creación, recoge el Génesis antiquísimas tradiciones y, con la inspiración sobrenatural, menciona los hechos de carácter sagrado, que más importan para el destino final del hombre. Allí, en esas páginas probablemente escritas solamente unos mil años antes de Cristo, se afirma que Dios da la propiedad del mundo al hombre: junto al mandato de crecer y multiplicarse, se halla la ley del trabajo, mediante el que la criatura hecha a imagen y semejanza del Creador, ha de "dominar todas las cosas".

El rasgo más importante de este relato, consiste en que la propiedad aparece como una concesión divina de la que el hombre debe responder: no es un dominio absoluto y arbitrario, sino que el hombre está llamado a "conservar y cultivar" el Paraíso; los frutos le deben servir para mantenerse, no para atesorar.

Aún por simple lógica, la propiedad inicial debió ser muy poco delimitada. No existiendo un volumen grande de población, sino simples individualidades fuertemente vinculadas por las relaciones familiares, nada se tenía que "defender"; no se requerían límites ni títulos ya que nadie podía disputar este dominio. El hombre inicia primeramente una lucha por dominar la naturaleza, y razonablemente podemos imaginar que el grupo humano primitivo tendría que afrontar tan dura tarea permaneciendo reciamente unido bajo la autoridad patriarcal. Esto se refleja en las primeras páginas de la Biblia.

Las incipientes referencias a una propiedad más concreta, se sitúan en la leyenda de Caín y Abel. Al primero se le atribuye una actividad agrícola y al segundo la ganadera. Ambos trabajos, indudablemente aparecieron miles de años más tarde, pero para el propósito de la enseñanza de índole religiosa, se vale el Autor sagrado de un esquema correspondiente a tiempos muy posteriores (anacronismo). De cualquier manera, también aquí parece descubrirse un indicio de lo que debió ser el objeto de la propiedad más antigua: al desarrollarse la humanidad, las tribus, los clanes, las familias y posiblemente ciertos individuos, de-

fendieron como cosas exclusivas suyas los frutos de sus trabajos agrícolas o ganaderos.

En el período en que el hombre es simple recolector de frutos naturales, para el consumo inmediato, apenas si se puede concebir una forma de propiedad.

La tierra, los campos, inicialmente no interesan: la inmensidad –quizá considerada como infinita– del mundo, no invitaba a posesionarse con exclusividad de ninguna parte de ella. El nomadismo de los comienzos significaba un obstáculo para que surgiera la idea de propiedad sobre la tierra. Cuando los grupos familiares llegan a cierto desarrollo y circunscriben su semi-nomadismo a una región más concreta, entonces comienza un cierto sentido de la propiedad territorial. Abraham deja que su sobrino (al que llama "hermano", según la costumbre bíblica), escoja la región de la derecha o de la izquierda, con referencia al río Jordán; "si tú vas a la derecha, yo iré a la izquierda"... tal vez es la primera delimitación de la tierra en los libros sagrados, y esto se atribuye a un tiempo hacia el siglo XVIII antes de Cristo.

Algo parecido sucede con Esaú y Jacob, cuyos rebaños procuran apacentar en territorios distintos, para evitar las luchas entre los respectivos pastores.

En todo este largo período de gran antigüedad, la propiedad se adquiere fundamentalmente por el trabajo; la ocupación pacífica es el medio legítimo de apropiarse de las cosas, y junto a ella está también la apropiación violenta, por la fuerza; la guerra justifica el reparto del botín, como aparece en la misma historia de Abraham, que se apodera de las pertenencias de los "reyes", es decir, pequeños jeques derrotados. El sentido sagrado de la propiedad se traduce en la ofrenda de los diezmos a favor del sacerdote (Melquisedec) y va cimentando el concepto de la propiedad limitada y responsable.

En la época de los grandes patriarcas, todavía no pretenden ser propietarios exclusivos de la tierra. Más bien Abraham reconoce el dominio de los pueblos que estaban anteriormente asentados en la zona que él utiliza para pastorear sus inmensos rebaños. Cuando muere Sara, ha de mantener difíciles negociaciones y regatear con los cananeos, la compra de un pequeño terreno, el lugar de una cueva, para enterrar allí a su mujer; él se reconoce sin derecho alguno a la tierra.

Durante la estadía del pueblo de Israel en Egipto, tuvo, sin lugar a dudas, que someterse al régimen de los Faraones, a sus leyes. Prácticamente nada poseen los israelitas, fuera de sus vestidos, su alimento diario, y sus rebaños. En cambio, Jacob ha acumulado grandes riquezas y puede comprar con ellas el trigo de los egipcios. Ya al momento de abandonar la tierra de los dominadores, engañan astutamente a sus amigos y relacionados para apoderarse ilegítimamente de los objetos de oro, plata o de algún otro valor. Se justifica este fraude, como una

oculta compensación por los servicios prestados gratuitamente e impuestos por la fuerza de los egipcios.

Los hebreos cuando se apoderan de la tierra prometida, (hacia el siglo XIII a J.C.) actúan como todos los pueblos de la antigüedad: exterminan en la medida de lo posible a los vencidos y se apoderan de todas sus pertenencias. La tierra se reparte, por sorteo, entre las tribus, y probablemente dentro de cada una, se hacen reparticiones familiares. Solamente los descendientes de Leví no reciben campos, porque se han de dedicar al culto, aunque sí se les reservan unas pocas ciudades, en las que pueden tener, tal vez, alguna pequeña propiedad.

Es interesante observar los argumentos de Samuel para tratar de convencer al pueblo sobre la inconveniencia de nombrar un rey: los soberanos –dice–, obligarán a vuestros hijos a servirles como soldados y como mayordomos; harán de vuestras hijas, cocineras, peluqueras y perfumistas; os arrebatarán el oro y la plata...Para el profeta, la monarquía se presentaba como una amenaza contra la libertad personal y contra la propiedad privada, que ya por ese siglo XI antes de Cristo estaba muy difundida. Al regreso de la deportación babilónica (siglo VI a J.C.) cada tribu pretende reivindicar sus antiguas propiedades territoriales.

En las guerras, los pueblos parecen desplazarse en masa, con todas sus cosas a cuestas, de suerte que el botín del vencedor implica el empobrecimiento total del perdedor. El vencido, si no es sacrificado en el campo de batalla o de inmediato, puede alcanzar como una concesión, el sobrevivir en condición de esclavo; así surge esta especie de propiedad absolutamente inhumana y condenable: como un paliativo a otras extremadas crueldades anteriormente practicadas. El pueblo de Israel admitió, por lo menos, la manumisión, y la liberación obligatoria de los esclavos al llegar el año del jubileo.

En las enseñanzas de Jesucristo aparece ya la propiedad privada claramente designada: las costumbres de su tiempo admitían los diversos tipos de propiedad mobiliaria e inmobiliaria. En las parábolas se habla de dueños de campos, de casas, de capitales, de instrumentos de trabajo y de cosas de lujo como las joyas; sobre todos estos objetos se hacen numerosos contratos de venta, permuta, arriendo, depósito, préstamo, etc.

La primitiva Iglesia vive en ese ambiente y continúa esas mismas costumbres. La propiedad privada está plenamente difundida, pero se utiliza con un elevado sentido de solidaridad, de caridad. San Pablo exhorta a que no se tolere que unos padezcan extrema pobreza mientras otros nadan en la abundancia; no quiere privar a éstos de sus bienes, pero sí les pide moderar su codicia y atender a los más necesitados. Se relata en el Libro de los Hechos, el caso de un "varón justo" que vende su campo para destinar el producto a obras de caridad: no es lo corriente, sino un hecho excepcional que se señala como ejemplo para que mu-

chos lo imiten. Es también notable el ejemplo de Tabita o Dorcas, a la que practicaba muchas obras de caridad y los mismos apóstoles promueven colectas para aliviar las necesidades de los pobres. Función primaria de los diáconos fue la de "atender a las mesas", es decir, las obras de misericordia.

Aún esa especie de "propiedad" sobre el esclavo, se tolera en los primeros años de la cristiandad. La Carta a Filemón, es un conmovedor documento de los sentimientos de fraternidad universal, del respeto por la persona humana y del cariño auténtico de Pablo para el esclavo Onésimo, cuya libertad no reivindica; sino que suplica a Filemón que modere el trato dado al siervo, a quien ha de considerar como si fuera el mismo Pablo o Jesucristo.

El sentido cristiano de la propiedad acentúa la responsabilidad de quien posee: ha de dar cuenta ante Dios del buen uso, del empleo caritativo de los bienes materiales. Si no se vive esto, se cae en la avaricia, considerada como "una idolatría", el más grave pecado, que excluye del reino de los cielos. Este es el sentido de la expresión "es más difícil que se salve un rico, que hacer pasar un camello por el ojo de una aguja". La propiedad para el cristiano es un medio y no debe convertirse en el fin último de la vida; el uso de los bienes materiales lleva consigo una carga de responsabilidad.

B.11. BIBLIA: RESURRECCIÓN Y REENCARNACIÓN

La propiedad, los derechos y cosas materiales, se consideran en la Biblia como bienes pasajeros, que no perduran más allá de la muerte; en cambio, la persona propiamente es inmortal. La sobrevivencia después de la muerte también es afirmada en otros pueblos como los hindúes, chinos, árabes y egipcios, pero de modo muy diferente de cómo se presenta en el Libro sagrado de los hebreos.

En la conciencia que no se haya torcido artificiosamente, surge el imperativo de la retribución. La lógica del pensamiento humano exige la recompensa del bien y el castigo del mal comportamiento. Por esta razón han surgido en pueblos primitivos y en muy antiguas religiones, diversas explicaciones, entre ellas, una bastante frecuente, consiste en imaginar que los difuntos pueden cambiar el curso de su existencia, volviendo a vivir, con diversa personalidad y aún reencarnándose en animales.

La revelación bíblica en ningún punto da asidero para esas fantasías. Por el contrario, habla claramente de la responsabilidad intransferible de cada persona, y de la única oportunidad que se nos da de alcanzar el premio eterno mediante el buen uso de la libertad durante el tiempo de la presente vida.

En el Antiguo Testamento el concepto de la retribución –de la justicia según las buenas o malas obras– no está absolutamente definido y, a veces, se disuelve un tanto pasando la responsabilidad individual a unas consecuencias colectivas, de todo el pueblo. En cambio, en el nuevo Testamento, la enseñanza del Hijo de Dios es nítida y no deja lugar a dudas: cuanto haga una persona en la presente vida, tendrá su recompensa de felicidad perfecta y eterna en el Cielo, así como serán castigados con el Infierno, quienes hayan rechazado hasta el último momento la gracia salvadora de Dios.

Jesucristo nos habla de una perfecta proporcionalidad entre el bien realizado y la recompensa que bondadosamente nos dará por toda la eternidad, superando inmensamente los méritos personales. Ni un vaso de agua quedará sin recompensa, según la enseñanza de la Verdad infinita. Las diversas parábolas de los talentos, de las minas, de la semilla, etc., expresan esa correspondencia entre lo hecho y lo que se recibirá en retribución.

También es doctrina clarísima de Cristo, que solamente tenemos la vida presente para ganar o perder la vida eterna. Por esto, nos dice que no le serviría al hombre ganar el mundo entero si pierde su alma.

La promesa de la vida eterna, en el cielo, es constante en la predicación del Verbo encarnado. Él nos ha dejado los medios sobrenaturales para alcanzar esa felicidad perfecta después de la muerte: principalmente la oración, los sacramentos y las buenas obras de caridad, preparan al hombre para participar de aquella vida resucitada y perfecta.

Al manifestar Jesucristo su propia resurrección, con un cuerpo que es el suyo y que mantiene las llagas de la Pasión, nos ha revelado cuál será el estado de los hijos fieles que hayan cumplido la voluntad de Dios, que hayan guardado los mandamientos: tendrán la vida eterna y perfecta como el mismo Cristo.

San Pablo, iluminado por el Espíritu Santo llama a Jesús "Primogénito de los resucitados", y nos enseña cómo si sabemos morir al pecado (arrepentirnos y renunciar a seguir pecando), también podremos resucitar con Cristo.

El mismo Apóstol enseña que "una sola vez moriremos, y después de la muerte, pasaremos por el juicio". La eternidad de la recompensa –Cielo o Infierno–, se inculca en innumerables lugares del Nuevo Testamento, principalmente en las Epístolas de San Pedro, de San Pablo y San Juan. Todo el Apocalipsis está igualmente inspirado en la verdad de la eternidad de las penas y de las recompensas en el más allá.

La Iglesia Católica ha transmitido fielmente esta enseñanza bíblica, y ha condenado los errores de quienes niegan la vida futura o la desvirtúan totalmente, como es el caso de los que creen en la reencarnación. El Catecismo de la Iglesia Católica, con ese fundamento bíblico, declara que un católico no puede aceptar, de ninguna manera, la reencarnación. Este concepto se opone directamente a la resurrección y a toda la escatología o doctrina sobre el más allá de la muerte.

Pero, si un cristiano o cualquier persona de buena voluntad que acepta la autoridad suprema de la Biblia, debe rechazar absolutamente la reencarnación; también la simple razón natural es suficiente para descubrir el error profundo de esa idea de la reencarnación.

Efectivamente, si aceptamos la realidad del hombre como un ser compuesto de cuerpo y alma, no cabe pensar en que el alma pueda pasar de un sujeto a otro, pues no habría identidad personal. Se trataría ya de otro sujeto.

El alma es espiritual, como lo demuestra la sana filosofía y el simple sentido común, ya que el pensamiento abstracto, los sentimientos elevados, las determinaciones libres (que constantemente tomamos) están mostrando la naturaleza no material, inmaterial, espiritual, del alma humana. Siendo espiritual, el alma es simple (no compuesta); y siendo simple es también inmortal (la muerte es división de lo compuesto).

Muerto el hombre, por la separación del cuerpo y el alma, ésta mantiene la identidad precisamente porque está destinada a volverse a unir al mismo cuerpo para volverlo a "animar", a darle vida. En esto consiste la resurrección: el alma volverá a dar vida al mismo cuerpo, para reintegrar el mismo individuo, aunque el cuerpo será profundamente transformado, revistiéndose de cualidades distintas de las actuales: lo que ahora es mortal, será inmortal; lo que es corruptible, se convertirá en incorruptible y tendremos las demás cualidades propias de los resucitados que admirablemente describe San Pablo.

Solamente si se mantiene la personalidad y la identidad de la persona, puede haber verdadera retribución. De otro modo, quien recibiría el premio o el castigo sería "otro", no el mismo sujeto que obró el bien o el mal. Por esto, entre otras razones, es absurda la idea de la reencarnación.

El dogma católico, –que no podemos renunciar sin caer en la herejía–, enseña que cada uno será juzgado según sus obras y recibirá el premio o el castigo eternos, conservando su propia personalidad, aunque pasando el cuerpo (por la muerte y la resurrección) de un estado a otro. Estos cambios accidentales, son posibles en la materia (los vemos constantemente, todos los días), mientras que la sustancia o naturaleza del hombre permanece inmutable, a través de los diversos estados de vida temporal, muerte y vida futura.

B.12. BIBLIA: EL AÑO SABÁTICO HEBREO

El jubileo, tal vez sea la más original de las instituciones bíblicas. En el Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio se regula el año sabático, como una expresión del ideal religioso en sus más altas manifestaciones: se inspira en la imitación que la criatura debe hacer del modo de actuar de Dios: el trabajo y el descanso deben santificar al hombre.

Como si no fuera suficiente el sagrado precepto del descanso semanal, se disponía un año entero de descanso cada siete años: hay seis días para trabajar y uno para descansar, y de manera similar, las tareas –principalmente agrícolas y ganaderas– debían entrar en un reposo restablecedor cada semana de años.

Las consecuencias de esta ley debían incidir profundamente en la vida del pueblo y de cada hijo de Israel. Domina un sentido de provisionalidad y de desprendimiento de lo temporal. Instituciones tan naturales y arraigadas como la propiedad de la tierra, o la permanencia de las obligaciones contractuales, sufren una excepción contundente con el jubileo. De modo muy diverso a cómo concebían los romanos la propiedad –absoluta y permanente–, los hebreos la conciben más como una posesión temporal, precaria; por esto, cuando se vende una finca no se transfiere propiamente el dominio, sino una especie de usufructo, de posesión útil, que no ha de durar sino hasta el próximo jubileo; así la compraventa territorial se parece más a un arriendo o una enfiteusis: se calcula el precio en proporción al número de años que faltan para la restitución del inmueble vendido al anterior propietario. Con este sistema se aseguraba, o se pretendía asegurar, la permanencia de las tierras en la respectiva tribu y familia, sin que importe mucho el derecho personal de cada individuo.

Otra consecuencia, probablemente más grave y difícil de vivir, consistía en la remisión de las deudas: el año jubilar se condonaban. Discuten los intérpretes si este obligatorio perdón se refería al capital o solamente a los intereses, y tal vez, según piensan algunos, solamente a los intereses del tiempo posterior al año jubilar. Sea como fuere, el préstamo de capitales queda sujeto a una notable relatividad y el acreedor no podía llevar sus exigencias hasta el máximo rigor.

Deriva de lo anteriormente dicho, la liberación de los esclavos. La esclavitud entre los israelitas, fue tolerada y aplicada con bastante sentido de humanidad, a diferencia de todos los demás pueblos antiguos que, con extremada dureza, vivían la esclavitud hasta las consecuencias absurdas y crueles de permitir que se diera muerte al esclavo. Los hebreos admitían solamente la esclavitud sobre individuos de otros de pueblos, y muy excepcionalmente con relación a otro judío: cabía que una persona muy pobre "se vendiera", se entregara como esclavo para pagar sus deudas o simplemente para tener con qué subsistir; el amo

estaba obligado a pagarle un salario equivalente a la mitad del normal de un jornalero (lo cual es totalmente desconocido en otros pueblos), y al llegar el tiempo de la liberación, por el jubileo u otra convención, el patrono debe proveer al liberto de lo indispensable para que pueda abrirse campo en la vida independiente; se prevé el caso del que no quiera ser liberado, y entonces se condesciende a que se dé una estabilidad total a su sometimiento, que viene a ser más bien en beneficio del extremadamente pobre.

Estas disposiciones sobre la esclavitud, como algunas relativas a no cobrar intereses a los connacionales, no se cumplían muchas veces, y así aparece en los libros de Esdras y Nehemías, la insistencia en respetar unas normas que probablemente habían caído en desuso. Lo importante es que los libros sagrados señalan el ideal moral, indican el trato humanitario que se debe a toda persona, aunque, por desgracia, no siempre se hayan cumplido esas prescripciones.

En tiempos de Nuestro Señor Jesucristo, parece que estas elevadas disposiciones de la Ley, eran casi desconocidas y solamente las practicaban espíritus muy refinados. Cristo elevó incomparablemente el nivel de exigencia moral, a la vez que lo hizo más practicable: sin entrar en determinaciones minuciosas, sin adherirse a concretas instituciones sociales, políticas o económicas, enseñó el espíritu indispensable con que se han de usar los bienes de la tierra para alcanzar con ellos el Cielo. El hombre ha de tener un gran desprendimiento de todo, sin agobiarse por "qué comer o qué vestir", confiando en la Providencia y considerando la bondad de Dios que, como Padre, cuida de nosotros más que de cualquier flor del campo o que de muchos pajarillos…

El espíritu de desprendimiento, propio del Evangelio, ha de fructificar a lo largo de los siglos en incontables obras de caridad, de beneficencia, de atención a las necesidades del prójimo, incluso con heroico sacrificio de los propios intereses, de la comodidad y aún de lo necesario. Este espíritu infundido por Jesús, ha transformado el mundo, produciendo magníficos frutos de santidad; cuando se olvida o no se vive debidamente, se desvirtúa el cristianismo –por mucho que se alardee de conservar el nombre de cristianos– y, en definitiva se recae en el modo pagano de mirar la vida.

B.13. BIBLIA: PENA DE MUERTE

Aunque la redacción definitiva del Génesis puede corresponder a un época avanzada, tal vez al siglo VI antes de Jesucristo, lo cierto es que recoge antiquísimas tradiciones y pretende darnos un cuadro de los principios de la humanidad.

Pues bien, en el primer libro de la Biblia se habla fundamentalmente de la vida y, por consiguiente, se aborda el problema ineludible de la muerte. Ésta aparece desde las líneas iniciales, con un carácter de "pena", anunciada por Dios como castigo si el hombre desobedeciera a su Voluntad. El orden querido por el Creador se sustenta en el correcto uso de la libertad de la criatura hecha "a su imagen y semejanza", y si el hombre hubiera guardado el mandamiento del Señor, habría participado de la inmortalidad propia de su Padre Dios. No fue así, y el pecado alteró el orden del universo: "por el pecado entró la muerte en el mundo", dice San Pablo. En el relato del Génesis, destaca la sentencia severa de Dios: volverás al polvo del que has sido hecho.

Aparece, pues, claro el concepto de la muerte como castigo divino. Un castigo que se impone a la humanidad entera por el pecado, que es también común a todos los hombres.

Lo más interesante, desde el punto de vista jurídico, consiste en que esta pena es impuesta por Dios directamente; y, dentro del relato bíblico, se aprecia la perfecta correspondencia entre el que da la vida y el que le pone término.

Pronto aparece el crimen, y crimen gravísimo de fratricidio. Sorprende que Caín, reprendido y castigado por Dios, sin embargo, no es condenado a muerte; más aún, el Señor confiere una señal al asesino "para que nadie la haga daño", y promulga un precepto duro y misterioso: quien mate a Caín sufra siete veces lo mismo. Se expresa, probablemente, con un modo habitual de decir, que el fratricida no debe ser condenado a muerte por los hombres. De este modo, se insinúa que en los comienzos de la humanidad no aprobaba Dios la pena de muerte.

Sin embargo, más adelante en el tiempo, la revelación sagrada no solamente permite, sino que ordena la privación de la vida para los que cometan los más graves delitos, entre los que se cuentan sobre todo los contrarios a la religión (como la idolatría), contra la vida humana y contra la castidad (el adulterio de la mujer, la sodomía y otras aberraciones antinaturales).

¿Cómo explicarse esta aparente contradicción? -Bien sabemos que la Biblia no es un libro de ciencias naturales ni humanas, sino un escrito inspirado que nos transmite las verdades sobrenaturales, lo que Dios ha querido comunicarnos en orden a nuestra salvación eterna. Esas verdades inmutables, se relatan con el lenguaje propio de cada tiempo y cultura, sin dogmatizar sobre las costumbres y creencias humanas; a veces, ni siquiera se da un criterio positivo o negativo sobre las cuestiones terrenales.

Con relación a la pena de muerte, lo más probable es que en los tiempos más antiguos haya prevalecido la venganza privada, y que se haya ejercitado de manera colectiva, mediante las violentas reacciones del clan o de la tribu, contra

los grupos sociales a los que pertenecía el agresor. Esa vindicta prácticamente ilimitada, llevaría a extremos atroces, a crueldades y verdaderas guerras; frente a tal situación, la llamada "ley del talión", significa una tasa, una limitación de la venganza privada, las penas han de guardar una estricta proporción con el daño recibido, es lo que se expresa con el aforismo "diente por diente y ojo por ojo."

El cambio radical se produce por la obra redentora del Hijo de Dios: es Él quien da su propia vida, para que todos "tengamos vida en abundancia". Cristo se somete a la muerte, voluntariamente, para liberar a la humanidad entera del temor y del castigo mortal. Carga con la culpa el Santo e Inocente, para "quitar todos los pecados del mundo". Así se expresa el infinito amor de Dios por nosotros; como dice San Juan: "tanto amó Dios al mundo, que entregó a su propio hijo para redimir al mundo".

La muerte no ha desaparecido: permanece la realidad física de que cuanto comienza a vivir, llega a su término. Pero, ha adquirido un nuevo y definitivo sentido: la muerte redime: el Autor de la Vida nos ha redimido con su propia muerte.

Desde otro punto de vista, podemos anotar que el tiempo tiene algo de defectuoso, es fugaz y no podemos poseerlo; se nos escapa, no nos pertenece; mientras que la muerte nos introduce en la eternidad que es perfecta permanencia, estabilidad, posesión plena de la vida, vida eterna. Podemos decir que Cristo (que perfeccionó o "recapituló" cuanto existe) ha redimido también el tiempo: con la muerte ya puede el hombre entrar en la vida eterna, por la obra salvadora de Jesucristo, que venció a la muerte dejándose crucificar.

Estas reflexiones se completan en el plano jurídico con el siguiente pensamiento: Si Dios al principio se reservó para Sí la pena de muerte, y ya que con el sacrificio del Calvario redimió la vida y la muerte de los hombres, parece evidente que no debe el hombre ejercitar un poder que solamente corresponde al Creador.

Sin embargo, no existe en la Biblia una reprobación absoluta de la pena de muerte y el Catecismo de la Iglesia Católica explica que no es lícito imponer esta pena cuando existan otras maneras de evitar la propagación de los crímenes y defender los derechos de los inocentes. Cabe, pues, la pena de muerte cuando las condiciones de una sociedad no presenten otro remedio: entonces es un mal menor. La grave obligación de la humanidad, de cada persona, consiste en crear esas circunstancias adecuadas para la vida honrada, para el bien común, que excluyan totalmente la necesidad y la licitud de la pena de muerte; esa es nuestra responsabilidad, nuestra tarea: la que hacer un mundo en el que se respete plenamente la vida humana.

B.14. BIENES

Por bienes o cosas, se entiende en el Derecho Civil, cuanto puede ser **objeto** de derechos. Los derechos corresponden a las personas, que son los **sujetos**, y las cosas o bienes pertenecen, sirven o son debidos a otros, en calidad de objetos. Las clasificaciones de los bienes dan la idea del amplio contenido de este concepto.

El artículo 583 que es el primero del Libro II "De los Bienes," comienza, no con una definición pero sí con una clasificación fundamental: **"Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales"**.

Entre las varias clasificaciones posibles, propongo la siguiente:

- **Inmateriales**
  - derechos: reales o personales.
  - derechos de autor
  - patentes de invención
  - patentes industriales
  - nombre comercial, agrícola, establecimientos
- **Materiales**
  - **universales**
    - patrimonio hereditario
    - patrimonio estatal, recursos naturales
    - patrimonio de fundaciones
    - otros patrimonios
  - **singulares**
    - inmuebles
      - superficiales
      - minas y yacimientos
      - caminos
      - aguas
      - ambiente
    - muebles
      - dinero
      - valores
      - cartas
      - cadáver
      - objetos monopólicos
      - controlables o sujetos a control
      - ondas
      - energías

Dejamos de lado otras clasificaciones que pudieran tener mucho interés por ejemplo desde el punto de vista económico-social como es la clasificación entre los bienes de capital y los de consumo. Ciertamente la regulación de estas dos categorías de bienes sufre modificaciones muy hondas con relación a los diversos sistemas económicos, políticos y sociales.

Resulta evidente que los objetos **materiales** y los **inmateriales** presentan características muy peculiares y que tanto la adquisición, el uso, como la defensa de la propiedad sobre unos y otros bienes es bastante diferente. En el caso de los bienes materiales suele prevalecer el aspecto físico y la posesión o la mera tenencia se manifiesta en una forma externa clara como trasunto del dominio, en tanto que tratándose de objetos inmateriales la propiedad, la posesión y la tenencia participan del carácter inmaterial y se aseguran principalmente a través de los títulos, inscripciones o registros.

De singular trascendencia es la clasificación de los bienes **muebles e inmuebles**, cuyo régimen jurídico presenta notables diferencias.

Hay bienes muy especiales cuya normativa jurídica corresponde a los últimos años, en los que se han desarrollado inventos y técnicas antes desconocidos y que permiten un cierto dominio sobre ellos, como es el caso de las ondas, las energías, etc. El mismo **ambiente** en que vivimos es objeto de regulaciones legales y así se ha constituido en un bien, de carácter preferentemente colectivo.

Bienes materiales

Materiales o **corporales** son todas las cosas que pueden percibirse por los sentidos y sobre las cuales se pueden establecer derechos u obligaciones jurídicas.

La propiedad, los demás derechos reales y los personales tienen por objeto primordial los bienes materiales. En cierta forma cabe extender el dominio a los bienes inmateriales; esto supone siempre una aplicación análoga del dominio o de los otros derechos.

Entre las clasificaciones que poseen mayor interés, en primer lugar se halla la que divide las cosas **universales** de las **singulares**. A este propósito podemos decir que fundamentalmente la propiedad se refiere a las cosas singulares, pero cabe también respecto de las universalidades de bienes, y no solamente en cuanto se multiplica el derecho sobre cada cosa singular, sino en cuanto puede ser considerado como un derecho unitario sobre el conjunto o universalidad.

El concepto de propiedad aplicado a una universalidad origina la noción de "**patrimonio**". Estos patrimonios pueden a su vez pertenecer a personas naturales (siempre singulares) o bien a personas jurídicas (pluralidades de personas

naturales), y entre éstas destacan las entidades públicas, cuyos patrimonios se rigen por reglas peculiares.

En cuanto a los bienes **singulares**, deben clasificarse primeramente en **inmuebles y muebles**, y cada una de esas categorías admite ulteriores clasificaciones de suma trascendencia jurídica.

En cuanto a los bienes singulares, deben clasificarse primeramente en **inmuebles y muebles,** y cada una de esas categorías admite ulteriores clasificaciones de suma trascendencia jurídica.

Bienes universales

El conjunto de los bienes de una persona o de los bienes dedicados especialmente a un objeto con un carácter más o menos permanente se considera como una universalidad o patrimonio. En este concepto se incluyen tanto los aspectos activos corno pasivos, el "haber" y el "debe", los derechos y las obligaciones tomados en su conjunto y como algo unitario.

El patrimonio es considerado como una unidad distinta y separada de cada uno de los elementos que lo componen. La unidad del patrimonio deriva de la unidad de la persona.

Por tanto, realmente la persona es la que unifica el patrimonio, le comunica su propia unidad. Si se trata de persona natural esto es obvio; y si se trata de una persona jurídica, se aprecia mejor la unidad personal comunicada por el sujeto al objeto (el patrimonio), mediante la consideración de la finalidad de la persona jurídica, a la cual se ordenan sus actos y para la cual sirven todos sus recursos.

Sobre estas bases, podemos definir, como lo hacen muchos autores al patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en términos económicos y que forman una universalidad de derecho. [15]

El patrimonio constituye una entidad abstracta, distinta de los bienes y las obligaciones que lo integran, de modo que pueden reemplazarse por otros sin que se destruya ni desaparezca el patrimonio. Más aún, como tiene un aspecto potencial, incluso podría dar un balance económicamente nulo o negativo, y sin embargo subsistiría como tal patrimonio.

[15] Dice Valencia Zea: "Todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona (Derechos reales, de crédito, inmateriales y hereditarios), se consideran como si fueran un todo, es decir, una universalidad jurídica que recibe el nombre de patrimonio"

La principal función de la idea de patrimonio consiste en permitir que las obligaciones estén debidamente garantizadas, incluso a través de largos períodos de tiempo y hasta después de la muerte del sujeto pasivo de ellas. Efectivamente, el patrimonio garantiza de modo general el cumplimiento de las obligaciones, y cuando pasa por causa de muerte a los herederos, ellos continuarán por regla general con las mismas obligaciones que el causante.

Bienes nacionales, del patrimonio del Estado

Si el patrimonio en general **es un objeto muy especial del derecho de propiedad**, con mayor razón tenemos que afirmar que el derecho de dominio sufre modificaciones más notables aún cuando recae sobre este peculiar objeto que es el patrimonio del Estado o de los demás entes públicos. Aquí las modificaciones o particularidades del derecho provienen tanto del objeto como del sujeto.

En primer lugar, el patrimonio del Estado es muy amplio, casi ilimitado, comprende no sólo una gran variedad de cosas, derechos y obligaciones, sino que engloba un número ilimitado de bienes. No quiere esto decir que el derecho del estado no tenga límites racionales, de Derecho Natural y del mismo Derecho Positivo, ni tampoco que el estado sea el propietario por excelencia, o que los demás derechos de propiedad deriven del estado. Muy por el contrario, ciertos géneros de propiedad ni convienen ni corresponden al estado, y toda propiedad del estado **se justifica únicamente en cuanto sea necesario o conveniente para el cumplimiento de su fin**, es decir para buscar el bien común. Es el estado el primero que debe respetar el derecho y someterse a él, en la adquisición, uso y destino de sus bienes.

Bienes de corporaciones y fundaciones

Se puede decir que entre los casos opuestos del patrimonio del estado y el de los particulares, se sitúa el de las personas jurídicas. Pero el patrimonio de las personas jurídicas con fin de lucro no presenta prácticamente ninguna particularidad, sino que se rige fundamentalmente por las mismas normas que el de las personas naturales, salvo, claro está, que las personas jurídicas no mueren, y al disolverse o terminar las personas jurídicas termina también su patrimonio y debe liquidarse y repartirse o pasar a las personas o instituciones que normalmente se designa en los propios estatutos. En cambio, el caso de las **personas jurídicas sin fin de lucro** sí presenta alguna singularidad en cuanto a su patrimonio.

Hay que distinguir: una es la persona jurídica y otro es su patrimonio. Pero se reconoce que, sobre todo en el caso de las fundaciones, el patrimonio adquiere un valor inmenso, a tal punto que el agotamiento del patrimonio, su material desaparición, origina la extinción de la fundación (Art. 582 CC). Esto sucede

porque en las fundaciones, el plan o finalidad del fundador tiene que realizarse a través del empleo de los medios con los cuales han sido dotadas, y, al carecer de dichos medios, el cumplimiento del fin se hace imposible y ya no se justifica la supervivencia de la fundación. El caso de las corporaciones es diferente porque en ellas el elemento humano es el que predomina, y sus integrantes pueden con su trabajo u otras iniciativas recapitalizar la persona jurídica aunque se hallare en situación de quiebra.

Las corporaciones y fundaciones, sin fin de lucro, no pueden repartir utilidades entre sus miembros, pero sí tienen derecho de ejercitar toda clase de actos jurídicos sobre su patrimonio y de destinar las eventuales ganancias a los fines propios de ella.

Bienes muebles e inmuebles

Como las palabras mismas lo indican, **mueble es**, en principio, **lo que puede ser movido o de hecho se mueve; e inmueble, lo que está fijo, sin movimiento ni actual ni posible**.

La clasificación de las cosas en muebles e inmuebles es una de las más importantes y llenas de consecuencias jurídicas. Tiene una base en la naturaleza misma de las cosas, pero se ha elaborado posteriormente mediante una serie de ficciones que alejan bastante de la realidad material, para llegar a un cuadro eminentemente jurídico.

En la definición misma de lo que son inmuebles, nuestro Código acepta dos clases de inmuebles: los que lo son **por naturaleza, y los que lo son por adhesión**: El artículo 586 dice así: "Inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos".

Se toma en cuenta para esta clasificación, el movimiento local: el desplazamiento en el espacio. No cuentan para nada las otras formas de movimiento, como son el cualitativo o cuantitativo, el crecimiento o disminución, la adquisición o pérdida de accidentes o de nuevos modos de ser, etc. Más aún, dentro de los **movimientos físicos de traslación** solamente importan para el Derecho aquellos que son **relativos, parciales y dotados de una cierta rapidez;** no se considera el movimiento de todas las cosas juntamente con la Tierra o el sistema solar, ni los movimientos físicos locales de desplazamiento lentísimos como los de los continentes, ni los imperceptibles como los de vibración de un puente, o los pequeñísimos como el hundimiento de un terreno por efecto de la edificación que se haga en él, etc.

Bienes comerciables y no comerciables

Las cosas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas se dicen comerciables, sobre ellas se pueden establecer derechos reales, y pueden ser objeto de obligaciones, de cualquiera de ellas o sólo de algunas. En cambio, si queda excluida toda posibilidad de establecer derechos reales o de hacerlas objeto de alguna obligación, entonces se dice que **están fuera del comercio o son incomerciables**.

Nuestro Código hace referencia a esta clasificación pero tomando como criterio divisor la capacidad pasiva de apropiación, es decir, en último término, si las cosas pueden o no ser objeto de la propiedad o dominio. Así el artículo 602 dice que "Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.- Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta; y entre distintas naciones, por el Derecho Internacional."

Se hace referencia, varias veces a las cosas incomerciables o **inapropiables**, como por ejemplo a propósito de los legados, que no pueden recaer sobre esta clase de cosas (Art. 1133); más ampliamente, para toda clase de declaraciones de voluntad, el Art. 1477 exige que se refieran a cosas comerciables; para que se pueda ganar una cosa por prescripción, también se requiere que sea de aquellas que son comerciables (Art. 2398).

Pero el estar fuera de la posibilidad de apropiación, por su naturaleza de cosas comunes a todos los hombres, no es sino uno de los casos, o una de las causas por las cuales las cosas son incomerciables.

Bienes presentes y futuros

La mayor parte de las clasificaciones de las cosas se hacen con relación al lugar, al espacio, a su localización permanente o transitoria en él (así las cosas muebles e inmuebles); pero también cabe la **distinción temporal** para los efectos jurídicos.

Aunque el Código Civil no hace mención directamente de las cosas presentes y de las futuras, sí toma en cuenta esta distinción para varias disposiciones tanto en materia contractual como en la sucesorias. La mayor parte de los contratos pueden recaer sobre **cosas que aún no existen pero que pueden llegar a existir**, también se pueden donar, legar o dejar en herencia bienes que aún no se producen o que aún no pertenecen a quien dispone de ellos, y para quien son **subjetivamente cosas futuras**. En cambio la ley prohíbe ciertos actos de disposición de bienes futuros, así por ejemplo, no se puede hacer donación universal

de todas las cosas futuras sin reservarse lo necesario para la vida (Art. 1424), y si se hace donación universal no se extiende a los bienes futuros, aunque el donante así lo disponga (Art. 1425). Para la venta de todos los bienes futuros se exige necesariamente la enumeración de todos ellos, o la venta es nula (Art. 1750).

Bienes principales y accesorios

Desde el punto de vista jurídico, son principales las cosas que constituyen el objeto principal del derecho, y accesorias, aquellas otras que participan del régimen jurídico de la principal en razón de cierta adherencia o conexión con ella, de modo que indirectamente, y como por extensión, se les aplican las mismas reglas que a la principal.

La importancia de esta clasificación aparece en cuanto sirve de base para considerar a ciertas cosas como inmuebles por adherencia o destinación; en dichos casos lo accesorio adquiere la naturaleza jurídica de lo principal y se somete, por regla general, al orden jurídico que rige la cosa principal.

Además, la clasificación de las cosas en principales y accesorias tiene otras innumerables e importantes aplicaciones. La **adjunción** es un modo de adquirir el dominio que consiste en que una cosa accesoria se une a otra que se considera principal, dadas ciertas condiciones. En los casos de **hipotecas** y otros gravámenes sobre la cosa principal, también por regla general, se extienden dichos derechos a las cosas accesorias, etc.

La clasificación es aplicable tanto a las cosas materiales como a las inmateriales. Existen también derechos accesorios, o acciones judiciales accesorias. Así, por ejemplo, el que reivindica una finca tiene también derecho a pedir las indemnizaciones que corresponden a frutos no percibidos, a daños causados en la propiedad, etc., y estos derechos son accesorios respecto del principal.

No se puede dar un criterio único para determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, salvo que se diga de modo muy genérico que la principal es la más importante desde el punto de vista jurídico. Pero ese punto de vista jurídico a veces coincidirá con el **valor comercial de la cosa**, otras veces, **con su función social**, o con su utilidad **subjetiva para el propietario**, otras veces, para el poseedor o el tenedor, o para el vecino, el trabajador, la comunidad, etc. Es decir que el interés que el derecho considera preeminente varía según los casos. De todas formas, son criterios bastante útiles por lo general, el del valor comercial o intrínseco, y el del volumen de las cosas.

Bienes fungibles y no fungibles

El artículo 593 de nuestro Código establece esta clásica división de las cosas y las define así: "**Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.- A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.- Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles**".

Ante todo nótese que ésta es una subdivisión de las cosas, ya que solamente los muebles pueden ser fungibles; sólo los muebles se pueden clasificar en fungibles y no fungibles. Esto, según el claro tenor literal de nuestro Código, y también según la mayor parte de las disposiciones legales positivas de otras naciones; pero, tomando el concepto de cosa fungible en el sentido más amplio, que es precisamente el etimológico, no habría mayor inconveniente en aceptar la existencia de bienes raíces fungibles.

Efectivamente, fungible deriva de "fungere", que significa desempeñar una función, servir para algo apropiadamente, de donde, cosa fungible es la que puede ocupar el lugar o puesto jurídico de otra. Podríamos decir, en este plano etimológico, que cosas fungibles son las que **pueden libremente reemplazarse unas por otras**. Y este concepto se aplica principalmente al cumplimiento de las obligaciones, es decir que una cosa es fungible cuando es apta para satisfacer la obligación que se debe; por ejemplo, se ha recibido un préstamo de dinero, y se puede pagar, satisfacer la obligación, con dinero: con otras piezas de moneda u otros billetes que "fungen" desempeñan el papel o la función de las monedas que se recibieron en préstamo. Nada impediría, pues, que ciertas tierras, un terreno, pueda cumplir la función de satisfacer una obligación en lugar de otro, si tal obligación es tan genérica que no supone la exigencia de tal determinado terreno, sino de uno cualquiera.

Como queda indicado, el verdadero sentido de cosa fungible, radica en **su capacidad genérica para satisfacer una obligación**, su sentido de cosa indistinta, no individualizada, que puede reemplazarse por otra semejante. Por esto, la definición de origen romano que dice que las cosas son fungibles cuando se consideran por su número, peso o medida, resulta muy exacta. Así, el dinero, en su uso corriente, se aprecia por la cantidad, sin individualizar la moneda o el billete concretos que representen esa cantidad del mismo modo, una deuda de cien quintales de trigo, se paga, se satisface con aquella cantidad de grano, que es cosa fungible.

Bienes litigiosos

Los derechos o cosas que se hallan actualmente sometidos a controversia judicial.

Estos bienes no están normalmente en el comercio ni se pueden transferir, pero sí admiten **transacciones** que, aprobadas por el Juez, tienen validez. Con esa misma autorización, o con la del acreedor, los bienes litigiosos **pueden enajenarse**, con la condición de que el precio se pague al acreedor o quede a disposición del Juez para su entrega.

No pertenecen a la sociedad conyugal los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.

Bienes sin dueño

Los que **carecen actualmente de dueño**; se suelen llamar "res nullius".

A veces nunca han pertenecido a nadie, han sido bienes universales o.... inapropiables, o bien se destinan al primer ocupante, por medio del descubrimiento o invención, la cacería o la pesca. En otros casos, se trata de bienes **abandonados** por su dueño: "res derelictae".

La **ocupación** es el modo de adquirir el dominio de estos bienes (Art. 622). Así se adquiere el **tesoro** o las cosas **perdidas** y no reclamadas por su dueño (Art.642, 644).

Bienes rústicos y urbanos

Urbanos son los situados dentro de una ciudad o centro urbanizado. La circunscripción urbana se suele determinar por **ordenanzas municipales.**

Los que están fuera de esos límites urbanos, son predios rústicos o **rurales**. Generalmente se destinan a la agricultura o a la ganadería, pero nada impide su destino industrial o de vivienda, salvo especiales regulaciones municipales o por exigencias estratégicas, o de protección del **ambiente**.

La clasificación indicada tiene especial aplicación en materia de contratos de arrendamiento, y por las regulaciones de reforma agraria.

B.15. BUENAS COSTUMBRES

La **conducta (acciones y omisiones) conforme con la ética o moral**. La forma generalizada de obrar entre las personas honradas, respetuosas de la ley y la equidad, y que actúan de buena fe.

Aunque las costumbres corresponden a modos de vivir o actuar, que se forjan en buena parte por la repetición de actos, por el influjo del ambiente, por la educación y diversas presiones sociales, no se debe pensar que sean buenas o

malas por su simple generalización o repetición más o menos frecuente. El gran error contemporáneo, que conduce a múltiples abusos y males, consiste en erigir como norma ética a lo que se ha generalizado, se ha hecho costumbre, en una comunidad. Las cosas no son buenas o malas ni por ser viejas o nuevas, ni por ser más frecuentes o de rara ocurrencia. El bien y el mal éticos dependen de la relación de los actos u omisiones con la **norma objetiva de moralidad. Y ésta depende la naturaleza misma del hombre y de las cosas.**

La bondad o maldad morales, están, por tanto, en estrecha relación con la **verdad objetiva**: con la naturaleza de las cosas o sucesos, que no se altera ni por convenciones humanas, ni por la repetición de actos contrarios a la ley. La difusión de un delito, de un abuso o corrupción, no los convierten en actos moralmente aprobables, siguen siendo malos, y mientras más se difunden el error o la inmoralidad, tanto más graves son.

Ciertamente la cultura de un pueblo sirve para orientarse en la descripción de lo que son las buenas costumbres; pero la misma cultura debe calificarse de recta o de extraviada, a la luz de los supremos principios del **Derecho Natural.** Si en un pueblo se han difundido los estupefacientes, el aborto, el adulterio, la corrupción en los negocios, u otras prácticas semejantes, no se ha de juzgar que son cosas que corresponden a su cultura y que son éticamente buenas. La misma cultura se sujeta al respeto debido a la verdad, al concepto de la dignidad humana y de los derechos humanos, de otro modo más que cultura sería **incultura, o cultura de muerte y no de vida.**

En los negocios jurídicos, el obrar conforme a las buenas costumbres, equivale a actuar de buena fe, mientras que cuanto se opone a las buenas costumbres, entraña mala fe.

También los principios religiosos dan mucha luz para establecer lo que se ha de entender por buenas costumbres. El gran patrimonio común religioso de hebreos, cristianos y musulmanes, compartido al menos parcialmente por muchos otros grupos religiosos, se compendia en el **Decálogo,** y esta síntesis religioso-jurídica de más de tres mil años de existencia, ha orientado a innumerables pueblos en la determinación de lo que se debe entender por buenas costumbres. Por lo tanto, sería necio, prescindir de luces tan claras y juzgar de las costumbres de un pueblo cristiano, como si no gozara de las luces magníficas de la revelación.

En el plano del Derecho Civil, las referencias a las buenas costumbres, se contienen sobre todo en los artículos 1477, 1483 y 1491, que dan las normas sobre **los actos y declaraciones de voluntad.** Éstos han de tener **objeto y causa lícitos**; y no los tienen si van contra las buenas costumbres.

B.16. BUENA Y MALA FE

Comportamiento respetuoso del derecho y la equidad. Convicción subjetiva de obrar o estar dentro de lo permitido por la ley y lo que la honradez exige.

Se oponen a la buena fe: el engaño, la ficción con intención de perjudicar, el silencio u ocultamiento de lo que se debe manifestar en los negocios, la disimulación de los vicios de una obra o de una cosa que se debe entregar, el fraude, el dolo y otras actitudes semejantes para eludir las leyes o aprovecharse injustamente de ciertas circunstancias, tales como la necesidad de otros, los casos extremos de necesidad, los imprevistos, etc.

Todas estas actitudes –de acción u omisión– configuran la **mala fe,** que, obviamente, es lo contrario de la buena fe.

La buena y la mala fe, se tienen en cuenta sobre todo en la adquisición y pérdida de los derechos, en la celebración e interpretación de los **contratos y de los testamentos.** También se aplica a meros hechos, como la adquisición o pérdida de la posesión.

C.1. CIVIL: DERECHO CIVIL

1. Derecho Civil es la parte del Derecho privado que regula las **relaciones de familia; el régimen de la propiedad y los otros derechos reales; la sucesión por causa de muerte; las obligaciones y contratos. Suele contener también los principios jurídicos generales, aplicables a todas las ramas del derecho privado.**

2. La doctrina generalmente admite la distinción del **Público** del **Privado**. La dificultad radica en determinar con precisión en qué consiste cada uno y qué relaciones comprende, y por último, cuáles son las materias concretas o subdivisiones que se engloban en cada uno.

Históricamente se ha producido una larga y curiosa evolución, con eventuales involuciones, a través de la cual algunas relaciones jurídicas se han considerado ya en el campo del Derecho Público, ya en el Privado. Épocas ha habido en que todo el derecho se ha configurado de modo principalmente privado, y otras en las que lo público ha tendido a invadirlo todo. Así, por ej. el testamento se consideró en la Roma monárquica como un acto de carácter público –incluso político– que debía ser aprobado por los Comicios Curiados y luego por los Comicios Centuriados; y con el andar de los años adquiere su verdadera naturaleza de acto privado, encuadrado dentro del derecho de familia. En cambio el amplísimo contenido que el mismo Derecho Romano clásico daba al Derecho Civil se

restringió ya mucho en la Edad Media al socializarle algunas instituciones y encuadrarse en el Derecho Corporativo, de modo que así disminuyó el campo de lo privado en favor de lo público. Y en nuestra época, la mayor intervención del estado en varios aspectos de la vida tiende a dar mayor extensión aún a lo público y a restringir lo privado.

C.2. CÓDIGO

Cuerpo de disposiciones y leyes, orgánicamente estructurado, suele dividirse en libros, títulos y artículos, generalmente numerados.

Sobre el derecho civil tenemos en el Ecuador: el Código Civil, el de Procedimiento Civil y el de la Niñez y la Adolescencia. Hasta junio de 2003, también el Código de Menores, reemplazado por el último citado.

Otros importantes códigos vigentes en nuestra Patria son: el Comercio, el del Trabajo o Laboral, el Tributario, los de Procedimiento Civil y Penal, y los especializados para las Fuerzas Armadas y la Policía.

En el plano mundial el más famoso código es el de Justiniano, del año 531. Y en la edad moderna ha influido mucho el Código de Napoleón.

Para el derecho Internacional Privado, rige en quince países americanos el llamado Código Sánchez de Bustamante, del año 1928.

La Iglesia ha tenido dos Códigos: el de 1917 y el actual de 1983. También para las iglesias de ritos orientales, Juan Pablo II aprobó un Código de Cánones en 1990.

C.3. CONSTITUCIÓN

1.0. La Constitución Política es la ley suprema, a la que se subordinan las demás leyes internas del estado. El contenido propio de la constitución consta de la enunciación de los principales derechos humanos y sus garantías, y la estructura de las funciones del estado.

1.1. El Ecuador ha reformulado 19 veces su constitución en algo más de 190 años de vida política independiente y más de 170 de autonomía perfecta. Son propiamente 18 las constituciones que han llegado a tener vigencia desde 1830 hasta 1998, ya que se elaboró una el año 1938, pero no se puso en vigor nunca; en cambio habría que sumar a este crecido número de cuerpos legales, la Carta de 1812 o Constitución del Estado de Quito, los Estatutos de la Junta Patriótica de Guayaquil, la Constitución de Cuenca de 1822 y las Constituciones Gran Colombianas que tuvieron precaria vigencia en el territorio del actual Ecuador.

1.2. Cabría también mencionar como parte integrante de nuestro acerbo constitucional, las leyes fundamentales de la Corona Española y principalmente la Constitución de las Cortes de Cádiz, que rigieron en nuestro país, pero cuando aun carecía de vida autónoma y formaba parte de los dominios de la Monarquía de Castilla-Aragón, o, como se suele decir con menos precisión: era una colonia de España. Todo esto son raíces remotas que aportaron mucha savia vital a las instituciones jurídicas de la Patria, pero en una forma que sufrió la profunda transformación revolucionaria: el paso de la Monarquía a la República, supuso el estreno de sistemas muy diversos.

2. Por otra parte se puede preguntar si 18 constituciones ecuatorianas, significan realmente otros tantos intentos de "fundar" el Estado. A pesar de que en algunos casos, sobre todo en 1830, 1835 y 1845, se quería pretenciosamente hasta comenzar una nueva cuenta de los años ("Año 1o. de la libertad"). La verdad es que nuestros legisladores, y con mayor razón el pueblo todo, ha tenido siempre plena conciencia de la continuidad de la persona moral: el Ecuador de 1830, es el mismo que se da nuevas constituciones en 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1877, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1978 y 1998.

Más aún, a pesar de los cambios institucionales, a nadie se le ha ocurrido en nuestro país la idea descabellada de hablar de una Primera, Segunda, etc. Repúblicas, como sí puede decirse, y con razón, en el caso de países como Francia, que han pasado alternativamente, varias veces, del sistema monárquico al republicano. En este sentido en el Ecuador hemos tenido mayor continuidad política que en Francia, España, Alemania u otros países de gran cultura y poderío.

Además, las Constituciones ecuatorianas antes enumeradas, varias veces han sido reformadas por el trámite previsto en ellas mismas, lo cual acrecienta el caudal de la elaboración constitucionalista en nuestro país. Se puede decir que casi hemos vivido en actitud constituyente.

3. Sin embargo de la abundancia de Asambleas Constituyentes, las bases fundamentales del Estado no han cambiado en lo más sustancial desde la separación de la Gran Colombia, es decir, desde el año 1830. Y aún las Cartas Políticas del período colombiano, guardan unidad con lo que siguió después.

4. En efecto, el territorio y la población –elementos del Estado– no han variado por las Constituciones sino más bien por otros fenómenos como tratados internacionales y la injusta depredación de que ha sido víctima el Ecuador, al margen de todo derecho. Y en cuanto a las estructuras del Gobierno y la Sociedad, éstas se han mantenido dentro de los cuadros democráticos y republicanos.

5. Si se comparan las llamadas "Enmiendas" o reformas de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, con las alteraciones producidas en el Ecuador por la expedición de tan numerosas Cartas Políticas, llegamos a la conclusión de que las variaciones de nuestro Derecho Constitucional son perfectamente equiparables a las "Enmiendas" del gran país del Norte, y en algunos casos, ni siquiera llegan a la importancia de ciertas reformas de la Constitución Americana.

6. El Ecuador ha mantenido, pues, a lo largo de su agitada vida política, una ejemplar continuidad en lo fundamental: Estado independiente, unitario, republicano, democrático, con régimen de gobierno presidencial, división de Poderes o Funciones, y un progresivo reconocimiento de garantías y derechos generales.

7. Ciertamente se producen variaciones dentro de este marco general, y no todo ha sido perfeccionamiento o progreso, pero nunca se ha llegado a desvirtuar lo que parece ser esencial a la Nación.

8. Varias tensiones han dominado el ajetreado curso legislativo, pero se pueden destacar sobre todo estas: unitarismo-federalismo, en los primeros años; centralización-descentralización, más adelante; predominio del Ejecutivo-predominio del Legislativo; concentración de facultades con peligro de la libertad, frente a una ampliación del ámbito de la libertad con peligro de debilitar el poder.

Esas tensiones han inspirado la mayor parte de las reformas estructurales. Así, la institución de la Vicepresidencia de la República, aparece o desaparece, según se considere necesario o peligroso prever quien ha de suceder al Presidente; las Facultades extraordinarias del Ejecutivo se amplían o restringen, al ritmo de una mayor o menor confianza, de un deseo de eficacia administrativa o de un celo por la libertad ciudadana, etc.

9. Lo que en otro tiempo se llamaban Poderes del Estado, y ahora se denominan con más exactitud Funciones del Poder Público o del Estado, tampoco ha variado sustancialmente en el Ecuador; aunque es verdad que junto a los tres tradicionales Poderes: –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, surge muy modernamente la Función Electoral. Ahora bien, esta función existió desde un primer momento, si bien en forma rudimentaria y sin la debida independencia, que se consolida a partir de la Constitución de 1945.

10. En cambio el intento de modificar el carácter presidencial del Gobierno, evolucionando hacia un semiparlamentarismo, solamente se produjo en la Constitución del año 1929, sin que dejara de ser presidencial la forma de Gobierno y sin que el tímido parlamentarismo llegara a arraigarse ni en la Ley ni mucho menos en la costumbre nacional.

11. Otras variaciones han consistido en establecer una Cámara Legislativa o dos Cámaras, o bien en los procedimientos para la elaboración de las leyes, dando mayor o menor peso al Ejecutivo o a cuerpos especializados o al mismo Legislativo.

12. Finalmente, se podrían señalar otras reformas menos trascendentales, como las referentes a los Ministerios, a los órganos descentralizados, a los nombramientos, a los requisitos para el ejercicio de las magistraturas, o las simplemente nominales. En este último concepto pueden incluirse las variaciones relativas al Consejo de Estado, organismo cuyas atribuciones han pasado a diversos cuerpos, sin mayor cambio realmente básico.

13. El progresivo desarrollo, especificación y garantía de los derechos humanos, tiene mayor trascendencia. En esto, nuestras Constituciones, casi sin excepción, han seguido una línea ascendente. Han sido más bien los excesos de la pasión política, la diatriba puesta de moda en la lucha por el poder, los que han llevado a falsas calificaciones como aquellas de "Carta Negra" o "Carta de Esclavitud", para constituciones con valores positivos y que estaban lejos de ningún oscurantismo o servidumbre. Vistas las realidades con la perspectiva histórica se comprenden ciertas necesarias restricciones de la libertad en momentos de aguda crisis, cuando era preciso salvar la existencia misma de la Nación.

Tal vez un acentuado personalismo caudillista y el egoísmo de partidos políticos muy inmaduros en el campo ideológico y que pretendían afirmarse en torno a la imposición de actitudes individuales, son las causas de que en lugar de la ponderada y humilde reforma de la Constitución hayamos más bien intentado hacer cada vez algo "nuevo", que resultaba infaliblemente muy parecido a lo "antiguo".

14. Desde otro punto de vista, más bien de carácter filosófico, se aprecia una fluctuación considerable en la historia constitucional del Ecuador. Me refiero al concepto del estado en sus relaciones con la religión. Durante todo el Siglo XIX, se sigue la línea establecida en los tres siglos anteriores de monarquía y se adopta un sistema plenamente congruente con la realidad sociológica del país, esto es con un pueblo totalmente católico; el Estado se declara confesional católico e inspira sus instituciones en la Religión de todos los ecuatorianos. Aunque aquella unidad religiosa no se rompe, sí se debilita un tanto a fines del siglo y las instituciones implantadas por el Liberalismo responden a un concepto totalmente diverso: el laicismo de estado. A su vez, el extremismo de este sistema queda bastante mitigado por las constituciones de 1946 y de 1967, y aún por la de 1978, aunque se anota un leve retroceso hacia la intolerancia, en algún aspecto de esta última.

15. También el concepto filosófico de las relaciones del estado con la sociedad, admite una clasificación en doble período histórico. Hasta 1929, predomina el sentido individualista, por el cual en cierto modo frente al Estado se halla solamente el individuo; mientras que a partir de la Constitución de aquel año, se da mayor énfasis al sentido social de los derechos y garantías ciudadanas, de modo que el estado resulta el servidor del bien común considerado no solamente como suma de derechos individuales sino como derechos de las sociedades y grupos menores. No quiere decir esto que antes de 1929 no se hayan reconocido esos derechos sociales, ya que siempre se reconocieron en gran medida los derechos de la familia, del municipio y en variable medida los de la provincia, las profesiones y otros grupos sociales. Pero, ciertamente la Constitución de 1929 inaugura un período de más explícita preocupación por lo social y de un gran desarrollo de aspectos concretos y prácticos como los relativos al Derecho Laboral, al Seguro Social, a la Reforma Agraria, etc.

Contrato

1. "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." (Art. 1454).

Los contratos son, pues, fuentes de obligaciones; probablemente la más importante y frecuente fuente de las obligaciones.

2. Toda relación jurídica proviene de uno o más hechos con virtualidad de producir dicha relación. De aquí que se denomine **fuente** de la obligación "el hecho dotado de virtualidad bastante para generarla".[16] Cubides da esta noción: "son fuentes de las obligaciones los actos o hechos de que ellas provienen".[17]

El artículo 1453 de nuestro Código Civil dice: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."[18] Aunque se ha criticado desde diversos puntos de vista esta enumeración, conserva su fundamental validez y, sobre todo, es la base sobre la que nuestro Código desarrolla el ordenamiento jurídico de las obligaciones.

---

16 Alterini, Atilio Aníbal: Derecho Civil, Buenos Aires, 2004, p. 60.
17 Cubides Camacho, Jorge, Derecho Civil, Bogotá, 1999, p. 145.
18 Sobre este asunto me remito al volumen XV de mi Derecho Civil, pp. 5-11. Quito, 2004.

3. **Origen histórico.** Fairén señala que las primeras relaciones obligatorias tuvieron en Roma un carácter internacional y penal, por actos ilícitos realizados entre las primeras unidades políticas que eran la "*gens*" y la familia; cuyas únicas relaciones de cambio eran de naturaleza real (permuta, compraventa y donación). De ellas se derivaba exclusivamente un compromiso entre un miembro del grupo a aceptar la responsabilidad por el hecho ilícito de alguno de sus compañeros, para así evitar la represalia de los otros. De no obtenerse el perdón del ofendido, éste adquiría un derecho sobre el ofensor, pudiéndolo matar o reducir a la esclavitud. Con el desarrollo de la *civitas*, la obligación sería el estado de sujeción en que caería el culpable, de modo parecido al concepto actual.

Algunos historiadores discuten si el delito o el contrato, fueron la primitiva fuente de las obligaciones.

4. **Clasificación de las fuentes de la obligación.** Se admiten, dos, tres, cuatro o más fuentes, y así se conciben varias clasificaciones.

Bipartición: Se considera como fuentes de la obligación la **voluntad y la ley**. Esta teoría nace en las Instituciones de Gayo, a mediados del siglo II, y explica que toda obligación nace a partir de un contrato o un delito. Pero esta clasificación no abarca todas las obligaciones ya que el pago de lo indebido no se puede incluir en los contratos.

Tripartición: Añade a la anterior el concepto de cuasicontratos, y así la suma pagada sin ser debida puede ser reclamada como si se hubiese obtenido un préstamo.

Cuatripartición: Partiendo de que no resulta fácil concebir que las obligaciones derivadas del pago de lo indebido, del enriquecimiento sin causa o de la gestión de negocios ajenos, tengan origen en una convención, incluso tácita, de las partes se añaden los cuasidelitos.

Actualmente la discusión es amplia. Para Planiol todas las obligaciones derivan de dos fuentes solamente: el contrato y la ley. En ausencia del contrato, el nacimiento del contrato no puede tener otra causa que la ley. Pero la voluntad del legislador no es nunca arbitraria y caprichosa; cuando crea una obligación es porque concurre en la persona del acreedor o en su patrimonio una circunstancia que hace esta creación necesaria, y esta circunstancia no es otra que una lesión injusta para él, que se trata de evitar si es todavía futura, o de reparar si está ya realizada. Las obligaciones fundadas en perjuicios o lesiones futuras son, según Planiol: 1. Todas las obligaciones llamadas legales en la clasificación corriente; 2. La obligación impuesta al gerente en la gestión de negocios de continuar la obra. Las procedentes de perjuicios realizados son: 1. Las delictuales, o aquellas

en que el daño se ha causado intencionalmente; 2. Las cuasidelictuales, en que el daño se causa sin intención, por torpeza o negligencia imputable al agente; 3. Las cuasicontractuales, fundadas en el enriquecimiento sin causa, que es también forma de lesión, pues cuando hay enriquecimiento para uno, hay lesión para otro.

Demogue señala que todas las obligaciones son legales. Por eso, vale más atender a la intervención de las voluntades privadas, especialmente en materia de capacidad. Con arreglo a este criterio, admite los siguientes grupos:

1. El contrato.
2. La voluntad unilateral del deudor.
3. Los actos ilícitos.
4. La voluntad del acreedor (cuasicontratos)
5. El simple hecho.

Savatier apunta a que de la ley derivan las obligaciones de cinco principios:

1. El principio de **autonomía de la voluntad**, que quiere que cada uno se ligue por las promesas que haga libremente.

2. El **principio de equivalencia**, que quiere que nadie se enriquezca injustamente a expensas de otro, y que si ha recibido sin causa alguna cosa en detrimento suyo se le rinda el equivalente.

3. El **principio de la responsabilidad** de las faltas, que obliga a reparar el perjuicio causado a otro en virtud de culpa.

4. El **principio del riesgo creado**, que exige en ciertos casos que aquel que hace actuar en provecho suyo fuerzas susceptibles de ser peligrosas, tome a su cargo los daños que ellas puedan producir.

5. El **interés social**, que en algunos casos justifica la intervención de un texto legal que obligue a una persona a una prestación en favor de otro.

A estas cinco grandes fuentes se refieren todas las obligaciones. Las que nacen de los contratos y de ciertos compromisos unilaterales derivan de la autonomía de la voluntad. Las que nacen del pago de lo indebido y del enriquecimiento sin causa (clasificadas ordinariamente entre los cuasicontratos) provienen del principio de equivalencia. Las que derivan de los delitos y cuasidelitos son consecuencias del principio de responsabilidad de las faltas. Las que obligan a un amo a reparar los daños causados por sus domésticos, aun automovilista los debidos por su automóvil o a un patrono los accidentes de trabajo sufrido por los obreros, se refieren al principio de riesgo creado. Finalmente, es el interés

social el que determina a la ley a establecer ciertas obligaciones derivadas de las relaciones de vecindad, de la tutela, de las relaciones familiares, o bien, de la economía dirigida.[19]

La doctrina actual presenta las siguientes **características**:

1. Haber alcanzado gran generalidad el **negocio jurídico**, que es de mayor amplitud que el contrato.

2. La crisis de las figuras de **cuasi contrato y cuasi delito**.

3. La aceptación de **nuevas fuentes** de la obligación, como la declaración unilateral de la voluntad, la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento ilícito, etc.

5. **Las fuentes de la obligación en el Código Civil Ecuatoriano.**

Nuestro Código sigue la clasificación cuatripartita, admitida por Justiniano y completada por el derecho napoleónico. A ella se remite el artículo 1453.

El artículo 596 dice: "los derechos personales o de crédito son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...", esta disposición no implica que el Código Civil adopte la clasificación bipartita; esta norma reúne en la expresión *"un hecho suyo"* (del obligado) las cuatro fuentes, y luego cita la última, que es la ley.[20]

El artículo 2211 señala: "las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho del que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito". Nuestro código no recoge como fuente de la obligación la responsabilidad objetiva.[21]

---

19 Bejarano Sánchez, Manuel: Obligaciones Civiles, 5ª ed. México-Oxford, 1999. p. 55.- De Gasperi, Luis, Obra citada, pp. 121-123.

20 Cfr: Fernando Fueyo Laneri: Curso de Derecho Civil, Santiago, 1974, p. 43.- La jurisprudencia se abre cada vez más hacia la aceptación de la responsabilidad objetiva y por simples actos de declaración unilateral de voluntad.

21 Sentencia de la Corte Suprema de 10 de abril de 1992: Repertorio de Jurisprudencia XXXVI, p. 721.

No pretende dar en estos artículos un catálogo exhaustivo de hechos o actos que crean las obligaciones, sino que sistematiza la materia.

6. **Clasificación de los contratos.** Se clasifican según diversos criterios:

Ateniéndonos a la rama del derecho a la que pertenecen o por la que se regulan, hay contratos **administrativos, civiles, comerciales, laborales.**

Según el número de partes que intervienen y se obligan, pueden ser: **unilaterales, bilaterales o plurilaterales.**

Cuando las obligaciones de una parte dependen de las obligaciones de la otra, o tienen su causa jurídica en ellas, se llaman **conmutativos.**

Si una parte obtiene derechos o ventajas sin ninguna carga u obligación suya, el contrato es **gratuito;** en caso contrario, si la ventaja supone una obligación o carga correlativa, el contrato es **oneroso.** Si los derechos de una o ambas partes dependen de un azar, tenemos un contrato **aleatorio.**

Al contrato **principal,** o sea el querido por las partes como más importante, se pueden agregar contratos **accesorios,** que completan, garantizan o modifican algún aspecto del principal.

D.1. DAÑO

1. Lesión, pérdida, perjuicio, injuria. Deterioro, pérdida de cualidades positivas, disminución de la utilidad o valor de una cosa. Desgaste, desperfecto o cualidad negativa producida en una cosa.

2. Daño moral: el perjuicio producido en las facultades o cualidades morales de una persona: su honor, buena fama, su inteligencia, memoria o voluntad.

3. Nuevas tendencias del derecho contemporáneo destacan la importancia de la **responsabilidad por daños** producidos en las personas o en las cosas. La innovación más importante consiste en que se va abriendo campo la llamada **responsabilidad objetiva,** la cual dimana de disposiciones legales, aunque haya sido preparada su aceptación por el derecho positivo mediante la actividad judicial y la doctrina.

4. También tiene especial interés, el estudio de las obligaciones que se refieren a derechos colectivos o "**difusos**". Entre éstas, han adquirido relieve las obligaciones tendientes a tutelar la conservación del **medio ambiente.**

Daño causado por terceras personas

1. En principio, responde de un daño por delito o cuasidelito quien lo comete, pero la doctrina, la jurisprudencia y la legislación admiten que, en ciertas circunstancias se ha de **responder por hechos ajenos**, es decir, de terceros.

Los principales casos son los de los **padres, guardadores** y demás representantes legales de personas naturales incapaces; los de quienes son **propietarios o administradores** de ciertas empresas, que responden de sus subordinados; los que derivan de algunos contratos y derechos reales, sin que se trate de responsabilidad contractual.

2. Los que carecen de capacidad de entender y querer, no obran con la **libertad** propia del ser humano, de allí su incapacidad para contraer obligaciones directamente; pero estas personas, sin embargo, sí tienen aptitud para ocasionar daños con su conducta y no sería justo que la víctima de ellos sufriera el perjuicio sin obtener indemnización.

Daño biológico

Entendemos por daño biológico todo aquello que atenta directamente .contra la vida (o produce la muerte), la integridad, la salud corporal y psíquica de una persona.

Daño moral

El **daño moral** o agravio moral son conceptos sinónimos y consisten en los perjuicios o detrimentos ocasionados a una persona en su honor, en su reputación y demás bienes semejantes que se encuentran tutelados por la ley; daño moral que sin hallarse inmerso en los bienes materiales, suele afectar en determinados casos al patrimonio del agraviado (así dice una sentencia de la Corte Suprema).

D.2. DEBER, DEUDOR

Adeudar, tener una obligación pendiente. Ser sujeto pasivo de una obligación.

Se debe: entregar, hacer o no hacer alguna cosa. Si hay un deudor, correlativamente habrá un acreedor, que es quien puede exigir el cumplimiento de la obligación.

Las palabras deuda, deudor, deber, se usan con mucha frecuencia en el Código Civil, siempre expresando estas relaciones de obligaciones personales.

A cada derecho corresponde algún deber. El mismo titular o dueño del derecho soporta ciertas cargas, porque no hay derechos absolutos. Lo más notorio y frecuente es, que al titular de un derecho correspondan las obligaciones de otra persona: ésta tiene el deber de respetar el derecho ajeno.

En las obligaciones personales uno es el acreedor o sea el titular del derecho; y otro es el deudor, sobre el que pesa la obligación: éste deudor debe hacer, no hacer o dejar hacer alguna cosa.

También en el ámbito del derecho público hay deberes y derechos correlativos. Durante bastante tiempo se hablaba únicamente de derechos de los ciudadanos, pero en la Constitución actual se ha dedicado un hermoso artículo a los deberes de los ciudadanos.

D.3. DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Procurar que los servicios estén lo más cerca posible de los destinatarios. Esto supone que los órganos administrativos no se encuentren todos ellos en la capital sino en diversos sitios del estado, o bien que tengan ejecutores de las órdenes centrales, eficientemente repartidos a lo largo del territorio de la Nación.

El ideal de la descentralización administrativa ha existido siempre y, en cierta medida, ha sido impuesto por la misma conformación del país, dividido en tres zonas muy diferentes y con inmensas cordilleras que han mantenido en relativo aislamiento algunos sectores, por ejemplo, Loja, el Azuay, etc.

Sin embargo, la pobreza del estado a partir de la Independencia, impidió muchas veces que llegaran los servicios administrativos de comunicaciones, salud, educación, etc. a todas partes. Se impuso de hecho un mayor desarrollo favorecido por el estado, de los dos grandes centros: Quito y Guayaquil. Posteriormente, y sobre todo a partir de la "era petrolífera", se han multiplicado, escuelas, colegios, hospitales, servicios portuarios, carreteras, en beneficio de provincias anteriormente muy abandonadas.

Se plantea ahora el institucionalizar la descentralización mediante un equitativo reparto de los fondos públicos, de manera automática, de suerte que no se corra el peligro de que consideraciones puramente políticas y hasta egoísmos absurdos, dejen sin la debida atención a todos los sectores de la Patria. La tarea no es fácil y han de conjugarse los esfuerzos de los legisladores, mandatarios y ciudadanos para llegar a fórmulas equilibradas que robustezcan la unidad nacional a la par que se favorezca el desarrollo de todos los ámbitos del país.

D.4. DESCENTRALIZACIÓN CON SABIDURÍA

Me refiero a la que todos deseamos: aquella que contribuya al bien común de la Nación; la que permita llevar los servicios necesarios a los últimos rincones de la Patria y estimule la colaboración activa de todos los ciudadanos en las cuestiones de interés general, sin romper la unidad del estado, sino más bien consolidándolo.

Esa sabia descentralización, en una pequeña pero no despreciable medida, se ha ido realizando a lo largo de nuestros dos siglos de vida independiente. Yo recuerdo que cuando era niño, hace unas seis décadas, la aspiración en materia de educación, consistía en que funcionara un colegio fiscal en cada provincia y más o menos, esto se alcanzó en los años treinta; en los dos lustros siguientes, se procuró crear colegios en cada cabecera cantonal; en la administración del Dr. Otto Arosemena Gómez, el ideal se fijó, en construir una escuela por día, y de esta manera, llegamos a tener pequeñas construcciones escolares aún en sitios rurales totalmente apartados. Algo parecido ha sucedido en materia de hospitales: en 1930 se inauguró el entonces estupendo "Eugenio Espejo" en la Capital de la República, y yo recuerdo la inauguración de un pequeño hospital en Tabacundo, unos cuarenta años después. Las carreteras, primero trataron de unir de norte a sur la República, sin que se llegara a tener un curso transitable de frontera a frontera más que por 1940; la Capital se unió con el Puerto Principal hacia 1950, por la vía de Latacunga, Macuchi, Quevedo, cuyo tránsito constituía una atrevida aventura; desde principios de siglo contábamos, sin embargo con el ferrocarril, que ha ido en progresivo declinio.

Un país muy pobre, como ha sido y sigue siendo el Ecuador, no puede comenzar obras públicas importantes en todos los sitios a la vez. Sin embargo, se procuró habilitar varios puertos y se han ido mejorando paulatinamente todos ellos.

La descentralización de los servicios debe realizarse con sabiduría, no al impulso de explosiones emocionales, de la presión de intereses de grupo, región o lugar, porque esto no sería razonable.

Para obrar con sensatez, se requiere serenidad. No es el mejor momento para tomar decisiones de capital importancia, el momento de crisis; mucho menos, no se haría bien si se decidiera al calor de campañas artificiales promovidas por grupos de presión.

Por ejemplo, un punto muy delicado será el de resolver si la descentralización de los servicios se hace sobre la base de las provincias o de los municipios. Los concejos cantonales tienen una gran raigambre, una larga experiencia en el país, pero, en cambio se han establecido en muchos lugares de ínfimos recursos de modo que no podrían asumir todas las tareas de educación, salud, seguridad,

obras públicas, etc. Los consejos provinciales, en cambio, podrían evitar el excesivo centralismo de cada provincia, pero no tienen la misma tradición y arraigo que los municipios.

Otro punto delicado que no puede pasarse por alto, consiste en la necesidad de limitar la burocracia y por lo mismo, evitar que se multiplique por veinte o por veintiuno, creándose en cada provincia los respectivos congresos, organismos de control, de fiscalización, de planificación, de seguridad, etc., que podrían absorber los escuálidos recursos, sin que quede nada para el progreso propiamente dicho.

No quiero ponderar solamente las dificultades administrativas (y nada he mencionado de los problemas políticos y de los jurídicos), sino simplemente, señalar que la descentralización, que ordena la Constitución de la República y que generalmente se propugna, debe realizarse con la debida sabiduría: no es cuestión de descentralizar por descentralizar, de cualquier manera; peor aún, no podemos dejarnos llevar de actitudes emocionales de antagonismos absurdos o de pasiones incontroladas. Descentralización con sabiduría, será la que se haga en el momento oportuno, con la serenidad del caso, con la mirada puesta en el interés general, en el bien común, con un hondo sentido de solidaridad, dispuestos a ayudar a los que más necesitan: las regiones, las provincias, las parroquias o sitios rurales menos favorecidos, sin perder nunca el sentido de la unidad nacional.

Tarea del derecho ha de ser, entre otras, la de perfeccionar la administración pública, mediante una adecuada descentralización de los servicios, de modo que se busque seria y eficazmente el bien común.

D.5. DESCENTRALIZACIÓN CON PRUDENCIA

En anterior artículo me refería a la descentralización "con sabiduría" y ahora quiero aportar alguna idea complementaria, ya que no basta esa virtud, y es preciso obrar también con prudencia.

La historia nos puede inspirar muchos aspectos de prudencia. Por ejemplo, la oportunidad, el tiempo y el ritmo con el que se debe llegar a la descentralización. Pensemos en tres ejemplos tomados de épocas y países diversos.

En 1861 se dictó, por obra de un golpe cuartelero y la consabida Asamblea, una Constitución que descentralizaba extremadamente al Ecuador. Esto se hizo probablemente por influjo de la imitación a Colombia, que el mismo año se dictó la Constitución de Río Negro, de carácter federalista. La nuestra no llegaba a tanto como la Colombiana, pero sí establecía que en cada parroquia, en cada cantón y en cada provincia se elegirían todas las autoridades políticas me-

diante elección popular directa. Evidentemente el Ecuador no estaba hace más de un siglo preparado para esto, y el Presidente de la República nombrado por la misma Asamblea, fue el ilustre guayaquileño, Dr. Gabriel García Moreno, quien no pudo aplicar las exigencias de la Carta Política y gobernó al margen de ella, designando por su propia autoridad a los Gobernadores, Jefes Políticos y Tenientes Políticos, sin cuya plena adhesión mal habría podido sacar al país de la crisis más honda que jamás ha experimentado. Colombia dio término a su ensayo de federación, mediante una sangrienta guerra civil, mientras que el Ecuador rectificó el rumbo equivocado de manera pacífica. Sin embargo, se perdió la oportunidad de una reforma descentralizadora ponderada y benéfica por querer imitar a Colombia hasta los extremos exagerados.

Otro caso digno de meditación es el de España. Esa Monarquía logró la unidad del Estado a lo largo de una larga historia de por lo menos un milenio; sin embargo, los grupos raciales y de honda tradición local no se han fundido y en la Península se conservan lenguas distintas y se han desarrollado culturas variadas, a pesar de algunos intentos violentos de represión, como los de llegar a prohibir la edición de libros que no fueran escritos en castellano. Nunca hemos tenido estos excesos en nuestra Patria, y más bien se ha procurado un tanto artificialmente fomentar algunos grupos indígenas que realmente carecían de auténtica raigambre. España ha optado por el sistema de autonomías, que corresponde a esa tradición histórica, muy diferente de la realidad ecuatoriana. Aquí no hemos tenido un Reino de León y un Reino de Castilla o de Aragón, etc., en continuas guerras, y difícilmente amalgamados por obra de la Corona y de las empresas bélicas contra moros o países de conquista; en el Ecuador hemos vivido en paz interna e internacional, con breves paréntesis que nunca han llegado a la gravedad de las guerras de España.

No quiero decir que no podamos aprender e inspirarnos en los regímenes extranjeros, en Colombia, en España o en Yugoslavia que en estos días la vemos en plena delicuescencia. Sí que podemos mirar a lo que se ha hecho en otras partes, pero la prudencia aconseja a mirar más hondamente a nuestra propia realidad y buscar soluciones ingeniosas, adecuadas a nuestras circunstancias y no ir por el camino fácil, pero muy peligroso, de la simple imitación.

Nuestro país tiene que buscar la eficiencia administrativa, mediante una descentralización de servicios que esté realmente al alcance de nuestras posibilidades. Es absurdo que para conseguir un permiso de pesca marítima se tenga que hacer gestiones en un Ministerio en Quito; basta que se realice un trámite a nivel local; pero no se puede extremar la descentralización multiplicando las oficinas para este objeto de modo que haya una en cada puerto por pequeño que sea; se puede pensar en dos o tres de momento. Otro tanto podemos decir de la concesión de préstamos de los bancos de Fomento: cierto que sería ideal que los campesinos de los más apartados rincones de Costa, Sierra y Oriente, no tuvieran

que desplazarse para conseguir crédito; pero durante bastante tiempo tendremos que contentarnos con que se pueda gestionar en la capital de la provincia y en algún cantón más. Estos pocos ejemplos pueden hacer reflexionar sobre múltiples detalles en los que hay que proceder con prudencia, para no arruinar una idea valiosa, un ideal legítimo con soluciones apresuradas, inspiradas por la pasión o por la simple inercia de imitar a otros y no querer calcular lo más adecuado para el caso propio.

D.6. DESCENTRALIZACION 'FLEXIBLE'

Un proceso destinado a cambiar profundamente la administración de la República, no convendría que se realizara a base de prejuicios o de definiciones anticipadas y rígidas, sino que más bien debería inspirarse en la experiencia propia, en ensayos paulatinos y en ajustes progresivos, a medida que se vayan obteniendo resultados favorables.

Me refiero a una descentralización administrativa, porque, evidentemente hay otros aspectos que no parece, de ninguna manera, que se deban descentralizar. Concretamente, los relativos a la política y las estructuras fundamentales de orden jurídico. Al estado, para mantenerse como tal, le resulta indispensable tener unas líneas políticas que necesariamente se han de fijar con visión de conjunto; para esto tenemos un Congreso, con representantes de todas las provincias, y para esto se eligen unos primeros mandatarios, que deben gobernar con sentido de Nación y no de "patria chica".

Un Estado moderno no puede caer en el error que condujo a la ruina de la Unión Soviética: la planificación centralizada de la economía, que terminó en que ese inmenso país tuviera prácticamente una única industria –la bélica– y un solo factor de producción la maquinaria burocrática del estado. Pero tampoco se puede pensar en que cada parroquia del Ecuador, haga sus planes económicos y que la Nación entera no los tenga de ninguna índole. Hay necesidad de cierta planificación de las finanzas, de la producción, como de los servicios de seguridad, de salud, de empleo, de trabajo, de comunicaciones, de energía y muchas otras cosas. Aquí se requieren decisiones de índole político, que miren al bien común de la Nación, considerando los intereses –a veces contrapuestos– de diversos sectores, lugares etc.

Tampoco convendría que en un Estado moderno retrocediéramos a la época feudal, caracterizada por la disolución o desmembración absoluta del sistema jurídico, perdiéndonos en un laberinto inextricable de legislaciones parroquiales, cantonales, provinciales, zonales y nacionales. Esto no beneficiaría a nadie y lo que costó siglos a países como Alemania, Francia o España, esto es la unidad de legislación nacional, no podríamos perderlo nosotros que casi sin esfuer-

zo la hemos tenido siempre. Las variedades legislativas se dan en el plano de las ordenanzas municipales y parece que con ello basta.

En el plano administrativo y más concretamente, de la prestación de los servicios, es en lo que hay que dar pasos audaces y decididos hacia cambios profundos. En esto ya tenemos alguna experiencia, como señalé en otro artículo, pero, hay que seguir adelante, experimentando lo que sea más adecuado a nuestro medio, sin imitaciones serviles a ningún régimen extranjero y sin ideas preconcebidas sobre una única manera de descentralizar.

Probablemente habrá que proceder con flexibilidad según se trate de unas u otras provincias, ya que hay diferencias radicales entre las del Oriente, la Sierra y la Costa; tampoco se puede pensar en iguales sistemas para una provincia pequeña y pobre, que para otra grande, poblada y rica.

Pienso que sería un error, querer establecer de antemano reglas rígidas. Por ejemplo, la distribución de los fondos y su manejo no puede regularse por un solo criterio, como el de el origen de dichos fondos (casi imposible de determinar), o las necesidades de cada sitio (cuestión de muy relativa apreciación). Mucho menos, una norma de esta índole no debe figurar en la Constitución de la República; lo razonable sería que se fijara por el Congreso para cada presupuesto anual, o para unos planes nacionales de períodos ni muy largos ni demasiado breves, que podrían ser de tres a cinco años. Luego, los resultados, permitirían las correspondientes correcciones o compensaciones y poco a poco, se irían encontrando fórmulas de mayor estabilidad.

Si se actúa con la prudencia de no querer arreglarlo todo de golpe e instantáneamente, es posible que lleguemos a buen puerto; en cambio, si se quiere imponer una fórmula única, definitiva, lo más probable será que se haga fracasar el noble intento de descentralizar la administración.

D.7. DESCENTRALIZACIÓN DE LA EDUCACIÓN

En perfecta armonía con los grandes principios de la ciencia constitucional, nuestra Carta Política trata sobre la descentralización ordenadamente y señalando una jerarquía precisa de normas aplicables.

En efecto, el artículo 1, señala el principio más genérico al respecto, al declarar que el Gobierno del Estado Ecuatoriano, entre otras cualidades tiene el de ser "descentralizado".

Ese primer principio, se concreta en cuanto al "Régimen administrativo", en el Título XI, en el que se señalan las grandes aplicaciones de la descentralización al gobierno del Ecuador, sobre su política general y los fundamentales niveles

de la administración descentralizada: el provincial, el municipal y el parroquial, con sus respectivos Consejos, Concejos y Juntas.

Pero esos tres grados jerárquicos de la administración, no son los únicos ya que en el mismo Título XI se señalan los grupos indígenas y afroecuatorianos, que han de tener también órganos descentralizados de administración general. (Art. 228).

Además del régimen administrativo general descentralizado, la misma constitución trata del "Sector Público" y reconoce numerosas entidades que no se encuadran en la triple jerarquía provincial, municipal y parroquial. Hay organismos como el Banco Central, las Superintendencias, La Contraloría, etc., que también deben descentralizarse, pero no a través de los Consejos Provinciales, Municipales, ni de las juntas parroquiales, como es obvio.

Desde luego, las otras Funciones del Estado también tienen un grado de descentralización (siempre lo han tenido y la actual Constitución lo consagra). La Función Electoral se descentraliza mediante los Tribunales Provinciales, que nada tienen que ver con los Consejos Provinciales. La Función Judicial está ampliamente descentralizada y funciona con sus Distritos y los Tribunales y jueces de competencia más restringida (según diversas ramas o especializaciones), actúan con total independencia de los Municipios y otros órganos administrativos seccionales.

Al tratar de la descentralización administrativa, el Título XI enumera las principales atribuciones propias de los Consejos Provinciales y Municipales, pero no incluye entre ellas la de dar servicios de educación. No es, pues, un servicio que deba descentralizarse necesariamente a través de los Concejos Municipales o de los Consejos Provinciales, aunque bien pueden estos organismos contribuir a ello, en la medida de sus atribuciones, pero, de ningún modo, exclusivamente estos organismos.

Respecto de la educación, la Constitución señala el principio de la descentralización, de modo específico, para esta rama del servicio público, en el artículo 68. Este artículo tiene carácter especial, frente a las normas más generales del Título XI, y por tanto prevalece sobre ellas.

El artículo. 68, específico para la educación, dice que "El sistema nacional de educación... incorporará en su gestión estrategias de descentralización y desconcentración administrativa. Los padres de familia, los maestros y los educandos participarán de los procesos educativos". Aquí hay que destacar dos cosas: se agrega el principio de la desconcentración al de la descentralización, es decir que no se ha de concentrar en un solo órgano, ni siquiera en órganos descentralizados, sino que la política educativa –las estrategias–, han de seguir un régi-

men propio. En segundo lugar, este sistema educativo se ha de realizar con participación de padres, maestros y alumnos; esto sería imposible si la descentralización de la educación estuviera basada en las atribuciones de los Consejos Provinciales y Municipales, en los que ninguna intervención tienen los padres de familia, los maestros ni los alumnos.

Además de las normas constitucionales propiamente dichas, que rigen en términos generales sobre la descentralización, la misma constitución se remite varias veces a "las leyes", y es natural que sea así, ya que la constitución solamente señala los grandes lineamientos, los principios más genéricos, que requieren concretarse mediante leyes especiales.

En materia de educación, la ley establece como mecanismo apropiado para la descentralización y (esto es muy importante) para la desconcentración, el sistema de redes de planteles. En este sistema se sigue la "estrategia descentralizadora y desconcentradora", y se da la debida participación a padres de familia, maestros y educandos, tal como ordena la Ley Suprema.

En conclusión: no son los Concejos Municipales, ni los Consejos Provinciales los organismos que, según la constitución, deben encargarse de la descentralización en materia educativa, sino las redes establecidas adecuadamente en la Ley de Educación. No se excluye la intervención de los órganos administrativo-políticos mencionados, siempre que estos Concejos actúen en armonía con las específicas disposiciones legales y tengan en cuenta los otros principios constitucionales y legales, que realzan la importante misión de los padres de familia como educadores.

Las aplicaciones del principio de descentralización son múltiples, y es razonable que existan diversas opiniones. Lo importante será que todos busquemos honradamente encontrar los mejores caminos para lograr un servicio eficiente y bien orientado, en beneficio de todos los ciudadanos, principalmente los niños y jóvenes.

E.1. ERROR

1. Falsa aprehensión de la realidad. Tener una cosa por otra, equivocar.

2. El derecho protege la libertad y los derechos de las personas, por esto, respeta sus declaraciones de voluntad, sean unilaterales o contractuales. Para que exista una declaración de voluntad digna de esta protección legal, se requiere que el consentimiento carezca de vicios. Los clásicos vicios del error, la fuerza y el dolo, se enumeran en el artículo 1467, y en los que siguen se comienza a tratar de las diversas clases de error (artículos 1468 a 1471), para seguir luego con la fuerza y el dolo.

3. Vicios del consentimiento.- Dice el artículo 1467: "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo."

4. **Error de Derecho.** Art. 1468: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

4.1. Presunción de conocimiento de la ley. El artículo 6 del Código Civil, dice que, "se entenderá que la ley es conocida de todos, y será obligatoria". Se hace coincidir la vigencia de la ley con su publicación en el Registro Oficial (por regla general), y a partir de la publicación es obligatoria y "se entenderá conocida por todos desde entonces".

4.2. Hay, pues, obligación de conocer las leyes, y el Estado proporciona los medios para que puedan conocerse. De aquí se deriva que quien no las conoce en principio, **no es excusable**. De otro modo caeríamos en un relativismo e inestabilidad muy grandes; bastaría alegar ignorancia para librarse del cumplimiento de cualquier deber. Por otra parte la prueba de hechos internos (el conocimiento) suele ser muy difícil o imposible.

Sin embargo, el rigor de aquel principio –de la inexcusabilidad por ignorancia–, tiene que sufrir algunas **mitigaciones**. Así por ejemplo, si bien es obligatorio para todos los ecuatorianos varones que hayan cumplido determinada edad y condiciones el votar en los comicios públicos, sin embargo, la sanción que se imponga a un hombre ignorante que alegue desconocimiento de la Ley, no puede ser la misma con que se castigue a un abogado, que por razón de su profesión está moralmente más obligado a conocerlas.

4.3. Si bien la **ignorancia** no puede excusar del cumplimiento de la Ley, sí puede en cambio producir otros efectos.

A propósito de la posesión establece el artículo 721 del Código Civil que el "error en materia de derecho constituye una **presunción de mala fe**, que no admite prueba en contrario". De modo que ese error vicia de mala fe la posesión, con todas sus consecuencias.

4.4. En el artículo 1468 del mismo Código Civil, en el Título referente a los actos y declaraciones de voluntad, dice: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento"; de tal forma que los actos realizados con dicho error no son de suyo nulos sino **válidos**.

En cambio, el artículo 1699, establece que aquel que ha ejecutado un acto o contrato **"sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba"**, no puede alegar la nulidad. Por consiguiente aquel que realmente ignoraba el vicio y no estaba obligado a conocerlo, sí puede alegar la nulidad demostrando su ignoran-

cia. En este caso, la demostración del desconocimiento del vicio (desconocimiento de la ley que reconoce tal vicio) no trae consigo la excusa del cumplimiento de la ley, sino precisamente que la ley se cumpla, aplicándose la sanción de nulidad.

5. **Error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa.**

Art. 1469: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra."

5.1. Para que exista verdadera **libertad** en las decisiones, se requiere primeramente saber en qué consiste el acto o contrato que se ejecuta; los errores en tal materia, normalmente ocasionan la nulidad, por privar al consentimiento de la integridad necesaria.

5.2. El error que afecta a los actos o contratos se refiere fundamentalmente a tres cosas: el objeto, el sujeto y la relación. Según incida más o menos profundamente en las decisiones humanas, el derecho da mayor o menor trascendencia a estos errores, tal como se manifiesta en los artículos que estamos comentando.

5.3. En ciertos casos, el derecho trata de dar mayor estabilidad a lo resuelto por actos voluntarios, como en la renuncia de gananciales, que solamente por excepción se puede anular, y precisamente esto es factible cuando se ha incurrido en "un error justificable acerca del verdadero estado de los negocios." De aquí se deduce que el error, si es **injustificable**, no permite impugnar la validez de dicha renuncia. Tampoco sirve para alcanzar la nulidad, un error meramente **accidental**, puesto que la ley se refiere "al verdadero estado de los negocios"; esto se ha de entender, en su integridad, en el conjunto o en cuanto sea esencial, fundamental, no meramente accidental.

5.4. Hay una estrecha relación entre **error y buena fe**: si el error es inculpable, tal vez, inevitable, se presume que quien ha incurrido en él procede de buena fe. En cambio, si el error pudo y debió evitarse, no disminuye la responsabilidad, se presume la mala fe y el culpable se somete a todas las cargas y responsabilidades.

La doctrina habla del **error "determinante"**, es decir, el que influye decisivamente en lo que haya actuado, contratado o dispuesto una persona: este error normalmente afecta a la validez del acto, ya que vicia profundamente el consentimiento. Así se reconoce en el artículo 1086 a propósito de asignaciones testamentarias: si se han dispuesto por un motivo determinante que resulta ser un

error de hecho, la asignación se entenderá "no escrita", es decir, se anula, aunque no afecte a la validez de todo el testamento.

5.5. El error de hecho puede circunscribirse a una mera **equivocación de cálculo**; una operación aritmética equivocada, por ejemplo un cálculo de intereses mal realizado. Este error de cálculo no produce nulidad del acto o contrato, sino que se debe simplemente rectificar; así está dispuesto expresamente a propósito de hecho de la transacción (Art. 2360), pero se aplica el mismo principio a otros contratos, por ejemplo, el de mutuo

.

5.6. Normalmente no importa la persona con quien se contrate, y por esto, el error en la **identidad de las partes** no afecta a la validez; pero cuando la causa o motivación fundamental para un acto o contrato reside en la consideración de la persona –*intuito personae*– entonces, es obvio que el error resulta esencial y produce la nulidad. Tal es el caso del matrimonio, o de la donación o la transacción; en estos ejemplos, es determinante, decisiva, la identidad de las partes, y el error de hecho en este importantísimo asunto, produce la nulidad.

6. **Error de hecho sobre las calidades de la cosa.** "El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante."

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte."(Art. 1470).

7. **Error de hecho sobre la persona.** "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato." (Art. 1471).

E.2. ESCRITURA

1. Documento escrito. Instrumento exigido muchas veces por las leyes para dar forma o **solemnidad** a ciertos actos y contratos; la escritura también sirve de **prueba** y a veces es prueba de la que no se puede prescindir.

Se distinguen dos clases de escrituras: las **públicas** y las **privadas.** Cuando genéricamente la ley se refiere a "escritura", se entiende que puede ser cualquiera de las dos clases.

2. La **escritura privada** no requiere de ningún requisito especial: basta que se emplee este medio de consignar el pensamiento en cualquier material y por cualquier medio (a mano, o valiéndose de aparatos mecánicos, eléctricos o electrónicos). Generalmente se exige que tenga una o más **firmas,** que señalan la persona o las personas responsables de lo que se dice, declara, promete, etc. en el documento.

3. Los **instrumentos públicos** son escrituras en las que interviene algún agente de las funciones del estado: la administración ejecutiva, la función judicial o la legislativa.

Escritura pública es el instrumento otorgado ante un Notario, e incorporado en un protocolo o registro público. Normalmente intervienen también uno o más testigos, además de la parte o partes que consignan sus declaraciones.

4. "La **forma** se refiere a las solemnidades externas" dice el artículo 16 del Código Civil. Muchas veces se toman como sinónimos "formas" y "solemnidades".

Los actos jurídicos son el fruto del consentimiento de una o más partes que se desarrolla en el ámbito de libertad señalado por la ley. Pero el consentimiento es interior al individuo, para tener valor jurídico necesita manifestarse. En algunos casos la exteriorización del consentimiento puede hacerse en cualquier forma: de palabra, por escrito, mediante ciertas actitudes, incluso con el silencio. La Ley tiene que tutelar la justicia y la seguridad, y muchas veces logra esos objetivos dejando un amplio margen de libertad y cerciorándose de que esa libertad es respetada: en los actos de índole privada, como lo son la mayor parte de los contratos, basta, pues, que la ley asegure la capacidad y el libre consentimiento de la parte o las partes; en estos casos, la forma de los actos es igualmente libre: puede escogerse cualquiera. Pero otras veces, entra en juego el orden público, los intereses vitales de la sociedad como tal, que superan los del individuo, y entonces la ley puede exigir formas o solemnidades propiamente dichas, que den una fijeza mayor a los actos, que garanticen mejor el cumplimiento de todos los requisitos jurídicos y que constituyan un medio de prueba de los mismos actos; entonces tenemos **formas solemnes**.

F.1. FAMILIA

El núcleo o célula fundamental de la sociedad.

Institución de derecho natural, reconocida y protegida por el derecho de múltiples maneras: por los tratados internacionales, el Derecho Constitucional, el Civil, el Penal, etc.

La familia se funda y basa en el matrimonio, y comprende a los cónyuges, los hijos y otros parientes que dependen social y económicamente del mismo hogar común. Hay, sin embargo, familias irregulares y familias incompletas, que no cumplen con todos esos requisitos y características. (Ver "Matrimonio").

F.2. FAMILIA Y EDUCACIÓN

Me propongo exponer la doctrina de la Iglesia sobre la misión, derechos y deberes de la familia en cuanto a la educación y señalar en qué forma se aplica o se deja de aplicar estos principios en la actual legislación del Ecuador.

Doctrina de la Iglesia sobre la familia en cuanto a la educación.

Constantemente ha enseñado la Iglesia que la educación es obra que compete a tres entidades: la familia, el Iglesia y el Estado, no contraponiéndose ellas en su misión, sino completándose y requiriendo del armónico desempeño de las tres.

Ya en el siglo XIII aquella gran lumbrera de la humanidad que fue Santo Tomás de Aquino, sintetizaba en la Suma Teológica el principio que luego ha sido frecuentemente citado en documentos de concilios, de papas y de obispos: "El padre carnal –escribió– participa singularmente de la razón de principio, la que de un modo universal se encuentra en Dios...El padre es principio de generación, educación, disciplina y de todo cuanto se refiere al perfeccionamiento de la vida" (2,2,q.102 a 1).

En otro lugar agrega el Santo Doctor: "La naturaleza no pretende solamente la generación de la prole, sino también su desarrollo y progreso hasta el perfecto estado del hombre en cuanto es hombre, o sea el estado de virtud" (Supl. 3,q 41,1). He aquí el fundamento de la misión de los padres respecto de la educación de sus hijos: ellos deben perfeccionar, en cuanto está a su alcance, el ser mismo, la personalidad de aquellos a los que han engendrado, para que lleguen a la plenitud de la vida, a la virtud o santidad. Y este es, precisamente el objetivo de una verdadera educación; edificar el hombre perfecto, según los planes de la Providencia divina.

Sin detenerme en la múltiples enseñanzas que durante muchos siglos la Iglesia fundamente en los principios que acabo de recordar, paso a referirme a la Encíclica "Divini Illius Magistri" expedida el 31 de diciembre de 1929 por Pio XI. En momentos en que el mundo sufría los embates de los totalitarismos –el marxismo, el nazismo y el fascismo–, este gran pontífice afirmó con valentía los

derechos de la familia, la Iglesia y el Estado, repudiando todo monopolio o absorción por una de las tres entidades.

"La educación –razona el Papa– es obra necesariamente social, no solitaria. Ahora bien, tres son las sociedades necesarias, distintas pero armónicamente unidas por Dios, en el seno de las cuales nace el hombre: dos de ellas son de orden natural, la familia y la sociedad civil; la tercera, la Iglesia es de orden sobrenatural." (N° 12).

Inmediatamente destaca la importancia de la familia en el quehacer educativo: "Ante todo, la familia, instituida inmediatamente por Dios para un fin que le es propio, cual es la procreación y educación de la prole; sociedad que por esto tiene **prioridad** con respecto de la sociedad civil" (N°13). Contiene un trascendental valor esta declaración de la "prioridad" de la familia, pues no se debe jamás admitir que sus funciones y derechos sean concedidos por el estado, sino que se presentan como anteriores al estado e independientes de él; por tanto, el estado debe tutelar y respetar esos derechos.

Rechaza Pio XI cualquier sombra de oposición con la Iglesia: "Los derechos de ésta no merman los de terceros, compensan más bien y elevan al orden sobrenatural los derechos naturales de los otros...tanto más que no están en oposición sino antes bien en perfecta armonía con los de la familia y el Estado".(N. 29). La Iglesia ayuda, no destruye; colabora, no absorbe y se ha de mirar con confianza su intervención en la educación ya que únicamente busca el bien sobrenatural, el fin último de felicidad para toda criatura.

Refiriéndose más directamente a los padres, dice el Soberano Pontífice: "El derecho de los padres de familia es directo e inviolable. La familia tiene inmediatamente del Creador la misión, y por lo tanto, el derecho a la educación de la prole, derecho inalienable por estar inseparablemente unido con la estricta obligación, derecho anterior a cualquier derecho de la sociedad civil y del Estado, y por lo mismo inviolable por parte de toda potestad terrena." (N. 32).

Al mismo tiempo, señala lo límites de estas atribuciones: "El derecho de la familia no es absoluto: depende del último fin y del bien común de la sociedad, subordinado, pues, en lo sobrenatural a la Iglesia y en lo temporal al Estado" (N. 36). Dentro de esos límites, los padres no deben hacer abandono de sus derechos (N. 37), y reafirma que "Un monopolio educativo es injusto" (N. 50).

Adelantándose más de cincuenta años a prevenir males que hoy día se difunden desgraciadamente en el mundo, advierte Pio XI contra el peligro de una "información naturalística sexual" (N. 71). En esta materia son los padres quienes deben educar a los hijos para la castidad, indicándoles los medios sobrenatura-

les y dándoles con extremada prudencia los conocimientos realmente necesarios, sin descender a detalles que sólo exacerbarían las pasiones.

Sorprende la clarividencia con la que el Vicario de Jesucristo a principios del siglo pasado advertía ya de los inconvenientes de la coeducación o educación mixta, que las más modernas tendencias pedagógicas están ahora rechazando como inconveniente a la necesaria adaptación de las enseñanzas según las exigencias propias de varones y de mujeres. (Nums. 71-74).

También Pio XII recordó varias de estas enseñanzas en numerosos discursos, pero fue sobre todo el Concilio Vaticano II, el que ahondó en los problemas de la educación y, fiel a la tradición de la Iglesia, reafirmó cuanto acabamos de exponer.

En la Constitución Gaudium et Spes leemos: "De los vínculos sociales que son necesarios para el cultivo del hombre, unos, como la familia y la comunidad política, responden más inmediatamente a su naturaleza profunda" (N. 25). "La familia es escuela del más rico humanismo. Para que pueda lograr la plenitud de su vida y misión se requieren un clima de benévola comunicación y unión de propósitos entre los cónyuges y una cuidadosa cooperación de los padres en la educación de los hijos" (N. 52).

Enseña el Concilio las grandes líneas que han de inspirar la educación en familia, y señala metas elevadas en el objetivo que se propone: "La educación de los hijos ha de ser tal, que al llegar a la edad adulta puedan, con pleno sentido de responsabilidad, seguir la vocación, aún la sagrada, y escoger el estado de vida (...) es propio de la familia guiar con prudentes consejos, para fundar una familia, evitando toda coacción directa o indirecta que les lleve a casarse o elegir determinada persona."(N. 52). Además de las luces de la razón y de la fe que corroboran estas afirmaciones, aún el sentido común se pregunta: ¿Quién sino es la familia podría orientar así a los hijos en la vida?

El Concilio conoció plenamente a través de sus casi tres mil obispos, sobre la situación del mundo y los peligros que se cernían sobre la familia y sobre la educación, por lo cual afirma con virilidad: "Hay que salvaguardar el derecho de los padres de familia a procrear y a educar en el seno de la familia a los hijos. Esto se debe proteger con legislación adecuada". Al cabo de cinco décadas, vemos como existen intentos satánicos en el mundo entero por destruir la familia, por privarla de fecundidad, por separar la sagrada transmisión de la vida de la función esencial de los hogares constituidos sobre el sacramento del matrimonio y por negar a los padres sus derechos de completar la obra creadora con la educación. Todos esos descarriados propósitos han aflorado también y están apareciendo en leyes y proyectos legislativos de nuestros días, en el Ecuador. La Iglesia, gobernada por el Espíritu Santo nos exige: "hay que salvaguar-

dar...se debe proteger con una legislación adecuada..." ¿Estamos cumpliendo con la debida firmeza estas indicaciones del Concilio ecuménico?

No se trata solamente de transmitir unos conocimientos útiles para la vida o para ser un engranaje más en el mecanismo de la producción: el concepto de educación que expone el Concilio es inmensamente más sublime que esas miradas rastreras que han inspirado ciertas reformas en este país. Escuchemos estas inspiradas palabras: "Madre nutricia de esta educación es ante todo la familia: en ella los hijos, en un clima de amor, aprenden juntos con mayor facilidad la recta jerarquía de las cosas, al mismo tiempo que se imprimen de modo como natural en el alma de los adolescentes formas probadas de cultura a medida que van creciendo" (N. 61). ¡Cuánto mejoraría nuestra sociedad si todas las familias, ayudadas por la Iglesia y por el Estado, por las escuelas y colegios, imprimieran en las nuevas generaciones el amor a la verdad, el sentido de la honradez, de la castidad, del respeto a toda autoridad, de justicia, de solidaridad, de justicia, y sobre todo de temor y amor de Dios! Esto es transmitir una cultura, nuestra cultura profundamente cristiana y por lo mismo inspirada en valores sobrenaturales y que sabe distinguir esa "jerarquía de las cosas", que las cosas son para el hombre y no el hombre para las cosas: que el ciudadano es el fin del Estado y no un simple elemento de producción económica.

Otro documento del Concilio se centra exclusivamente en la formación, la declaración *"Gravissimum educationis"*, y en ella se destaca más todavía la misión y responsabilidad de las familias, en unidad de pensamiento con los grandes principios ya planteados por Santo Tomás de Aquino: "Puesto que los padres han dado la vida a los hijos, tienen la gravísima obligación de educar a la prole y, por tanto, hay que reconocerlos como los primeros y principales educadores de sus hijos (...) La familia es, por tanto, la primera escuela (...) El deber de la educación, que compete en primer lugar a la familia, requiere la colaboración de la sociedad (...) Es obligación de la sociedad civil proveer de varias formas de educación, tutelar los derechos y obligaciones de los padres y de quienes intervienen en la educación y colaboran con ellos; completar la obra educativa, según el principio de la acción subsidiaria, cuando no basta el esfuerzo de los padres o de otras sociedades, ateniéndose a los deseos paternos; y, además, crear escuelas o institutos propios según lo exija el bien común" (N. 3). He aquí todo un plan de acción para los poderes públicos, un campo amplísimo de trabajo, pero que no ha de menoscabar la responsabilidad preferente de la familia, sino que la ha de dotar del necesario auxilio.

El Concilio insiste en que "Es necesario que los padres, cuya primera e intransferible obligación y derecho es educar a los hijos, **gocen de absoluta libertad en la elección de las escuelas** (...) El poder público debe procurar distribuir los subsidios de modo que los padres puedan escoger con libertad absoluta, según su propia conciencia, las escuelas de sus hijos" (N. 6). Esto es un modelo de

amor a la libertad y de respeto al orden debido: el Estado no se ha de constituir en tirano, sino en servidor de las familias, y éstas cumplirán sus obligaciones de educar a los hijos, contando con la ayuda que el Estado debe brindarles, no como un favor o una dádiva, sino en cumplimiento de un riguroso deber de justicia.

Para ser consecuente el Estado con su función subsidiaria, ha de proporcionar en sus propios establecimientos educativos unas posibilidades de formación según las aspiraciones más elevadas de la población, de los padres de familia. No puede el Estado prescindir de la cultura nacional ni pretender desfigurarla, mutilarla o desviarla, y ha sido un verdadero crimen contra la cultura nacional el que desgraciadamente se ha cometido en el Ecuador, pretendiendo imponer a muchos, a la gran mayoría, una educación que prescinde de los valores religiosos y muchas veces los ataca frontalmente. Por el contrario, el Concilio enseña que: "Los alumnos de las escuelas públicas no se vean privados de la formación moral y religiosa; que esas escuelas se abran a los padres, a los sacerdotes, para que enseñen la doctrina de salvación de forma acomodada a la edad y circunstancias y presten auxilio espiritual a los alumnos." (N. 7).

¿Y qué decir de la doctrina del Juan Pablo II, en tan numerosos discursos, exhortaciones, cartas apostólicas, encíclicas, y en los grandes documentos de mayor alcance de su pontificado como son el Código de Derecho Canónico y el Catecismo de la Iglesia Católica? Por mucho que se quiera resumir no se diría ni una mínima parte de tan sublimes como prácticas enseñanzas. Apenas mencionaré unos pocos puntos de los más conocidos documentos de este pontificado extraordinariamente fecundo.

En la Exhortación Apostólica *"Familiaris consortio"* analiza el Santo Padre los más variados aspectos de la familia, y no podía dejar de referirse a la educación. Entre otras cosas enseña: "Según el designio de Dios, el matrimonio es el fundamento de la comunidad más amplia, de la familia" (...) y la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole, en la que encuentran su coronación" (N. 14). En contraste con estas palabras llenas de sabiduría y de sentido común, pensemos lo que significan las campañas, en las que se gastan millones que podrían aliviar las necesidades populares, en difundir ideas que pervierten el sentido de la familia, que pretenden edificarla en la pasión o el interés y no en el matrimonio, que quisieran equipara absolutamente la unión libre a la unión santificada por el sacramento, y ¿qué decir de los millones gastados en procurar no la fecundidad, sino la extinción de la vida, no el progreso del amor sino el triunfo del egoísmo, no la estabilidad del hogar, sino la fragilidad más grande del vínculo conyugal, y que pretenden también quitar a los padres el derecho natural de educar a los pocos hijos que permiten nacer? Hay instituciones y personas empeñadas en destrozar lo que una civilización cristiana ha edificado a lo largo de siglos de

esfuerzo y sacrificio, y esas personas e instituciones cuentan con abundantes medios económicos para su labor de zapa, de destrucción del matrimonio, de la familia y de la vida misma.

Hablando de la unión de los esposos, de su amor, destaca Juan Pablo II que "Un momento fundamental para construir tal comunión está constituido por el intercambio educativo entre los padres e hijos, en que cada uno da y recibe. Mediante el amor, el respeto, la obediencia a los padres, los hijos aportan su específica e insustituible contribución a la edificación de una familia" (N. 21). Así valora el Papa la participación de padres e hijos en la "edificación de la familia"; en abierta oposición a estas sabias enseñanzas del Supremo Pastor, el proyecto legislativo ha querido borrar toda referencia existente en nuestro Código Civil – que es el verdadero Código de la Familia– al deber de la obediencia de los hijos a los padres, y hasta el natural respeto que les deben; se pretende sustituir las virtudes cristianas por el vago concepto de "autoestimación", más propio para disimular la soberbia y el egoísmo y no para fomentar el orden fundado en el amor.

En el número 36 de la *Familiaris consortio* se encuentra una preciosa síntesis de las principales orientaciones para la educación en familia, y no resisto a transcribir siquiera una parte de tan luminosas verdades: "El derecho-deber educativo de los padres se califica de *esencial* , relacionado como está con la transmisión de la vida humana; como *original y primario* , respecto al deber educativo de los demás, por la unicidad de la relación de amor que subsiste entre padres e hijos; como *insustituible* e *..inalienable* y que, por consiguiente, no puede ser totalmente delegado o usurpado por otros.- Por encima de estas características, no puede olvidarse que el elemento más radical, que determina el deber educativo de los padres, es *el amor paterno y materno* que encuentra en la labor educativa su realización, al hacer pleno el servicio a la vida. El amor de los padres se transforma en *fuente, en alma,* y por consiguiente, en *norma*, que inspira y guía toda la acción educativa concreta, enriqueciéndola con los valores de dulzura, constancia, bondad, servicio, desinterés, espíritu de sacrificio, que son el fruto más precioso del amor." ¡Qué lejos de estos sublimes ideales se encuentran las motivaciones rastreras de pretendidas reformas legales que sólo miran al incremento de la producción!

Dedica el Papa preciosas líneas al delicado tema de la formación para el amor y la familia: "La educación para el amor como don de sí mismo, constituye también la premisa indispensable para los padres, llamados a ofrecer a los hijos una *educación sexual* clara y delicada. Ante una cultura que "banaliza" en gran parte la sexualidad humana, porque la interpreta y la vive de manera reductiva y empobrecida, relacionándola solamente con el cuerpo y el placer egoísta, el servicio educativo de los padres debe basarse sobre una cultura sexual que sea verdadera y plenamente personal. En efecto, la sexualidad es una riqueza de la

persona –cuerpo, sentimiento y espíritu– y manifiesta su significado íntimo al llevar la persona hacia el don de sí misma en el amor.- La educación sexual, derecho y deber fundamental de los padres, debe realizarse siempre bajo su dirección solícita, tanto en casa como en los centros educativos elegidos y controlados por ellos. En este sentido la Iglesia reafirma la ley de subsidiaridad, que la escuela tiene que observar cuando coopera en la educación sexual, situándose en el espíritu mismo que anima a los padres.- En este contexto es del todo irrenunciable la *educación para la castidad*, como virtud que desarrolla la auténtica madurez de la persona y la hace capaz de respetar y promover el "significado esponsal del cuerpo..." Sería preciso detenerse en este importante asunto y leer y meditar con docilidad las enseñanzas de quien nos habla en nombre de Cristo, pero debemos seguir adelante, no sin recomendar especial atención a este punto, por encontrarse también en la mesa de los legisladores algunas iniciativas desviadas, que ya han corrompido profundamente a otros pueblos y que insensatamente quieren algunos transplantar al nuestro, de raíces muy distintas de aquellos que han ido por los caminos de la corrupción, de la pérdida del sentido de la dignidad hasta no reconocer ni siquiera la necesaria la necesaria heterosexualidad en el matrimonio y han equiparado repugnantes uniones contra la naturaleza, al amor santificado por Cristo.

En un tiempo en que muchos, felizmente, desean asumir en plenitud sus responsabilidades y bastantes desearían corroborarlas con específicos encargos eclesiales, a modo de ministerios laicales, el Papa indica que para los casados, el deber educativo de los hijos es un verdadero ministerio: "El deber educativo –dice–, recibe del sacramento del matrimonio la dignidad y la llamada a ser un verdadero y propio "ministerio" de la Iglesia" (N. 38). Es la conocida doctrina de la "gracia de estado", que se confiere a los cónyuges por el sacramento del matrimonio y les habilita y responsabiliza, sin comparación más que otra persona, a ser los verdaderos educadores de sus hijos.

La Congregación para la Educación, con la aprobación del Papa, expidió una Instrucción el 15 de octubre de 1982, en la que se compendian las anteriores enseñanzas y se aplican a especiales circunstancias. Entre otras cosas, enseña que: A causa de la importancia de la escuela en orden a la educación del hombre, es el mismo educando y, cuando él no está todavía capacitado para ello, sus padres, los que tienen el derecho de elegir el **modo de esa formación** y, por lo tanto, la clase de escuela que prefieren. (El laico testigo de la fe, N. 14).

Con la misma autoridad pontificia la Santa Sede promulgó la "Carta de los Derechos de la Familia, el 22 de octubre de 1983, en cuyo artículo 5 se dice: "Por el hecho de haber dado la vida a sus hijos, los padres tienen el derecho originario, primario e inalienable de educarlos; por esta razón ellos deben ser reconocidos como los primeros y principales educadores de sus hijos" y enumera las principales consecuencias que resumo así: a) Los padres tienen derecho de edu-

car a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas; b) deben elegir libremente las escuelas y otros medios, sin tener que soportar cargas injustas; c) que sus hijos no sean obligados a cursos que no están de acuerdo con sus convicciones morales o religiosas, en particular sobre educación sexual; d) no se excluya la educación religiosa de ninguna escuela; e) se ha de tomar en cuenta a los padres para la formación política de los hijos; f) los medios de comunicación sean instrumentos positivos de la educación.

Todavía habría que reseñar lo que contienen el Catecismo de la Iglesia Católica y el Código de Derecho, ambos documentos consultados a todos los obispos del mundo, y que coinciden con las enseñanzas pontificias y conciliares.

II. **Paso, a referirme al derecho positivo actual en el Ecuador.**

Merece destacarse el hecho de que desde la Constitución de 1946, se ha cambiado totalmente el concepto de "laicismo en educación", definiendo aquella Carta Política que "El Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna", y que respeta el derecho de los padres de familia de "dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren", además, se abre por primera vez, después de cincuenta años de sectarismo adverso a la enseñanza particular, la posibilidad de darle ayudas económicas de los fondos públicos. Estos grandes principios han pasado ya a ser parte del derecho consuetudinario ecuatoriano, pues en las Leyes Supremas de 1967, 1978 y la actual codificación de 1998, se repiten estos importantísimos conceptos de una u otra forma, con variaciones verbales, pero siempre manteniendo esos grandes principios, que ya nadie podrá desconocer, aunque no sea sino por estas disposiciones constitucionales.

A lo dicho, se suma el progresivo énfasis y perfeccionamiento de los conceptos constitucionales de **libertad y de igualdad**, que excluyen absolutamente la posibilidad de un monopolio estatal de la enseñanza o las discriminaciones de cualquier índole contra los alumnos o los planteles en que estudien.

Estos principios constitucionales no pueden restringirse o desconocerse bajo ningún pretexto, ni en ningún aspecto, ni por parte de las autoridades ni de leyes o reglamentos. La Constitución es la Suprema Ley y nada valen las normas secundarias, frente a ella. Nótese, sin embargo, que a veces, simples reglamentos o disposiciones ministeriales, dejan sin efectividad esos saludables principios, lo cual debe corregirse con energía, recurriendo, cuando sea preciso a los mecanismos legales que la misma Constitución ha establecido para eliminar tales abusos.

Otro punto de suma importancia es el contenido en el artículo 63 de la Constitución actual: **los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las demás leyes del Ecuador, incluso se sitúan por encima de las leyes orgáni-**

cas. La Constitución garantiza que los convenios internacionales se han de ejecutar en el Ecuador, sin que valga como pretexto para no cumplirlos, la carencia de reglamentos u otras disposiciones particulares. Esto tiene suma importancia, porque el Ecuador ha suscrito varios tratados internacionales y éstos han de prevalecer incluso sobre cualquier disposición de leyes o reglamentos.

Entre los tratados, conviene mencionar en primer lugar el Modus Vivendi celebrado con la Santa Sede en 1937, en el que se reconoce la libertad de la Iglesia para crear y mantener establecimientos de educación de cualquier nivel. Allí se conviene también aunar los esfuerzos de la Iglesia y el Estado para difundir la cultura, principalmente entre los indígenas y campesinos. Esto debe llevarse hasta sus últimas consecuencias.

De enorme trascendencia son la Carta de las Naciones Unidas y las Declaraciones de Derechos Humanos de la ONU y de la OEA, en las cuales se afirma el derecho de los padres de orientar la educación de sus hijos, conforme a sus convicciones, y se garantiza la libertad de educación.

Esa libertad se plasmó entre nosotros en la Ley de 1994, de Libertad de enseñanza religiosa de las Familias del Ecuador, que permite precisamente a los padres de familia **escoger libremente** si se han de dar o no se han de dar clases de religión a sus hijos, y en caso de resolver positivamente esta opción, pueden señalar la religión que prefieren. Esta verdadera conquista de la libertad fue tergiversada por algunos sectarios, que sin entender lo que es la libertad y sin respeto a los pactos internacionales, sostenían que dicha ley se oponía al laicismo. Tales absurdos conceptos fueron desechados por el más alto Tribunal de Justicia: por la sala de lo constitucional de la Corte Suprema.

La ley está en vigencia, pero los espíritus contrarios a la libertad no dejan de combatirla, y han encontrado mil subterfugios para impedir su aplicación en algunos casos, en abierta desobediencia a la constitución de la República. Así, la falta de señalamiento preciso en el currículo o de disposición de las horas concretas que se han de dedicar a esta enseñanza de básica importancia para la educación integral, causan dificultades. Otra forma de desobedecer a la constitución y la ley, consiste en negar –en flagrante desconocimiento de la justicia– los medios económicos para mantener dichas clases. He aquí, dos puntos en los que hay que luchar con valentía, para hacer obedecer la constitución y la ley.

El apoyo económico a la enseñanza particular deja mucho que desear, aunque se avanzó mucho con el Decreto 2129, que ordena entregar el 50% de lo que el Estado gasta por alumno, a los de establecimientos particulares gratuitos. También este punto debe perfeccionarse.

Los padres de familia han de estar atentos para evitar que pasen adelante proyectos desgraciados que actualmente cursan en el Parlamento y que, de ser aprobados, crearían graves inconvenientes y desconocerían los derechos de los padres y los alumnos, derechos garantizados por la Constitución. Por ejemplo, la pretendida "sectorización", se opone claramente al derecho de escoger libremente los planteles por parte de los padres, al imponerles que deban enviar sus hijos a las escuelas situadas en cierto sector.

El proyecto actual de nueva Ley de Educación, en los considerandos declara con acierto que es preciso reconocer los derechos de los padres de familia y darles mayor participación en la organización y control de las escuelas y colegios, pero luego, en las disposiciones concretas, en lugar de reconocerse ese derecho, se aprecia un espíritu de desconfianza hacia las familias, mientras que se permite la intervención en los planteles educativos de otras entidades de la "sociedad civil", lo que podría venir en desmedro de los padres de familia, politizar la educación o someterla a influencias indeseables.

Se echa de menos en todo el proyecto una falta de aprecio de los valores religiosos y morales, que apenas si se toleran, y se desenfoca totalmente la finalidad de la educación al dar desmedida importancia a la capacitación de los alumnos para ser elementos activos de la producción económica. Este defecto capital, tendría que corregirse para que el proyecto sea aceptable.

En lugar de dar pasos adelante en la implantación de una justicia distributiva de los fondos de educación, se perjudica en el proyecto a los planteles particulares sometiéndoles a regulaciones arbitrarias, como la fijación de las pensiones por organismos oficiales y la congelación de las mismas durante largos períodos.

La influencia desmedida que se concede a la Unión Nacional de Educadores, amenaza agravar la situación ya lamentable de inseguridad, politización y anarquía en la educación.

Al señalar así los más graves, aunque no los únicos, defectos del proyecto, no quiero con esto sostener una oposición radical a toda la iniciativa, que puede tener puntos positivos, pero que se neutralizan totalmente con las injusticias que acabo de mencionar.

F.3. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

1. Por fuentes del derecho se entiende tanto los procesos históricos y los procedimientos técnicos a través de los cuales el derecho se formula, cuanto los documentos, tradiciones, organismos, etc. por medio de los que se puede conocer el Derecho vigente en lugar y tiempo determinados. Las primeras son las fuentes de creación o elaboración del derecho, mientras que las segundas lo son del

conocimiento del derecho. Claro está que a veces puedan coincidir las fuentes de creación y de conocimiento del derecho; así por ejemplo, una ley puede establecer ciertos derechos y los conoceremos por la misma ley. En este punto me voy a referir a las fuentes del derecho bajo el primer respecto o sea, en cuanto orígenes del derecho positivo.

2. Las fuentes de creación del derecho positivo, unas son directas o inmediatas, como la ley y los tratados, y otras remotas o indirectas como las doctrinas de los juristas. Hay otras fuentes que no se podrían clasificar de modo absoluto ni en el un grupo ni el otro, porque varía su valor y su forma de influir en el derecho positivo en los diversos estados, tales son la costumbre, los pactos y convenciones privadas y la jurisprudencia.

3. En materia de Derecho Civil, nuestro país sigue una dirección preponderantemente "legista", o legislativa, es decir que se da predominio indiscutible a la Ley, y se toman en cuenta la costumbre y la jurisprudencia de un modo subordinado En cuanto a las fuentes indirectas o remotas (doctrina, y a veces también jurisprudencia y costumbre), no se las admite en el Código Civil. Tampoco se hace referencia a los tratados, puesto que su regulación corresponde al Derecho Internacional y al Constitucional, y si influyen en materias civiles es en cuanto llegan a ser leyes de la República o se aprueban por medio de Leyes.

G.1. GARANTÍA

Cualquier forma de seguridad para el cumplimiento de una obligación o la conservación de un derecho.

Caución: obligación que se contrae en seguridad de otra obligación propia o ajena. Las especies de caución que cita el artículo. 31 son la fianza, la prenda y la hipoteca, pero hay otras, como la cláusula penal, el juramento, etc.

Garantía, se usa más en el derecho comercial, pero no está ausente del Código Civil.

El **patrimonio familiar** garantiza no sólo a aquéllos en cuyo favor se constituyó, sino a los descendientes y a los que llegaren a existir posteriormente (Art. 849).

Se llaman **garantías constitucionales** a los derechos humanos especialmente reconocidos y protegidos por el estado. También se aplica el término "garantías", a los instrumentos o instituciones jurídicas destinados a cumplir y hacer cumplir los derechos humanos; tal es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales, de la Defensoría del Pueblo, los Fiscales, Contralores, Superinten-

dentes, etc. Esto no quita que toda autoridad del estado tenga también el deber de garantizar los derechos cívicos y políticos.

G.2. GRANDES PROBLEMAS DE HOY

La humanidad, con el influjo de dos mil años de cristianismo, ha logrado grandes progresos: existe ahora indiscutiblemente un notable respeto a la dignidad de la persona; se ha avanzado mucho en la superación de prejuicios que dividían a razas y pueblos; hay una tendencia generalizada a ser tolerantes y mirar a los demás, a los de otra religión o de otra ideología sin sentimientos de enemistad; se proclama, por lo menos teóricamente, el odio a la guerra y la violencia, a la vez que se han perfeccionado los instrumentos internacionales para lograr una paz fundada en la justicia; se proclama con creciente convicción que toda la humanidad debe ser solidaria...Las semillas de fe y de amor, sembradas por el Hijo de Dios, han producido abundante fruto, pero estamos aun lejos de alcanzar el ideal del Evangelio.

El respeto a la vida y la dignidad de la persona humana figura en las grandes declaraciones universales de derechos y en las constituciones de los estados; pero abundan los actos de terrorismo, se difunden teorías contrarias al aprecio de la vida de los débiles, de los enfermos, los niños, los no nacidos o los ancianos. Los actos y las doctrinas contrarios a la vida, constituyen en la actualidad el primer gran enemigo de la humanidad y la civilización.

El egoísmo, la prepotencia de los estados y los intereses económicos desmedidos, puestos como supremo ideal, enfrentan duramente a las naciones y les conducen a guerras devastadoras. Si bien en el último medio siglo no se ha desatado una conflagración universal, han menudeado los conflictos locales, a veces con una saña pavorosa. El robustecimiento de la conciencia ética y el afianzamiento de los organismos internacionales deben apartar a la humanidad de estos desastres.

El fanatismo religioso, que en el mundo cristiano ha tenido también sus lamentables manifestaciones, parece haberse superado en nuestra cultura; pero está brotando con mayor violencia y de manera amenazadora en el mundo musulmán. Todo empeño de buen entendimiento ecuménico debe ser impulsado con decisión en este comienzo de un nuevo milenio, y con ello se apartará uno de los más temibles peligros para la paz mundial.

El desequilibrio económico que ha abierto una profunda brecha entre países y personas ricas y pobres, es otro de los problemas muy serios que tendrá que afrontar la sociedad contemporánea. No hay recetas mágicas ni remedios únicos, pero los principios de justicia y caridad, aplicados a todas las relaciones –las laborales, las comerciales, las internacionales–, son el indispensable camino

para alcanzar una organización mundial, nacional y local que eviten los excesos de pobreza, de miseria y hasta de hambre y de muerte.

La familia sufre duros ataques por parte de una cultura materialista que presenta el placer como supremo ideal y desprecia los valores de la unidad, la fidelidad, la fecundidad, el servicio. Si no se recompone seriamente la familia, no convalecerá la sociedad de sus graves males.

Esbozados los principales problemas generales del mundo, cabe plantearse sinceramente cómo puede cada persona contribuir a remediar tantos y tan agudos males. Con la gracia de Dios, con nuestra fe "que vence al mundo" según dice San Juan, con la caridad de Cristo, es posible que cada uno se proponga y alcance una verdadera conversión hacia lo justo, lo solidario, lo caritativo; y la suma de muchos individuos hace un gran total de felicidad universal.

El derecho no puede ir a la zaga de las debilidades y desviaciones sociales: debe adelantarse en prever, preparar mejores estructuras y aplicar la justicia de suerte que no prosperen los elementos disgregadores de la sociedad y envilecedores del hombre.

H.1. HEREDERO, HERENCIA

1. Si bien la sucesión por causa de muerte es siempre universal, en cambio, los sucesores pueden recibirla a **título universal** o a **título singular.** El Sucesor a título universal se llama **heredero,** el que recibe a título singular será **legatario.** Si en testamento se dispone solamente de unos cuantos bienes concretos, tendríamos el caso de uno o varios **legados** y, además de los legatarios, recibirían los bienes sucesorios los **herederos;** entre unos y otros, asumirán todo el patrimonio como conjunto total de derechos y obligaciones del causante.

2. La sucesión universal o **herencia**, transmite la totalidad de los bienes el ciento por ciento del patrimonio del *de cuius*. Si hay un único heredero, él tendrá la universalidad del patrimonio hereditario. Pero el sentido abstracto de la universalidad no se destruye por el hecho de que existan varios **herederos de cuota**, es decir, cuando los sucesores son llamados a recibir una alícuota, como la mitad, la tercera parte o el cinco por ciento de la herencia.

3. La sucesión por causa de muerte es un **modo de adquirir**, y precisamente uno de los modos **derivativos:** el que adquiere, recibe de otro, a diferencia de los modos originarios (como la ocupación, la accesión o la prescripción).

En nuestro sistema jurídico, el "modo" es la causa inmediata por la que se adquiere, y el "título", la causa remota. La mayor parte de las transacciones entre vivos se verifican mediante el título de compraventa y el modo de la tradición.

En el caso de la sucesión por causa de muerte, ésta es el modo, pero también se concibe por muchos como título; a la vez, simultáneamente originaría –mediata e inmediatamente– la transmisión. Sin embargo, otros autores prefieren considerar que el título es o bien el testamento o la ley (en las sucesiones testamentarias y en las intestadas, respectivamente).

Que el testamento sea título, que da derecho a recibir la herencia mediante el modo de la sucesión, parece evidente. El causante dispone de sus bienes mediante ese acto de última voluntad y la transmisión se produce al morir él por el modo llamado sucesión hereditaria.

En cambio, si no hay testamento, los bienes –todo el patrimonio– pasará a los herederos, pero no por acto del causante sino porque la Ley los llama a heredar, la Ley ocupa el lugar de la disposición personal de los bienes y, en este sentido, se puede decir que es el "título" que permite recibir por el "modo" sucesorio.

4. Además de ser la sucesión un modo de adquirir (y consiguientemente de transmitir a quien adquiere), se configura en nuestro sistema jurídico como un **derecho real**: el derecho real de herencia. También en otros sistemas se admite esta peculiaridad, por ejemplo en Cuba.

I.1. IGLESIA

1. La sociedad universal de todos los que profesan una misma fe, se someten a una misma autoridad y participan de los mismos sacramentos: la Iglesia Católica o universal. Pero también se emplea este término para designar a las comunidades constituidas en un determinado lugar, que son las iglesias locales, o por los fieles de cierto rito, iglesias personales. El Código Civil se refiere a las partes menores en que se divide la organización eclesial: las parroquias, o iglesias parroquiales.

2. El derecho propio de la Iglesia es el Derecho Canónico. Éste se codificó en 1917 y una nueva codificación se promulgó en 1983.

3. El Derecho Eclesiástico trata de las disposiciones internas de un estado, referentes a la iglesia y la religión. En el Ecuador hay numerosas disposiciones dispersas en varias leyes, constitucionales, administrativas, civiles, penales, procesales, fiscales etc. que integran el Derecho Eclesiástico Ecuatoriano.

4. El Derecho Público Eclesiástico, trata de la constitución, administración y funciones de la Iglesia. Parte importante de éste, son las relaciones con los estados, que muchas veces se regulan mediante tratados internacionales llamados Concordato o Modus Vivendi. El Ecuador celebró un concordato en 1862 y el Modus Vivendi de 1937, en actual vigencia. También se han celebrado Con-

venciones adicionales, principalmente sobre el servicio religioso a las Fuerzas Armadas y Policía, en 1978 y puesto en vigencia en 1982.

I.2. INDEMNIZACIÓN, INDEMNE

1. **Indemnizar** es pagar una cantidad de dinero, o por extensión, entregar una cosa o realizar algún servicio, para compensar un daño o perjuicio que se ha causado, de suerte que quien lo sufrió en su persona o bienes, quede indemne, sin daño.

2. En general, la obligación de indemnizar proviene de cualquiera de las **fuentes** de las obligaciones: hay indemnizaciones establecidas por contratos; por expresa disposición de la ley; por actos o declaraciones de voluntad de una persona; por haberse cometido un delito o un cuasidelito. Los casos más corrientes de indemnización provienen de los delitos o cuasidelitos.

3. Se indemniza por el **lucro cesante y por el daño emergente**. También hay indemnización por los **daños morales**, que no son de índole pecuniario, como los antes mencionados.

4. Los **elementos** esenciales para que haya lugar a una indemnización son: 1. Que se haya producido un daño o perjuicio, sea en la persona o bienes de un sujeto; 2. Que estos males hayan sido realmente causados por alguien quien es el obligado a indemnizar: ha de haber una dependencia o relación de causa a efecto; 3. Que la persona que causó el perjuicio sea imputable, es decir, tenga la obligación de reparar; 4. Que dicho sujeto sea también responsable, por tener uso de razón, libre albedrío y capacidad de realizar humanamente el acto perjudicial; 5. Que no exista un motivo que exonere de la obligación de indemnizar.

5. Las causas o motivos que **eximen** de la obligación de indemnizar son: 1. El caso fortuito o la fuerza mayor; 2. El estado de necesidad; el haber convenido expresamente liberar de responsabilidad al causante del daño; 3. El haber asumido un tercero la obligación de indemnizar en reemplazo del primer obligado (como sucede por los contratos de seguros); 4. El haber incurrido la persona agraviada o víctima del perjuicio, en dolo o culpa personal suya o el haber incurrido en esto sus dependientes (hijos, empleados etc.).

6. Normalmente la indemnización se exige a quien haya incurrido en **dolo o culpa**. Las leyes señalan los contratos y otras relaciones extra contractuales por las que se responde solamente por dolo, o solamente por culpa grave, por culpa leve, o hasta por la culpa levísima. En casos excepcionales, la ley establece la obligación objetiva de indemnizar, sin que se deba probar la existencia de dolo o culpa; estas situaciones son excepcionales y solamente se admiten cuando la

ley las señala expresamente, sin que se puede hacer ninguna interpretación extensiva.

7. La regla general consiste en que el damnificado ha de **probar** el perjuicio sufrido y su cuantía, la existencia de la relación causal que hace imputable el daño a persona cierta y su responsabilidad. El acusado puede defenderse probando o bien que no existe el daño, o que no ha sido causado por él, o que no es imputable ni responsable, o que ha sido liberado de la obligación. Hay presunciones legales en varios casos, para facilitar la prueba que corresponde a uno u otro. Puede establecerse contractualmente otras presunciones o formas de probar los daños, la responsabilidad etc.

8. Quien ha sufrido el perjuicio puede **condonar** al deudor de la obligación de indemnizar. También se admite la condonación anticipada, pero en nunca respecto del dolo: no hay condonación del dolo futuro. Se puede agravar o disminuir la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar.

I.3. INDISOLUBILIDAD

1. Carácter permanente del matrimonio, que es vínculo para toda la vida y que ninguna potestad humana puede romper.

2. La indisolubilidad corresponde a las características del verdadero amor, que no admite plazo, condición o precariedad. También se deriva de la dignidad de la persona humana, en cuanto el honor obliga a mantener la palabra dada, y más cuando se refiere a la entrega total de un hombre a una mujer y una mujer a un hombre, de modo absoluto, irrestricto.

La indisolubilidad es propiedad o "nota" distintiva de todo verdadero matrimonio, conforme a las exigencias del derecho natural, pero en el caso de los bautizados adquiere una nueva firmeza: la indisolubilidad es absoluta por haber sido elevado el mismo matrimonio natural a la dignidad de sacramento.

3. Para un cristiano, según la palabra infalible y eterna de Jesucristo es algo que "Dios ha unido, y que el hombre no puede separar."

El apóstol Pablo explica que el matrimonio simboliza la unión de Cristo con la Iglesia, y de allí se sigue la obligación de fidelidad hasta la muerte.

La indisolubilidad del matrimonio ha sido siempre sostenida con valentía y vigor por parte de la Iglesia Católica, habiendo tenido que sufrir por ello incomprensiones, dificultades y persecuciones. Pensemos lo que significó la difusión del cristianismo en el mundo romano, en el que el divorcio se había generalizado hasta la trivialidad: parecía imposible cambiar ese estado de las malas costumbres; sin embargo el cristianismo no cedió en asunto de tanta

costumbres; sin embargo el cristianismo no cedió en asunto de tanta importancia. Aunque habría facilitado enormemente la conversión de los romanos y de muchos pueblos bárbaros, si se dejaba de enseñar lo que Cristo enseñó; la Iglesia permaneció en la recta doctrina y consiguió la sorprendente acogida de todas esas naciones, que terminaron aceptando la rigurosa disciplina matrimonial del cristianismo. También en la historia de la llamada reforma protestante hay momentos muy duros para la Iglesia, por mantener el principio de la indisolubilidad, y la jerarquía católica prefirió la separación de reinos enteros, como la Inglaterra de Enrique VIII, antes que cambiar una doctrina que no es de la Iglesia sino de Cristo y que no podía cambiarse por ningún concepto ni cálculo humano.

Los Papas y los Concilios han reafirmado una y otra vez, que la indisolubilidad dimana del Derecho Natural, es exigida por la naturaleza humana, y ha sido confirmada y robustecida por expresa voluntad del Hijo de Dios.

4. Los pueblos que han admitido excepciones, primero mínimas y después amplísimas, al principio de la indisolubilidad han tenido siempre que lamentar la degradación de las costumbres, el debilitamiento de los vínculos familiares y finalmente la descomposición general, la pérdida de todo sentido ético, hasta admitir las peores aberraciones sexuales.

5. La definición de matrimonio de nuestro Código Civil decía que es "la unión indisoluble y para toda la vida, de un varón y una mujer, para vivir juntos, auxiliarse mutuamente, procrear y educar a los hijos". En esa admirable definición se señalaban las condiciones esenciales: "un hombre y una mujer," excluyendo por tanto, la poligamia , la poliandria y las uniones homosexuales. El carácter indisoluble se mencionaba incluso con insistencia: "indisoluble y para toda la vida."

6. También el cumplimiento de las finalidades del matrimonio exige la indisolubilidad: no hay verdadero auxilio mutuo, si en circunstancias difíciles se autoriza la destrucción del vínculo. La educación de los hijos se hace muy difícil si no se respeta la indisolubilidad. Y hasta la procreación se ve frecuentemente en peligro, cuando falta la debida estabilidad del hogar.

7. Con la introducción del divorcio vincular, en 1902; y con la difusión que este mal ha alcanzado en las costumbres sociales, la indisolubilidad del matrimonio ha sido duramente atacada y ha llegado a deformarse la conciencia de muchos ciudadanos, incluso católicos, que no saben distinguir el verdadero matrimonio –indisoluble por esencia–, de lo que no pasa de ser un mero compromiso concubinario.

En 1989, la Ley 43 que reformó con tan poco acierto el Código Civil, entre otros errores introdujo la modificación de la definición del matrimonio, que por lo menos señalaba el ideal, lo que debe ser, conforme a la naturaleza misma. Quitadas las referencias a la indisolubilidad, ha quedado el matrimonio trivializado, como si fuera un contrato cualquiera: como se puede comprar una res o arrendar un garaje, sólo se puede celebrar matrimonio civil en el Ecuador, sujeto a la veleidad de los contrayentes. Una obligación, en cierto modo, menos seria que la que origina cualquier contrato, ya que los contratos deben respetarse por las partes, pero el matrimonio se puede romper en cualquier momento, caprichosamente, imponiendo la ruptura incluso al cónyuge que se resista a ello, por considerarlo indisoluble.

I.4. INTERNACIONAL

El Derecho Internacional regula las relaciones entre los estados y entidades soberanas. Se contiene principalmente en los tratados o convenciones internacionales, que concretan los principios naturales del Derecho de Gentes; en las costumbres admitidas generalmente por los pueblos; la jurisprudencia formada por las sentencias de tribunales internacionales; y la doctrina de los juristas que interpreta y aplica las anteriores indicadas fuentes.

Se distinguen dos grandes ramas del Derecho Internacional: el **Público** y el Privado. El primero propiamente se refiere a las relaciones entre las entidades soberanas: los Estados, las Organizaciones Internacionales como la ONU, la Santa Sede, etc.

El **Derecho Internacional Privado**, trata de las normas para determinar la competencia de las leyes y tribunales, es decir, para establecer qué ley es aplicable (la ley de cuál Estado) a determinada relación jurídica en la que hay elementos que vinculan con más de un sistema jurídico; por ejemplo, una sucesión hereditaria está vinculada con la ley del país al que perteneció el causante, por su nacionalidad o domicilio; con la ley del estado en que se hallen los bienes; con la ley del lugar en que se hizo el testamento; con la ley de la nacionalidad o domicilio de los sucesores; del lugar en que se deban cumplir obligaciones hereditarias, etc. El Derecho Internacional Privado determina qué ley es la aplicable a cada uno de esos elementos.

I.5. INTERPRETACIÓN, INTERPRETAR

La recta inteligencia de una ley, de un hecho acto, derecho u obligación. Se interpretan las leyes, los contratos, los testamentos, las conductas humanas, para aplicar correctamente el derecho.

Buscar la verdad contenida en una expresión, a veces oscura o ambigua.

Determinar el verdadero sentido de las leyes, actos, contratos, etc.

Interpretación de la ley.

Consiste la ley en una norma abstracta para los actos humanos, y desde el momento en que se hace necesario aplicarla a los casos más concretos surge la necesidad de interpretarla. También en cuanto norma abstracta y sin necesidad de concretarla a situaciones particulares, es preciso interpretar la ley, es decir, entenderla, desentrañar su sentido verdadero.

La interpretación de la ley es reglada, cuando se sujeta a normas establecidas por el mismo sistema jurídico; o bien, es libre, y se rige entonces por la lógica y la metodología de las ciencias.

Los diversos métodos son principalmente: el objetivo, el histórico evolutivo, el comparativo, el de la libre interpetación de la norma.

El Código Civil señala en el artículo 18 las normas que debe seguir el juez, y que razonablemente han de inspirar también a las interpretaciones administrativas y doctrinales.

J.1. JUSTICIA

1. Hábito operativo bueno, virtud, que consiste en dar a cada uno lo que le corresponde.

2. Hacer justicia: dar la razón jurídica a quien la tiene. Ordenar el respeto debido a la ley y la equidad.

3. Recurso a la justicia: pedir la intervención judicial, mediante el ejercicio de una acción o recurso, para que se declare un derecho o se lo haga respetar o reparar.

J.2. JURISPRUDENCIA

1. Conjunto de sentencias sobre un mismo asunto. Doctrina que se forja a través de las resoluciones de los jueces y tribunales.

En algunos casos, la jurisprudencia tiene carácter obligatorio, en el sentido de que los nuevos casos que se presenten han de resolverse según el criterio contenido en las sentencias anteriores sobre el mismo o parecidos asuntos.

2. Ciencia del Derecho; conjunto de estudios de las diversas ramas jurídicas. Facultad de Jurisprudencia: la sección de una universidad que se dedica a la investigación y enseñanza de los conocimientos jurídicos.

L.1. LEY

1. Norma jurídica que reconoce, determina y regula los derechos y obligaciones de las personas, para realizar así la justicia.

2. Disposición elaborada por los organismos competentes del Estado o de otra entidad soberana, para regular las relaciones jurídicas en orden al bien común.

3. Ordenación de la razón, para el bien común, promulgada por quien tiene el mando de la comunidad (Tomás de Aquino).

4. Regla de conducta, para ejecutar la justicia, a la que se someten los integrantes de una sociedad jurídica perfecta.

5. Norma del "deber ser", de lo que se debe hacer u omitir para cumplir con la justicia.

6. No tratamos aquí de las "leyes físicas o naturales", que consisten en las relaciones causales necesarias que rigen a los seres carentes de libertad; ni de las normas éticas o morales, que, aunque tienen estrecha relación con las jurídicas, se diferencian en de ellas en cuanto no son objeto de una legislación positiva humana.

El Código Civil menciona la ley más de trescientas veces. También se refiere a varias leyes especiales, como las de aguas, inquilinato, etc.

L.2. LEY, EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Definición de la Ley en el Código Civil

Comienza nuestro Código con la definición de índole más general con la que se podía comenzar, esto es, con la de "Ley": Artículo. 1: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

1.2. No se trata de una definición doctrinaria sino simplemente práctica, o de valor legislativo, cuya finalidad es señalar qué normas deben ser tenidas por leyes. Por no ser una definición doctrinaria, no se encontrará en ella, enumeración de las características que la ley debe tener, sino que simplemente se señala el contenido fundamental de la ley: mandatos prohibiciones o permisiones, y se

señala sus principales características materiales y formales: la ley es una manifestación externa y constitucional del Derecho.

1.3. Otras manifestaciones de la voluntad soberana que no son ley, pero sí contienen normas de derecho, son las ordenanzas, los reglamentos, los decretos de índole particular, etc.

1.4. La expresión de nuestro Código: "Declaración de la voluntad soberana" ha de entenderse en sentido puramente formal, porque si la definición pretendiera hacer consistir la esencia misma de la ley en tal expresión, caería en un absolutismo reprobable. Efectivamente, la voluntad por muy soberana que sea no puede crear una verdadera ley contra los principios de la justicia o del Derecho Natural. No podemos admitir el aforismo *"Lex est quod principe placuit"*. Formalmente puede aparecer como ley cualquier mandato imperativo de quien detenta la soberanía; pero la verdadera ley, es únicamente **la que se conforma a la justicia**.

1.5. En cuanto a la determinación del **sujeto** de esa "voluntad soberana", es cuestión que compete al Derecho Político y al Constitucional. De momento baste decir que la soberanía en los asuntos del bien temporal pertenece al Estado, y consiste en el **poder de decidir en última instancia**.

1.6. Muy oportunas son las palabras "en la forma prescrita por la Constitución", pues señalan precisamente cómo debe manifestarse la voluntad soberana para constituir una ley. La ley, debe, pues, ser expresada, manifestada para que pueda ser conocida y obedecida. Y tal manifestación debe hacerse en la forma constitucional. Esto último da origen al problema de la constitucionalidad de las leyes.

1.7. La parte final del artículo 1 nos indica que existen tres formas de regular la conducta libre del hombre mediante la ley: el mandato, la prohibición y la permisión. De allí derivan las tres clases de leyes: **imperativas, prohibitivas y permisivas**. Ciertamente que en el fondo en las tres, hay siempre un mandato: el de hacer, el de no hacer o el de permitir o sea respetar la libertad ajena; así pues esta clasificación es puramente formal y en el derecho contemporáneo no tiene demasiada importancia.

1.8. La Constitución de la República en varias de sus elaboraciones, ha definido la Ley; por ejemplo, la Carta de 1946 el artículo 65 definía la Ley, en la siguiente forma:

"Se tendrá por ley o decreto, para los efectos legislativos, la declaración del Congreso sobre un objeto de interés común o particular, respectivamente cuando cree, modifique, o extinga derechos, o modifique, interprete o derogue la

ley". En iguales términos pasó la definición al artículo 144 de la Constitución de 1967, pero se ha suprimido en los textos de 1978 y 1998.

1.9. En un plano más bien doctrinal, la definición probablemente más perfecta es la de Santo Tomás de Aquino: "Ordenación de la razón para el bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad". Sobre todas las anteriores, ésta tiene las siguientes ventajas: señala el aspecto racional del derecho: no es verdadera ley la irracional o injusta; indica el fin de la ley: el bien común, que es también el fin de la sociedad; manifiesta que la ley debe ser promulgada, y por la autoridad correspondiente.

L.3. LEY, SU CONSTITUCIONALIDAD

1. La superioridad de la constitución sobre toda otra norma jurídica positiva, es un principio básico del sistema republicano y democrático hondamente enraizado en nuestro país.

El artículo 1 del Código Civil define la ley como manifestación constitucional del derecho. La misma carta política en varios artículos afirma que toda ley debe someterse a la constitución.

El artículo 272 de la constitución dice así: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.- Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior."

2. Para que se cumpla la supremacía de la constitución se establecen varios organismos, principalmente el propio Congreso y el Tribunal Constitucional (Arts. 130, 276).

3. También en las leyes secundarias o especiales, se reconoce la supremacía de la constitución. Por su parte el Código Penal en el artículo 130 castiga "al que de cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la constitución de la República"; y el artículo 254 sanciona el "dictar reglamentos o disposiciones, excediéndose de sus atribuciones", las cuales pueden estar señaladas en la constitución.

4. Para que una ley sea constitucional se requiere que cumpla dos condiciones: 1, que su proceso de formación y entrada en vigencia se haya ajustado a las normas constitucionales; en esto consiste la constitucionalidad **formal**; y 2, que

sus disposiciones no se opongan a ningún precepto constitucional; en esto último consiste la constitucionalidad **material**.

5. Ahora bien, existen varios sistemas encaminados a declarar cuándo una ley es inconstitucional, o a impedir su aplicación. A veces se establecen **altos tribunales** especiales para ese efecto, como sucede en nuestra constitución de 1978 reformada y codificada en 1998, y como pasa en muchos países, particularmente europeos. Otro sistema consiste en confiar a la **Corte Suprema** este cometido, como se practica en los Estados Unidos y lo hemos tenido en algunos períodos de nuestra historia. Finalmente, puede también dejarse a la resolución de todos los jueces la aplicación de una Ley, según juzguen en cada caso si es o no constitucional; este último sistema, llamado del **control difuso**, se suma en la actualidad en nuestro país, al del control por el Tribunal Constitucional.

6. Nuestro sistema positivo es, pues, **mixto**, ya que distingue los dos casos de inconstitucionalidad (formal o material), y da atribuciones al Tribunal Constitucional y los jueces, tribunales y demás autoridades.

Cuando los jueces o tribunales consideran que una disposición legal es inconstitucional no deben aplicarla al caso concreto propuesto; es decir, que su juicio sobre la inconstitucionalidad tiene valor solamente en la causa que están juzgando. En cambio, el **Tribunal Constitucional** tiene la atribución (Art. 276) de conocer y resolver de la inconstitucionalidad de fondo o de forma, y su resolución causa ejecutoria y se publica en el Registro Oficial (Art. 278).

7. Algunas autoridades pueden pedir al Tribunal la **suspensión** de una ley inconstitucional –tal el caso del Ministro de Gobierno, respecto de las ordenanzas municipales–, pero también **mil ciudadanos** pueden dirigirse al Tribunal con tal objeto.

8. Estas normas suponen, sin embargo la **vigencia de la Constitución**; ahora bien, en los períodos en que el país ha estado gobernado por gobiernos de hecho, la situación cambia sustancialmente, porque aunque a veces se declara vigente una constitución, se trata siempre de una vigencia precaria, con reservas y limitaciones, de modo que el Jefe del Estado –como quiera que se titule– asume facultades legislativas extraordinarias, al margen del trámite constitucional. En estos casos, no cabe declaración de inconstitucionalidad formal por parte de la corte, aunque sí podría hacerlo la siguiente legislatura que suele ser una Asamblea Constituyente con plenitud de poderes. En tal sentido se expresa una sentencia de la misma corte suprema: "La Corte Suprema no tiene facultad para desconocer un Decreto-Ley expedido por el Gobierno "de facto", puesto que éste asume el ejercicio de la soberanía en el aspecto legislativo, y por lo mismo, debe aplicárselo al asunto al que se refiere."

Otro caso distinto sería el de un decreto-ley expedido en un período presidencial ordinario, es decir, cuando no se ha declarado roto el orden constitucional. Si en estas circunstancias el Presidente de la República u otra autoridad pretendiera legislar al margen de la constitución, cualquier juez podría y aún debería resistirse a aplicar tal ley cuya inconstitucionalidad formal estaría fuera de toda duda.

La actual carta, tampoco da efecto retroactivo a las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. (Art. 278).

9. Respecto a la inconstitucionalidad material, o "de fondo", como le llama la actual ley suprema, se produce cuando la ley, reglamento u otro acto, contiene disposiciones contrarias a la carta fundamental. El artículo. 130 da al congreso la atribución de **interpretar de modo obligatorio** la constitución y las leyes. Esta reserva absoluta de la interpretación general considero que debe entenderse sin perjuicio de lo que resuelva el tribunal constitucional respecto de la inconstitucionalidad material de una Ley.

10. Una vez aprobada una ley por el Congreso, el Presidente de la República puede oponerse a su sanción por considerarla inconstitucional, y entonces, de conformidad con el artículo 154 de la constitución devuelve el proyecto de ley al Congreso. El Tribunal Constitucional resolverá si el Congreso debe modificar la ley por ser sólo parcialmente inconstitucional, o bien la declarará totalmente inconstitucional; si por el contrario, el tribunal la considera conforme a la carta suprema, el Congreso ordenará su vigencia (Art. 154).

11. Finalmente, cabe observar que, dadas las facultades concedidas a la Comisión de Legislación y Codificación (Art. 158), también este organismo del Estado podría tomar en cuenta la inconstitucionalidad de una disposición legal al momento de **codificar** las leyes y el congreso decidirá en último término si aprueba la codificación (Art. 160).

L.4. LIBERTAD

Atributo de la persona humana que le permite escoger entre varias posibilidades: hacer o no hacer; hacer esto o aquello. Depende del ejercicio de las facultades espirituales de la inteligencia y la voluntad. La libertad es exigida por la dignidad de la persona humana.

2. Posibilidad reconocida por la ley para que las personas determinen sus propios actos, contraigan obligaciones o cumplan sus deberes.

3. Ámbito de acción que garantiza el derecho. Hay libertad de actuar de cualquier manera, siempre que no esté prohibida una determinada conducta.

4. Cualidad del consentimiento: espontaneidad; voluntad no constreñida por el error, la fuerza o el dolo ajeno.

Muchas veces emplea el Código la palabra libertad. He aquí unos ejemplos:

Es causa de **nulidad** del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento (Art. 96).

El **reconocimiento** es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce (Arts. 249, 251).

Libre disposición

1. Parte de los bienes de una persona que puede **asignarlos arbitrariamente**, en su testamento, a cualquier sujeto.

2. La porción de libre disposición puede abarcar tres medidas diferentes, según los casos: o todo el patrimonio (si el causante no tiene legitimarios); o la mitad de su patrimonio (si los legitimarios del causante son uno o sus dos padres); o una cuarta parte (en el caso de tener descendientes a los que corresponden dos cuartas a título de legítima y una cuarta a título de mejora).

Libre navegación

Derecho de tránsito inocente de naves por ciertas zonas del mar, ríos o lagos, según las normas del Derecho Internacional y las prescripciones de cada país.

Por decreto ejecutivo se determinarán las zonas del mar territorial sujetas al régimen de libre navegación o al tránsito inocente de naves extranjeras (Art. 609). El Ejecutivo reglamentará la zona de libre tránsito aéreo sobre el mar territorial (Art. 610).

M.1. MALA FE

Disposición interior torcida: intención de engañar, dañar o aprovecharse injustamente de circunstancias. Actuar con conocimiento de que se hace un mal, se viola la ley o se enriquece sin causa.

Es lo contrario de la buena fe. Ésta se presume, mientras que la mala fe se ha de demostrar, salvo expresa presunción legal en algunos casos.

El haber sabido y **ocultado** la verdadera muerte del desaparecido o su existencia, constituye mala fe (Art. 80 Num. 6).

Podrán revocarse las donaciones hechas a quien contrajo el **matrimonio** de mala fe (Art. 212).

El error en materia de derecho, constituye una **presunción** de mala fe, que no admite prueba en contrario (Art. 721).

La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá **probarse** (Art. 722).

Se tomarán en cuenta la buena o la mala fe en las restituciones que origina la sentencia que declara la **nulidad** (Art. 1704).

M.2. MATRIMONIO

Como nunca en la historia, hemos tenido en estos tiempos abundancia de buena doctrina sobre el matrimonio y la familia, gracias al celo pastoral y la gran sabiduría de Su Santidad Juan Pablo II. Encíclicas, Exhortaciones apostólicas, Cartas a la familia, a la mujer, a los jóvenes, a los niños, discursos y homilías incontables, han servido para iluminar los diversos aspectos de máximo interés para los fieles. No hay sino que repasar esa doctrina y tratar de ponerla en práctica, para conseguir una renovación profunda de la sociedad y de la vida cristiana.

También en el Ecuador nos hemos preocupado de difundir las enseñanzas del Magisterio pontificio, de ponerlo al alcance del pueblo en palabras sencillas, y se han editado varios folletos como "El Sacramento del Matrimonio", el "Catecismo para la Familia" y otros instrumentos de divulgación.

En este artículo pretendo recordar algunos de los puntos que parecen de mayor importancia y de aplicación práctica.

Cómo considerar el Matrimonio.

Evidentemente, la familia y la sociedad entera, dependen del matrimonio. Si el fundamento es sólido, todo el edificio se mantiene debidamente, pero si los cimientos se desmoronan, la ruina afecta al conjunto. Los múltiples males que lamentamos en la sociedad contemporánea hay que curarlos en su misma raíz: el matrimonio.

La superficialidad, la frivolidad, el afán desmedido de placer y de riquezas, llevan a la corrupción de las costumbres, al embotamiento de la conciencia y las conductas más extraviadas. En matrimonio vivido con esas pésimas características, origina los ambientes moralmente depravados y conduce, en definitiva, a la infelicidad humana y a la perdición eterna. Por el contrario, el matrimonio

asumido como camino de santidad, con todas sus hermosas cualidades y las consiguientes exigencias de elevación espiritual y moral, perfeccionan a los individuos, a la familia y a la sociedad entera, y trae consigo la felicidad, el florecimiento de las virtudes y de múltiples obras de bien.

En el tiempo actual hay una tendencia a desvirtuar lo más santo, a tomarlo con ligereza, sin sentido de responsabilidad. Así se llega a actitudes incompatibles con el cristianismo: hacer burla del matrimonio, considerarlo como un estado de paso, o hasta como un mal, una fatalidad. Es preciso que los creyentes reaccionen ante esta especie de amoralidad o de inmoralidad declarada, y restituyan el debido aprecio por la sagrada unión del hombre y la mujer para formar una familia.

El matrimonio, razonablemente entendido aún por quien no tenga fe, afirma la dignidad de las personas. Los cónyuges disponen en él, de su propia persona y ejercen la máxima expresión de la libertad y del amor, que consiste en entregarse plenamente a la persona amada. La integridad del amor conyugal implica la fidelidad sin sombras, la abnegación total, por toda la vida, dentro de la perfecta unidad e indisolubilidad del vinculo.

El amor conyugal no es simple tendencia afectiva o inclinación sexual, sino algo mucho más profundo: entrega de la persona misma, con todas sus capacidades, para buscar el bien de la persona amada, para labrar en unidad perfecta el bien de ambos y de una nueva familia que se funda.

La dignidad del amor conyugal, del matrimonio, refleja la dignidad misma del hombre y la mujer, que son imagen y semejanza de Dios, seres, absolutamente distintos de las demás criaturas del universo, aunque tengamos en común con los otros seres los elementos materiales y naturales. El alma, espiritual y libre, es la sede del amor humano, y permite realizar la unión matrimonial con la dignidad y grandeza propias de quienes son hijos de Dios.

El Señor estableció el matrimonio al principio mismo de los tiempos, al crear la humanidad, imprimiendo en el corazón de los mortales los lineamientos de su Ley eterna, expresión de su Sabiduría y Amor infinitos. Dios ha instituido el matrimonio para perfeccionar a la pareja humana y para propagar la especie.

El precepto de "crecer y multiplicarse", dado en el Paraíso, se refiere a este crecimiento personal, de cada uno, por el amor, y a la multiplicación de la humanidad que, según el plan divino, debe "henchir la superficie de la tierra", ejercitando sobre la creación entera un dominio señorial, en nombre del mismo Creador.

La perfección del hombre se realiza por la caridad: el amor a Dios y al prójimo. Y esta caridad o amor, comienza precisamente por el del hombre y la mujer que se unen en matrimonio, para labrar juntos su felicidad temporal y eterna y transmitir a otros, los hijos, los dones de la vida, la fe, la gracia y todas las experiencias de la vida.

La caridad consiste ante todo en darse, en entregar lo mejor de uno mismo y por esto, la procreación, es una misteriosa colaboración del hombre con Dios, para entregar a nuevos seres la misma existencia y cuanto de bueno cabe en la vida humana.

La familia, fundada en el matrimonio resulta así un "consorcio de vida", y cumple, como enseña el Papa, "un servicio de comunión y de vida": perfecciona a los cónyuges y les compromete en la responsabilidad de transmitir la vida y preparar a sus hijos para la vida.

De este modo, los fines naturales del matrimonio se entrelazan, no se pueden separa ni lograr aisladamente: el amor mutuo debe crecer continuamente, con el amor se procura la ayuda del uno al otro en todas las necesidades y las más variadas circunstancias, y ambos, estrechamente unidos, colaboran con Dios en la multiplicación de la humanidad y la preparación de los hijos para asumir su propio lugar en el mundo.

La formación de los hijos es la continuación natural de la procreación. Quienes asumen la responsabilidad de servir de instrumento para que surjan nuevas vidas, no pueden soslayar la obligación de cuidarlas y llevarlas hasta su pleno desarrollo en los varios aspectos, biológico, psicológicos, moral, espiritual. La persona de cada hijo merece el máximo cuidado y dedicación de los padres, para que en la medida de lo posible los descendientes sean mejores que sus progenitores en cuanto de ellos dependa.

Se transmite la vida, y con ella, según las leyes de la herencia, innumerables disposiciones –unas positivas y otras negativas, como la tendencia al alcoholismo o ciertas enfermedades–, e igualmente, por medio de la educación en el hogar, se deben entregar a los hijos los tesoros de la experiencia de los padres, y lo más alto de todo: la fe y los conocimientos religiosos que permitan vivirla.

Dentro de la educación de los hijos, ocupa un lugar destacado la formación para el amor, la familia y la práctica de la castidad. El ejemplo, el consejo prudente, la corrección oportuna, la progresiva instrucción adecuada al desarrollo psicológico de los niños o jóvenes, son medios insustituibles a través de los cuales los padres preparan a sus hijos para que puedan más tarde formar un hogar digno de cristianos. Esta formación, llena de sentido sobrenatural e impregnada de

cariño humano, es mucho más que una "educación sexual", la cual no representa más que una parte de la formación integral para el amor y la familia.

Generalmente los padres deberán prepararse o perfeccionar su preparación para cumplir estos altos ideales de formación completa de sus hijos. Lecturas apropiadas, cursos para padres, la reflexión y el consejo de personas virtuosas y capaces, les ayudará para este fin.

Pero, si el matrimonio es consorcio de vida, centro de formación de personas, es también medio de santificación de los cónyuges en cuanto tales y en cuanto padres. La familia se convierte, así considerada, en "iglesia doméstica", en núcleo de la gran familia de los hijos de Dios. En el hogar cristiano, se honra a Dios por la conducta honesta de todos, se le alaba con la oración, se le sirve con el trabajo y las ayudas que recíprocamente se prestan sus miembros, y se santifica en todo con la caridad que está presente en todo momento.

Para vivir esta dimensión religiosa y sobrenatural del matrimonio, el sacramento del matrimonio proporciona a los cónyuges una gracia especial, la gracia de estado, que les habilita para santificarse mediante el cumplimiento de sus obligaciones como cónyuges y como padres.

La gracia propia del Sacramento, robustece la voluntad de los cónyuges para que puedan resistir a las tentaciones y pruebas y permanezcan en mutua fidelidad hasta la muerte. Con la gracia del matrimonio, los cónyuges deben crecer constantemente en el amor mutuo, elevándolo y purificándolo de todo vestigio de egoísmo. Con esta ayuda divina, ellos sabrán asumir las responsabilidades de padres, recibiendo con gratitud a los hijos y sacrificándose para darles la mejor formación en el hogar y con el auxilio de las escuelas.

Si tantas y tan valiosas facetas tiene el matrimonio, de él se derivan bienes incontables para los que lo reciben con la debida comprensión de su dignidad. Para los cristianos bien preparados, la unidad, la fidelidad, la indisolubilidad, la apertura a la vida, la responsabilidad, no son pesadas cargas, sino corona de gozo y de gloria.

Si bien el matrimonio, como simple institución natural está llamado a ser unitario y estable, y se destina a perfeccionar a los cónyuges y amor, así como a la procreación, estas finalidades y características, se perfeccionan con el carácter sacramental. Jesucristo elevó a la dignidad de sacramento la misma institución natural del matrimonio y la dignificó y perfeccionó en grado sumo al constituirlo como sacramento. Un sacramento es un medio de salvación, un instrumento sensible para conferir la gracia de Dios, un auxilio para alcanzar la santidad, la vida eterna.

Por esto, considerando el aspecto sacramental del matrimonio es como el católico lo ha de apreciar en toda su alta realidad y con sus sublimes exigencias: unidad –que excluye la poligamia, la poliandria, la infidelidad–, indisolubilidad - que no admite el divorcio y obliga a conservar la unión hasta la muerte. La gracia del sacramento permite también que los cónyuges se conviertan en padres, con el gozo y la responsabilidad de saberse instrumentos de Dios para transmitir el más alto bien natural: la vida.

La Iglesia ha dado normas clarísimas sobre la paternidad y la maternidad responsables, que no pueden ser arbitrariamente desfiguradas o mutiladas por mezquinos intereses. Campañas universales contra la vida se han levantado y han pervertido la mentalidad de muchos, presentando la vida como un mal, los hijos como una carga insoportable, la procreación como un peligro y sembrando mil temores infundados para difundir una mentalidad antinatalista, que es totalmente anticristiana. Dios no ordena absurdos ni quiere males para sus criaturas: la ley del Señor es la expresión de su infinita Sabiduría y Amor, y cuando el hombre se aparta de ella, labra su infortunio y perdición.

Esas normas de la moral, que no cambia la arbitraria voluntad de los hombres, debe ser acatada con gratitud al Creador, porque las reglas éticas están puestas para beneficio del hombre, individual y colectivamente considerado; ellas hacen la felicidad natural y perfeccionan a las personas a la vez que les acercan a su fin último de alegría eterna.

La difusión de métodos y procedimientos antinaturales para impedir la procreación, se ha sumado al prejuicio antinatalista, y hoy día, hay una gran desorientación en este punto, poniendo en peligro la civilización y hasta la supervivencia de la humanidad. Para reaccionar firmemente con-tra estas desviaciones se requiere la humildad de escuchar y poner en práctica las enseñanzas de la Iglesia, que, como decía al principio han sido abundantísimas por parte del Romano Pontífice como Vicario de Jesucristo y Maestro universal.

El derecho, para servir realmente a la humanidad debe acatar las normas superiores de la ética natural. Ciertamente con sólo leyes no se mejoran los pueblos, pero sí contribuyen ellas a elevar la moralidad general y, por el contrario, si las leyes no son justas, conducen a la depravación de las costumbres.

M.3. MORA

1. **Ilegal tardanza en cumplir una obligación. Demora no justificable que responsabiliza a quien no cumple en el momento debido.**

2. **Mora debitoria.** "Art. 1567 El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Siempre existe un momento oportuno para el cumplimiento de las obligaciones y el deudor tiene el deber de dar, hacer o no hacer en el tiempo adecuado. El retardo en el cumplimiento de una obligación es ya una cierta forma de incumplir. Pero no todo atraso es mora, sino que se incurre o se constituye en mora el que culpablemente no cumple su deber en el tiempo conveniente.

4. **Mora en los contratos bilaterales.-** Art. 1568: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirla en la forma y tiempo debidos."

Según dispone el artículo 1455, son contratos bilaterales aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente. La doctrina enseña unánimemente que la obligación del uno es la causa de la obligación del otro. Por tanto, para que el contrato se cumpla plenamente y termine sus efectos obligatorios, se requiere que ambas partes cumplan su deber.

Si una sola de las partes ha cumplido o está pronta a cumplir en cuanto se le requiera, ésta tiene el derecho de exigir a la otra parte que también realice lo que le corresponde; si no cumple una de las partes, incurre en mora y origina el derecho de la otra parte (cumplidora), para exigirle judicialmente la prestación debida. Si el cumplidor lo prefiere, puede demandar la resolución del contrato y pedir la indemnización por el daño que le cause la frustración del contrato. También tiene la opción de pedir solamente la indemnización compensatoria, correspondiente al perjuicio causado por el moroso.

Si, en cambio, ninguna de las partes ha cumplido ni está dispuesta a cumplir inmediatamente que sea requerida, ambas partes se hallan en igualdad de condiciones, ambas han faltado a su deber y ninguna se considera en mora: se **compensan** los retardos de uno y otra partes.

5. **Obligación de hacer. Mora.-** Art. 1569: "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; o,

2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato."

Las obligaciones de "hacer", es decir, de ejecutar una acción o realizar una obra, tienen de peculiar la consideración especialmente centrada en la persona que debe cumplir. En principio, se supone que ha precedido una designación del ejecutor, una intención de que sea determinada persona quien "haga." Esta identificación del actor obligado, asume la máxima significación en los contratos para la realización de obras intelectuales, artísticas o de singular valor moral, o sea, las obras no simplemente materiales; en la creación literaria, artística, científica, etc. se tiene en singular consideración el artífice. No da lo mismo que sea una u otra persona quien realice tales obras.

Moroso

El deudor que ha incurrido en mora. La persona constituida en mora.

Si la cosa perece por culpa de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan solidariamente obligados al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpado o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el **deudor** culpado o moroso (Art. 1537).

El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la **prenda** del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague con el producto (Art. 2299).

M.4. MORAL

1. Conjunto de normas que guían la conducta humana hacia la realización del bien. Todo aquellos que conduce al hombre hacia el cumplimiento de su fin supremo y el afianzamiento de su propia dignidad.

2. Cualidad o virtud de las personas, los actos y las cosas que se encuadran precisamente en las normas morales. Lo contrario, es lo inmoral.

Podrá el juez, en caso de **inhabilidad** física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona competente (Art. 269).

Ciertos **defectos** físicos y morales incapacitan para ejercer las guardas (Art. 518).

El objeto de los actos y declaraciones de voluntad debe ser física y moralmente **posible**. Es moralmente imposible el prohibido por las leyes, contrario a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1477).

La condición positiva debe ser moralmente posible (Art. 1491).

La **nulidad absoluta** puede ser pedida por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley (Art. 1699).

No hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por **beneficio** el puramente moral, no apreciable en dinero (Art. 1959).

Hay derecho a pedir indemnización, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también **perjuicio** moral (Art. 2231).

M.5. MUERTE

1. Terminación de la vida humana en el tiempo; separación del alma y el cuerpo. El alma espiritual es inmortal y el cuerpo se descompone en los elementos materiales de que estaba integrado. La muerte se caracteriza por la cesación de todos los fenómenos vitales: unos fácilmente comprobables, como la respiración o el latir del corazón; otros, que solamente se constatan con medios técnicos especiales, como la actividad cerebral, mediante electroencefalogramas, etc.

2. El Código de la Salud define la muerte biológica, como la cesación de toda actividad vital, y debe ser certificada por tres médicos, para que se pueda proceder a tomar órganos o tejidos para trasplantes.

3. Para la inhumación de un cadáver se requiere que se haya inscrito el fallecimiento, y esta inscripción se ha de hacer también con certificado médico de la muerte, u otra constancia suficiente.

4. La persona termina con la muerte (Art. 64). Si no hay constancia directa de la muerte, pero existe un motivo razonable para suponer que se ha producido, se procede a la investigación y la declaración de la muerte presunta. Igualmente, si no se conocen los momentos de dos o más muertes, se presume que, habiendo fallecido en el mismo accidente, el deceso fue simultáneo (Art. 65).

5. Con la muerte terminan todos los derechos y obligaciones de la persona que acabó su existencia. Los derechos reales y algunas obligaciones pasan a otros sujetos, por sucesión hereditaria o testamentaria; otros se extinguen definitivamente.

6. Fin de la existencia civil

6.1 Una de las normas más universales es la que considera a **la muerte** como el término final de la existencia jurídica. Además, hoy día, prácticamente en todo el mundo, es la muerte la **única** causa de terminación de la existencia legal.

En el Ecuador existió hasta 1936 la llamada *"muerte civil"*, según el artículo 92 del Código Civil (Edición de 1930) que decía así: "Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne hecha conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica". Pero el Ingeniero Federico Páez, mediante Decreto Supremo que se publicó en el Registro Oficial 209 del 12 de mayo de 1936 derogó dicho artículo y otros dos siguientes referentes a la muerte civil, estableciendo además que "Las personas consideradas como civilmente muertas, conforme a la abolida institución, gozarán, desde la fecha de la vigencia de esta ley, de los derechos civiles inherentes a la personalidad humana, pero no podrán reclamar derecho alguno en los bienes que poseían antes del ingreso al instituto monástico, ni en las sucesiones de que, por la llamada muerte civil, se hicieron incapaces".

6.2. En este caso, como en el del nacimiento, la dificultad radica en la **prueba**, sobre todo cuando se quiere conocer con precisión el momento mismo de la muerte, ya que del tiempo en que se haya producido pueden seguirse muchas y muy importantes consecuencias jurídicas.

Caben tres posibilidades: a) Que se conozca con certeza que una persona ha muerto y que se sepa así mismo cuándo ha muerto, porque, por ejemplo, se tiene su cadáver, y además hay personas que testimonian en cuanto al tiempo en que acaeció el fallecimiento, o por lo menos hay estos testimonios, aunque no se tenga el cadáver; b) Que conste la muerte de una persona, porque hay su cadáver o hay testimonios referentes a la existencia del cadáver, pero que se desconozca cuándo murió; y c) Que no se sepa si una persona ha muerto o no, y en caso que haya muerto se ignore cuándo. Todas estas posibilidades están consideradas por nuestra legislación.

6.3. El tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazcan o no nazcan ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera o de otra una herencia, etc.

6.4. Se ha llegado a transplantar tejidos u órganos de una persona a otra; pero cuando se trata de elementos esenciales para la vida del donante, solamente se puede efectuar el transplante cuando el donante ha muerto, y es preciso probar de manera segura el fallecimiento.

6.5. Aparte del tiempo en que se produce la muerte, influye en el derecho el **lugar** donde acaece. Y a veces es preciso recurrir a presunciones y ficciones para determinar ese sitio. Del mismo modo que los nacimientos, las defunciones que se produzcan a bordo de una aeronave ecuatoriana se consideran acaecidas en el Ecuador (Art. 9 LTA).

6.6. La Ley de Registro Civil se refiere al registro de defunciones (y establece qué fallecimientos deben **inscribirse**: 1. Todos los sucedidos en el territorio de la República; y, 2. Los de ecuatorianos que se produzcan en el extranjero (Art. 41).

M.6. MUJER

El Código Civil emplea pocas veces la palabra mujer en el sentido de persona del sexo femenino, y la reserva más bien para designar a la cónyuge, a la mujer casada.

El aspecto más importante consiste en las modificaciones de la capacidad jurídica que ha sufrido la mujer casada, a lo largo de los tiempos, hasta llegarse a la regulación jurídica actual, que no admite ningún cambio por el hecho del matrimonio.

M.7. MUTUO

1. El artículo 2099 del Código Civil **define** así: "Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en el que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

La **entrega** a que se refiere esta definición, se ha de entender como verdadera tradición, de suerte que el mutuario pueda disponer de las cosas que recibe, sea consumiéndolas o gastándolas, tal como corresponde al propietario. El mutuo más generalizado consiste en préstamo de **dinero**, que es la cosa fungible por excelencia, y que se consuma al usarlo, sea comprando cosas o pagando servicios o cumpliendo con él variadísimas obligaciones que se pagan con dinero.

2. Así como el préstamo de uso o comodato se aplica a cosas que deben ser devueltas en su misma identidad, porque solamente se entrega su tenencia y no se han de consumir, por el contrario, el mutuo o préstamo de consumo, transfiere la propiedad para que el prestatario pueda consumirla y deba devolver algo equivalente a lo recibido: cosas de la misma especie, cantidad y calidad.

El comodato se aplica a bienes **no consumibles** o que por convención de las partes no deben consumirse, mientras que el mutuo se aplica a cosas **fungibles**, que pueden reemplazarse por otras de iguales características y valor.

De lo dicho aparecen las fundamentales **diferencias** entre los dos contratos, que sin embargo tienen en común ser de préstamo: el objeto (cosas no fungibles o fungibles), la finalidad (uso o consumo), el efecto inmediato (conferir sólo la tenencia o transferir la propiedad). De estos tres aspectos, dependen varias otras consecuencias, como las acciones judiciales a que dan lugar y los derechos de terceras personas.

N.1. NACIÓN

Estado soberano. El estado de un individuo: su Nación o Patria.

Ninguna nación puede apropiarse de la alta **mar** (Art. 602).

Se llaman bienes nacionales los que **pertenecen** a toda la Nación (Art. 604).

Nacional

La persona que está especialmente vinculada con un estado, por tener la nacionalidad correspondiente. La nacionalidad confiere la plenitud de los derechos políticos en un estado.

Por analogía, se reconoce una cierta nacionalidad a personas jurídicas y a algunas cosas, como las naves marítimas o aéreas.

Las **naves** nacionales o extranjeras no podrán tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este fin haya designado la ley (Art. 620).

No vale el legado de cosas que, al tiempo del testamento sean de **propiedad** nacional o municipal (Art. 1133).

Las reglas de la prescripción se aplican también a las **corporaciones** nacionales (Art. 2397).

N.2. NACIONALIDAD

Cualidad jurídica de la persona que pertenece a un determinado Estado o Nación.

Son ecuatorianos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros (Art. 42).

Para el divorcio por mutuo consentimiento, las partes deben expresar su nacionalidad (Art. 107).

Las **naves** nacionales o extranjeras solamente pueden fondear en puertos habilitados (Art. 620).

En el testamento se expresará el nombre, apellidos y nacionalidad del **testador** (Art. 1054).

El tema de la nacionalidad ha sido tratado en todas las constituciones de la República, con bastante uniformidad y cambios de poca importancia. En contraste, la Codificación de 1998 se ha apartado de esta tradición y emplea el término "ciudadanía" para referirse a lo que siempre hemos denominado "nacionalidad", aunque mantiene los principios y reglas sustancialmente iguales a las anteriormente vigentes.

Toda esta materia se ha ido precisando y afirmando con el tiempo. Se puede señalar en la historia jurídica del Ecuador como tres períodos: en los primeros años de la Independencia se facilitó notablemente la adquisición de la nacionalidad ecuatoriana, sobre todo a los demás americanos; desde fines del siglo XIX y más acentuadamente en los primeros años del presente, se dificulta esa adquisición, para volverse a una actitud más abierta en las últimas cartas constitucionales.

Otra característica que se advierte consiste en que en los últimos años la diferencia entre los ecuatorianos de origen y los que lo son por nacionalización se ha acentuado por las disposiciones de numerosas leyes que exigen para el desempeño de funciones, hasta relativamente secundarias, la nacionalidad de origen. No hay una razón aceptable para esta política excesivamente nacionalista, y trae el inconveniente de quitar un estímulo para la asimilación de los extranjeros a la nación ecuatoriana, ya que de poco les sirve la naturalización.

La constitución comienza a tratar el tema con la clasificación del artículo 6: "Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización". Esta distinción teórica no hacía falta, bastaba que en los artículos siguientes se determinen los requisitos para una y otra forma de adquirir la nacionalidad.

Conforme con la nueva terminología, el texto de 1998 agrega: "Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en ésta, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determina la ley". Por tanto, ahora, un menor de edad, un recién nacido, es ciudadano, pero solamente podrá votar al cumplir 18 años, o ser elegido diputado cuando haya cumplido veinticinco, etc.

Por otra parte, no resulta muy exacto decir "ecuatorianos por nacimiento", sería mejor hablar de "nacionalidad originaria", o "ecuatorianos de origen", frente a la nacionalidad adquirida. Lo esencial de la distinción radica en que unos tienen la nacionalidad desde su origen y otros la adquieren posteriormente ; el hecho del nacimiento sirve para la determinación del lugar y para establecer la nacionalidad de los padres en ese momento. No se trata de un hecho simple, sino de una circunstancia compleja; además, en ciertos casos, como veremos, se debe contar también con la voluntad del sujeto; por todo ello, bastaría distinguir la nacionalidad originaria y la adquirida.

Como todas las últimas cartas, la actual trata en este título de los ecuatorianos por nacimiento y por naturalización, del matrimonio en relación con la nacionalidad, de la doble nacionalidad, de los derechos adquiridos y de la pérdida de la nacionalidad (Arts. 6-12), aunque emplea la nueva nomenclatura de "ciudadanía".

El Código Civil en el artículo 41 declara que las personas se dividen en ecuatorianos y extranjeros. A lo que habría que agregar, que se producen casos en los que ciertos individuos quedan sin nacionalidad, como apátridas, de modo que no todo el que no es ecuatoriano puede calificarse como extranjero. Los apátridas tienen un estatuto jurídico especial que trata de asimilarles lo más posible a los nacionales, salvo en materia política. El mismo código en el artículo 42 se remite a la constitución del estado para la determinación de quienes se han de considerar ecuatorianos.

Ecuatorianos de origen o por nacimiento

El artículo 7 dice: "Son ecuatorianos por nacimiento: 1. El nacido en el Ecuador; y, 2. El nacido en el extranjero:

2.1 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que esté al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa, si no manifiesta voluntad contraria;

2.2 De padre o madre ecuatorianos por nacimiento, que se domicilien en el Ecuador y manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos; y

2.3 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que con sujeción a la ley, manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos, entre los dieciocho y veintiún años de edad, no obstante residir en el extranjero".

Igual plazo debía establecerse para el caso señalado en 2.2, ya que actualmente no se indica ninguno y se puede originar una situación ambigua respecto de la nacionalidad.

La nacionalidad de origen se ha concedido en el Ecuador, desde su primera Constitución de 1830, en primer término a los nacidos en el territorio nacional, sin otro requisito, es decir, por la simple aplicación del principio del *ius soli*. Como esto no ha tenido excepción, es decir, que figura en todas las constituciones, es aplicable a cualquier tiempo desde antes de la Independencia.

La absoluta aplicación del principio del *ius soli*, tenía un refuerzo en la Constitución de 1967 porque en el Título I, en el artículo 5, declaraba el principio de la territorialidad de la Ley, en virtud del cual también los nacidos en el Ecuador, sometidos de inmediato a nuestra legislación, adquirían la calidad de ecuatorianos.

Pero todo esto no significa que quienes nacen en el Ecuador no puedan optar por una nacionalidad distinta. En efecto, si sus padres son extranjeros y pertenecen a un estado que confiere la nacionalidad de los progenitores a sus hijos, es decir, que sigue el llamado principio *ius sanguinis*, entonces aquel individuo podría optar por la nacionalidad extranjera; la ley ecuatoriana no se lo impide y rigen en este caso las normas del Derecho Internacional Privado y a la falta de regla expresa o de tratado que favorezca a determinados países, se aplicaría el principio de reciprocidad; si se puede ser ecuatoriano aún habiendo nacido en el extranjero, es lógico reconocer que los hijos de extranjeros puedan seguir la nacionalidad de sus padres aunque hayan nacido en el Ecuador. No dice, sin embargo nada al respecto la constitución, y sí habría sido oportuno que se manifestara esta posibilidad, incluso para delimitar el tiempo en que el nacido en territorio ecuatoriano que quiera ser extranjero deba manifestar su voluntad. A nuestra ley compete determinar que en esos casos se pierde la nacionalidad ecuatoriana, salvo que se conceda conservarla por el principio de la doble nacionalidad.

En cuanto a los nacidos en el exterior, pueden ser ecuatorianos, en virtud del ius sanguinis, pero este principio no se aplica con el carácter simple y absoluto del ius soli, sino dentro de determinadas condiciones que refuerzan el vínculo con el país.

La constitución distingue ahora tres casos:

2.1 Cuando el padre o la madre son ecuatorianos por nacimiento que estuvieren al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o estén transitoriamente ausentes del país. Se entiende, que este servicio ha de existir al tiempo del nacimiento del hijo en el extranjero. Las Constituciones antiguas contemplaban el caso del servicio diplomático o consular, desde la de 1967 se amplió a todo servicio oficial del país y se asimiló el caso del servicio a organismos internacionales como una muestra de la cooperación de nuestro país. En estas circunstancias el hijo se presume ecuatoriano mientras no manifieste voluntad contraria; para esta manifestación se requerirá que tenga capacidad según nuestra ley, es decir, que haya cumplido 18 años; en cuanto a qué nacionalidad adquiera, esto ya depende de las leyes de la respectiva nación a la que pretenda incorporarse, no compete al sistema jurídico ecuatoriano determinar nada al respecto.

2.2 Si los padres del nacido en el extranjero son ecuatorianos no hubieren estado al servicio del Ecuador o de un organismo internacional, se exige un doble requisito para que el hijo sea ecuatoriano: que se domiciliare en el Ecuador y que manifieste su voluntad de ser ecuatoriano. Estos requisitos se exigen copulativamente, desde la reforma del 83, pues claramente decía la Constitución en forma disyuntiva "o" lo uno o lo otro. Mayor exigencia implica este numeral, porque el vínculo natural es menor; si los padres están al servicio del Ecuador pueden conservar incluso su domicilio en este país, en tanto que los que no se hallan al servicio de la patria, tienen menor relación con ella. Paralelamente la constitución exige más: que el hijo adquiera domicilio en el Ecuador o manifieste la voluntad positiva de ser ecuatoriano en tanto que en el otro supuesto basta la abstención, el no manifestar el deseo de adquirir otra nacionalidad. De aquí se desprende que en el caso del literal a) el nacido en el exterior tiene realmente la nacionalidad ecuatoriana, hasta que la pierda por su manifestación de voluntad, en tanto que en el supuesto del literal b) se debe considerar extranjero, mientras no cumpla los requisitos para ser ecuatoriano; ahora bien, una vez producidos esos hechos, deben retrotraerse los efectos hasta el momento del nacimiento, puesto que la constitución está hablando de nacionalidad por nacimiento y no de nacionalidad adquirida; se impone aceptar en este caso una retroactividad, una ficción de que desde el primer momento tales personas han sido ecuatorianos o extranjeros según decidan en el tiempo oportuno.

La reforma de 1983 introdujo un literal 2.3, que se refiere al nacido en el exterior y que reside en el exterior, quien puede optar por la nacionalidad ecuatoriana, si es hijo de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, y manifiesta su voluntad de ser ecuatorianos, entre los 18 y 21 años de edad.

Un defecto en el artículo. 6, consiste en que así como para el caso b) se indica el tiempo en que debe producirse la declaración de voluntad, entre los 18 y 21 años, para el caso a) no se precisa tiempo, con lo cual se deja por lapso indefinido la incertidumbre o la inestabilidad de la nacionalidad de esas personas.

Habría convenido disponer para ambos casos, que son análogos, el mismo período dentro del cual debe manifestarse la voluntad del interesado en conservar o en llegar a ser nacional.

Ecuatorianos por naturalización

Desde las primeras cartas políticas se usa esta denominación, aunque sería preferible decir: "nacionalidad adquirida", ya que solamente una de las formas concretas de llegar a ser ecuatoriano, es la naturalización, y junto a ella hay otras maneras, como se expresa en el actual artículo 8: "Son ecuatorianos por naturalización:

1. Quienes obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país;

2. Quienes obtengan carta de naturalización;

3. Quienes, mientras sean menores de edad, son adoptados en calidad de hijos por ecuatoriano. Conservan la ciudadanía ecuatoriana si no expresan voluntad contraria al llegar a su mayoría de edad;

4. Quienes nacen en el exterior, de padres extranjeros que se naturalicen en el Ecuador, mientras aquellos sean menores de edad. Al llegar los dieciocho años conservarán la ciudadanía ecuatoriana si no hicieren expresa renuncia de ella; y

5. Los habitantes de territorio extranjero en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer al mismo pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales, y que manifiesten su voluntad expresa de ser ecuatorianos."

La reforma de 1983 introduce dos cambios en este artículo: en el numeral 3, habla de "hijo de ecuatoriano", y no de "ecuatorianos", como decía el texto primitivo: de modo que basta que uno de los padres tenga nuestra nacionalidad. Por otra parte, agrega un nuevo caso, que constituye el numeral 4: "Quien naciere en el exterior de padres extranjeros que después se naturalizaren en el Ecuador, mientras sea menor de edad. Al llegar a los 18 años conservará la nacionalidad ecuatoriana si no hiciere expresa renuncia de ella".

Se debe a la reforma y codificación de 1998 lo agregado el numeral 5, que supedita a la eventual celebración de tratados o convenios internacionales la regulación de la situación de los habitantes de zonas de frontera. Habrá que comenzar por delimitar la amplitud de tales zonas, y luego se requerirán criterios claros para establecer cuáles son esos "pueblos ancestrales". Probablemente se refiere el texto legal al caso de los záparos o los shuaras que llevan una vida

seminómada en zonas de frontera con el Perú, aunque en el estricto sentido de la palabra, habría que incluir a los descendientes de españoles, cuyo ancestro generalmente es mejor conocido. En todo caso, el numeral 5 requiere una ulterior precisión por medio de convenios y disposiciones legales.

El Proyecto de Constitución del 45 Reformada precisaba respecto de los que han prestado servicios relevantes al país, que corresponde al Congreso conceder la nacionalidad. El supuesto de la concesión por servicios relevantes al país, suele llamarse "nacionalidad de honor" y no comporta una naturalización propiamente dicha ya que ni impone todas las obligaciones que tienen los ecuatorianos, como el servicio militar, ni confiere la plenitud de los derechos; la práctica universal consagra la norma de que los beneficiados con la nacionalidad de honor no pierden la de origen. En las primeras Constituciones del Ecuador, de 1830, 1835 y 1843 declaraban ecuatorianos a los extranjeros que estaban al servicio del Ecuador al tiempo de declararse la Independencia, disposición muy justa ya que pueden llamarse fundadores de la Patria. Desde la de 1845, por reacción contra el General Juan José Flores, ya no figura esa disposición y más bien se incluyen otros requisitos para la naturalización, como los de tener una propiedad raíz (1850) o desempeñar un oficio, ciencia o arte útiles para el país (1845 y otras).

En las constituciones de 1835 y 1845 se facilita la naturalización a los extranjeros casados con ecuatoriana, exigiéndoles menor tiempo de permanencia en el país (dos o un año respectivamente), en lugar de cinco años requeridos para quienes no tuvieren dicho vínculo. En cambio, la de 1845 no considera estos casos, que habrían sido aplicables en su tiempo a Sucre, a Flores y a muchos soldados de la Independencia, y señala el caso inverso: las mujeres extranjeras desde que se casen con ecuatorianos adquieren esta nacionalidad. Igual disposición se mantiene en las Cartas de 1850 y 1852, mientras que las de 1861, 1869, 1878, 1883 y 1897 no dicen nada al respecto; y desde la de 1906 toma un nuevo giro este asunto, con referencia al matrimonio y la nacionalidad.

Los casos de los hijos, sean adoptivos o de extranjeros que se naturalizan, no son tampoco casos propiamente de naturalización, sino de concesión de la nacionalidad por extensión. En ambos supuestos, hay provisionalidad, porque al llegar a la edad entre los 18 y 21 años se puede manifestar la voluntad contraria y perder, con efecto retroactivo la nacionalidad ecuatoriana, según nuestras últimas cartas.

La concesión de la carta de naturalización está regulada por el Decreto Supremo 276 (RO 66: 14-abr-1976) y por la Ley Orgánica del Servicio Exterior, como una atribución del Ministro de Relaciones Exteriores (Art. 4 Num. 10). Corresponde igualmente al Ministro, declarar la adquisición o la pérdida de la nacionalidad.

La concesión de la nacionalidad ecuatoriana a los hijos adoptivos de ciudadanos de este país, proviene de la carta de 1967, que exigía que ambos padres fueran ecuatorianos, puesto que se expresaba en plural y establecía que entre los 18 y 21 años pudieran renunciar. La carta de 1978 contenía igual disposición aunque con términos un poco ambiguos: "Los extranjeros adoptados por ecuatorianos mientras no manifiesten voluntad contraria"; la voluntad contraria podría pensarse que fuera de los adoptantes, pero debe entenderse que se refiere al hijo. Se echa de menos la indicación del tiempo en que pueda expresarse la voluntad contraria. No ha corregido esta ambigüedad la codificación de 1998 y además ha empleado una expresión poco feliz: "adoptados en calidad de hijos", que insinúa la posibilidad de adoptar en otra calidad distinta, que no se admite en nuestra legislación.

Doble nacionalidad

La constitución de 1978 decía: "Art.: Los españoles e iberoamericanos de nacimiento que se domiciliaren en el Ecuador serán considerados ecuatorianos por naturalización, sin perder su nacionalidad de origen, si manifiestan su expresa voluntad de serlo y los Estados correspondientes aplican un régimen de reciprocidad".

La carta de 1998 dice: "Quienes adquieran la ciudadanía ecuatoriana conforme al principio de reciprocidad, a los tratados que se hayan celebrado y a la expresa voluntad de adquirirla, podrán mantener la ciudadanía o nacionalidad de origen". Se conservan los principios de la reciprocidad y el respeto a la voluntad de las personas, pero se indica como meramente optativa la doble nacionalidad, a la vez que se amplía este beneficio a toda clase de personas, no solamente a los iberoamericanos. Además, el último texto se refiere expresamente a los tratados "que se hayan celebrado", es decir, a los vigentes al momento de adquirir la doble nacionalidad.

En los tiempos modernos, esta disposición aparece en las cartas de 1945 y 1967, pero tiene sus antecedentes en las primeras constituciones del Ecuador que concedían con largueza la nacionalidad ecuatoriana a los colombianos, y a los americanos en general que se domiciliaran en el país y manifestaren su voluntad de ser ecuatorianos. Los conflictos con otras naciones produjeron temporalmente la supresión de esas disposiciones que han venido a renacer en nuestros días.

Llegó a ser un axioma jurídico el de la unidad absoluta de la nacionalidad, pero el fortalecimiento de los vínculos de amistad y colaboración entre Estados más íntimamente unidos por razones históricas, raciales, culturales, morales, religiosas, de vecindad, etc., han llevado a replantear la cuestión y optar por otra solución distinta: es admisible que una misma persona pueda tener más de una nacionalidad, si bien esto no significa que simultáneamente tendrá los derechos y obligaciones que corresponden a ambas, ni se regirá por las leyes de los dos Estados a la vez y sobre los mismos asuntos, porque sería absurdo. La llamada "doble nacionalidad" significa que una persona se considera nacional de un país mientras reside en él; y de otro, si traslada a este otro país su residencia, con la opción de cambiar de estatuto jurídico tantas veces cuantas se desplace de un Estado a otro.

La imposibilidad de disfrutar simultáneamente de los beneficios y de asumir las obligaciones múltiples de dos nacionalidades simultáneas fue ya descubierta y regulada por la constitución de 1878 que dispuso que aún en el caso de que un ecuatoriano se nacionalizara extranjero, mientras permaneciera en el Ecuador seguiría obligado a cumplir la constitución y las leyes del Ecuador; disposición que se reproduce en las constituciones de 1883 y 1897.

La concesión de la doble nacionalidad a los iberoamericanos y españoles fue formulada por primera vez en la constitución de 1945, pero no llegó a hacerse efectiva por falta de legislación secundaria y por la breve vigencia que tuvo aquella carta. El Decreto Supremo 976 publicado en el Registro Oficial del 5 de marzo de 1964 dispuso que sin perder la nacionalidad de origen, podrían ser considerados ecuatorianos los iberoamericanos y españoles por nacimiento que se domicilian en el Ecuador y manifiesten su voluntad de serlo, siempre que igual trato se otorgue al ecuatoriano en el Estado correspondiente. Posteriormente se celebró un convenio de doble nacionalidad con España, que consta en el Registro Oficial del 23 de marzo de 1965 y se abrió así el camino para que la constitución de 1967 volviera a incorporar el precepto de la de 1945, reproducido también en la de 1978 y en la actual.

El carácter alternativo de las nacionalidades dobles puede sufrir una excepción, es decir, que el ciudadano pueda hacer uso simultáneo de los derechos que le confieren una y otra vinculación política, en el caso de que se permita la votación en el exterior; entonces, por ejemplo, un ecuatoriano en España podría ejercer sus derechos electorales en ese país, pero también enviar su voto para elecciones ecuatorianas.

El Congreso Nacional aprobó la propuesta de doble nacionalidad, contenida en el proyecto de la comisión y que respondía a lo resuelto por la consulta popular, esto es, "que los ecuatorianos por nacimiento que adquieran una segunda nacionalidad, mantendrán la ecuatoriana". Esto se ha agregado al artículo. 10 (RO-S

618: 24-ene-1995). El cambio de terminología (se dice ahora "ciudadanía"), introduce alguna confusión.

En concordancia con el mismo principio y aplicando la reciprocidad, se propuso que el actual artículo 10 dijera: "los ecuatorianos por nacimiento que adquieran una segunda nacionalidad, mantendrán la nacionalidad ecuatoriana." El Congreso en la reforma de enero de 1995 dejó así el artículo 9: "Los que adquieran la nacionalidad ecuatoriana conforme al principio de reciprocidad, a los tratados que se hayan celebrado y a la expresa voluntad de adquirirla, podrán mantener la nacionalidad de origen" y en el último inciso del artículo l0, leemos: "Los ecuatorianos por nacimiento que adquieran una segunda nacionalidad, mantendrán la ecuatoriana". Los dos artículos admiten la doble nacionalidad, aunque en condiciones diferentes. Ambas disposiciones constan en la Codificación de 1998: en el artículo. 10 para los extranjeros que adquieren la nacionalidad ecuatoriana y en el art.ículo 11 para los ecuatorianos que se naturalizan en otro país.

Sólo para el primer caso –extranjeros que llegan a ser ecuatorianos–, se exige la reciprocidad; en cambio, el ecuatoriano que adquiere otra nacionalidad simplemente "puede mantener" la nacionalidad ecuatoriana, sin que se indique ninguna condición. Parece razonable contar con la voluntad de tales personas: que manifiesten, en el acto mismo de adquirir la nueva nacionalidad, si determinan conservar la anterior.

Matrimonio y nacionalidad

"Ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges" decía el artículo 8 de la Constitución de 1978, y la actual solamente ha sustituido el término "nacionalidad", por "ciudadanía". (Art.9).

Con mayor precisión dice el Proyecto del 45 Reformada: "Ni el matrimonio ni su terminación afectan a la nacionalidad de los cónyuges ni a los de los hijos". Y además agrega algo muy importante: "La ley facilitará la adquisición de la nacionalidad al extranjero casado con ecuatoriana".

Acierta el proyecto que no fue aprobado por el plebiscito al referirse a "terminación" del matrimonio, ya que éste termina por la muerte de los cónyuges, por la declaración de muerte presunta, por la sentencia de nulidad y, bajo el aspecto civil nuestra ley reconoce también la "disolución" del vínculo, que es naturalmente indisoluble, por medio del divorcio. El término adecuado es, pues, el de "terminación" y no el de disolución.

La declaración constitucional de que ni el matrimonio ni su terminación alteran la nacionalidad de los cónyuges, era necesaria dada el antecedente histórico de que muchas veces se ha admitido que la mujer por el hecho de casarse con extranjero adquiere la nacionalidad del marido.

El reconocimiento de la igualdad del hombre y la mujer y de los cónyuges entre sí, lleva a eliminar el cambio de nacionalidad de la mujer. El punto, desde luego ha sido muy debatido y se han presentado razonamientos en favor de una y otra tesis, pero finalmente ha prevalecido el sentido de igualdad, matizado con unas facilidades que permitan lograr la integración jurídica del hogar mediante la nacionalización de uno de los cónyuges. Esta es la solución recomendada en algunas convenciones internacionales como la de Oslo en 1932; la Séptima Conferencia Interamericana de Montevideo en 1933 recomendó igual cosa, así como la Convención suscrita en las Naciones Unidas el 20 de febrero de 1957, aprobada por el Ecuador mediante Decreto 275 (RO del 3 de junio de 1960). La Constitución sigue precisamente esos principios y la Ley de Naturalización dictada por Decreto Supremo 276, (RO del 14 de abril de 1976) facilita la naturalización del extranjero con cónyuge ecuatoriano.

Ya se mencionó cómo en nuestras primeras Constituciones, de 1830, 1835 y 1843 se facilitaba al extranjero casado la adquisición de la nacionalidad, y si se trataba de extranjero casado con ecuatoriana se abreviaba el tiempo de residencia en el país exigido para poder naturalizarse. Esas disposiciones tenían en cuenta, con realismo, la situación de numerosos extranjeros que combatieron por la independencia de estos países americanos y frecuentemente contrajeron matrimonio fuera de su patria; no se trata, como alguien ha insinuado, de una ley con dedicatoria para el General Flores; casos como el suyo debieron haber muchos y entre ellos se cuenta el del preclaro Mariscal Sucre, casado con ecuatoriana. La Constitución de 1850 considera a la mujer casada con ecuatoriano y le confiere la nacionalidad de este país. Pero las Cartas siguientes, de los años 1861, 1869, 1878, 1883 y 1897 no mencionan ninguna de las situaciones, ni la del hombre ni de la mujer. La Constitución de 1906 trae una regla sorprendente: es ecuatoriana por naturalización "la mujer extranjera, viuda de extranjero naturalizado en la República, mientras no manifieste voluntad contraria"; es decir, que se concede a la viuda del extranjero lo que no se da a la viuda del ecuatoriano de origen, y con total falta de lógica, se hace ecuatoriana la mujer al enviudar, no al casarse con un nacionalizado!. Tal vez el legislador quiso atribuir la ecuatorianidad a la casada con ecuatoriano, pero dijo en realidad lo contrario. En 1929 se corrigió el lamentable dislate pero volviendo a la doctrina que ya estaba en decadencia, es decir, dispuso la Constitución que la mujer extranjera casada con ecuatoriano y la viuda de ecuatoriano se consideran de la nacionalidad del marido. Desde 1945 en adelante se llega, por fin, a la doctrina moderna y razonable, fundada en el sentido de igualdad de los cónyuges; ni el matrimonio ni su terminación alteran la nacionalidad de los cónyuges.

La disparidad de sistemas jurídicos de los estados sobre la influencia del matrimonio en la nacionalidad puede ocasionar conflictos, los mismos que deben resolverse según las normas del Derecho Internacional Privado. Hay convenios que tienden a resolver algunas de estas situaciones. Así, el protocolo suscrito en Viena el 24 de abril de 1963 establece que los miembros del personal consular que no sean nacionales del Estado receptor y los miembros de su familia que vivan en su casa no adquirirán la nacionalidad de dicho Estado, por el solo efecto de la legislación de este último.

Como principio generalmente aceptado y recogido en muchos Tratados, tenemos que la adquisición de la nacionalidad se rige por la ley del estado al cual trata de incorporarse un individuo, y la pérdida de ella se rige por la ley del estado cuya nacionalidad se pierde

Conservación de la nacionalidad adquirida

El respeto de los derechos adquiridos es uno de los fundamentos de un régimen jurídico civilizado. El Derecho está al servicio de la persona humana, garantiza su dignidad, su libertad, su seguridad, y todo ello se destruiría si los individuos tuvieran que sufrir menoscabo de sus derechos por los cambios legislativos. Una vez que alguien ha adquirido legalmente un derecho, el estado se halla obligado a tutelarlo; puede imponer nuevas condiciones o modalidades para el ejercicio del derecho, pero sin disminuirlo o coartarlo en forma que lo anule; también es razonable que la extinción o modificación de los derechos subjetivos se sujete a las nuevas leyes, pero respetando su existencia y su contenido fundamental. Estas normas se han aplicado en el Ecuador en múltiples materias, y entre ellas la de la nacionalidad. Por esto declara el artículo. 11 de la Constitución: "Quien tenga la ciudadanía ecuatoriana al expedirse la presente Constitución, continuará en goce de ella".

Como han sido tantos los cambios de ley fundamental, por lo menos formalmente, ya que en el fondo las reglas se mantienen con bastante continuidad, habría sido preferible una formulación más genérica del principio del respeto al derecho a la nacionalidad adquirida. De todas formas, hay que afirmar que es aplicable en cada caso la constitución vigente al momento de adquirir la nacionalidad, que será normalmente el momento del nacimiento o el de la naturalización, sin que se altere por otras disposiciones que posteriormente hayan sobrevenido. En igual forma se aplicarán las reglas vigentes al momento del cambio o pérdida de la nacionalidad.

La reforma de 1996 ha dispuesto que los ecuatorianos por nacimiento puedan conservar su nacionalidad en el caso de adquirir también la de otro estado. Naturalmente, tendrán que ser las leyes extranjeras las que permitan conceder la nacionalidad sin pérdida de la de origen, para que esta disposición tenga toda su

eficacia. En otras palabras, es preciso que ambas leyes permitan la doble nacionalidad para que esta se produzca, en algunos casos, se determina este efecto por tratados internacionales.

Pérdida y recuperación de la nacionalidad

Decía la Carta del 78, en el art. 11: "La nacionalidad ecuatoriana se pierde:

1. Por traición a la Patria, declarada legalmente; ("judicialmente", desde el 83)

2. Por adquisición voluntaria de otra nacionalidad, salvo lo dispuesto en el artículo 9; (Suprimido por Ley: RO-S 618: 24-ene-1995).

3. Por cancelación de la carta de naturalización;

4. En los demás supuestos determinados en la ley. (Suprimido en 1983)

La nacionalidad ecuatoriana se recupera conforme a la ley".

De los cuatro casos, solamente se menciona el 3 en la Codificación de 1998, sin que se vea la razón para haber suprimido el caso de "traición a la patria" y el de quienes adquieren otra nacionalidad sin conservar la ecuatoriana.

No resulta acertado referirse a la pérdida de la nacionalidad por los "otros supuestos determinados por la ley", ya que en ese caso no habría para qué enumerar los casos previstos en los numerales anteriores. Una remisión general a la ley no conduce a nada. Por esto se suprimió el numeral 4 en la reforma del 83.

Cosa parecida cabe observar respecto de la recuperación de la nacionalidad; decir simplemente que se hará en forma legal, parece inoficioso; el proyecto del 45, agrega, por lo menos, algo positivo: que se facilitará la recuperación a los ecuatorianos de origen que decidieren regresar definitivamente a residir en el Ecuador. Ya en las Constituciones de 1835, 1845 y otras posteriores, se dio importancia al elemento de la residencia o domicilio en el país para la recuperación o adquisición de la nacionalidad ecuatoriana, y es razonable que este vínculo de conexión con el país facilite la pertenencia a un Estado.

En cuanto a la cancelación de la carta de naturalización, la Ley (DS-276: RO 66: 14-abr-1976) determina que se decretará por las siguientes causas: 1. las previstas en la Constitución para la pérdida de la nacionalidad; 2. por haberse obtenido con fraude de la ley; 3. por convertirse el naturalizado en elemento de inquietud moral, social o política y 4. por ausentarse del país más de tres años seguidos. Nótese que el tercer factor resulta muy relativo y deja a la naturalización en condición precaria, inestable.

La supresión del 2o. numeral del artículo 11, ordenada por la Ley de 1995, está en concordancia con la reforma ordenada por el resultado de la consulta popular y que, naturalmente, fue acogida por la comisión. El pueblo, por inmensa mayoría, prefirió el criterio de la llamada "doble nacionalidad ", por lo que, el hecho de que un ecuatoriano adquiera otra nacionalidad, no le hace perder la de origen.

Nacionalidad de las personas jurídicas

Fuera de lugar, en el artículo 144 que llevaba el acápite de "Disposición General", sin serlo, trataba la Constitución de 1978 de la nacionalidad de las personas jurídicas: "Art. 144.- En cuanto a las personas jurídicas ecuatorianas o extranjeras se estará a lo dispuesto en la ley". En la codificación de 1984 se trasladó esta disposición al artículo 10 y así se conserva en la codificación del 96: mal, pero menos mal, ya que siquiera se encontraba en un sitio adecuado.

El proyecto de Constitución del 45 reformada, no trae nada al respecto. En cambio las Constituciones de 1946 y 1967 daban el criterio general para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas: el de la aprobación por parte de la ley ecuatoriana.

Lo dispuesto en el artículo 144 de la Nueva en realidad no contribuye a aclarar el problema. En todo asunto resulta obvio que hay que estar a lo que determine la ley; es absolutamente inútil que la Constitución lo diga; tendría que enumerarse todas las materias jurídicas y decir de cada una que se estará a lo que disponga la ley, o más bien dar por supuesto que en cualquier asunto jurídico hay que obedecer las leyes.

Aunque el criterio señalado por las Constituciones de 1946 y 1967 adoleciera de imprecisión y entrañara un círculo vicioso, al menos orientaba en la determinación de la nacionalidad indicando que es la Ley ecuatoriana la llamada a calificar a las personas jurídicas como pertenecientes a este país. En realidad el Derecho Internacional Privado sigue ese criterio; el Código Sánchez de Bustamante y otros instrumentos internacionales reconocen a cada Nación el derecho de conferir la nacionalidad a las personas jurídicas.

La dificultad reside en la variedad de elementos de conexión que pueden vincular a una persona jurídica con un Estado: el lugar de su fundación, la nacionalidad de sus fundadores o de sus integrantes, la situación de sus bienes, el lugar donde se desarrollan sus actividades jurídicas o su vida social. etc. La deficiencia de cualquiera de esos vínculos para determinar por sí solo la nacionalidad de toda clase de personas jurídicas ha llevado a establecer numerosas distinciones

y finalmente se tiende más bien a prescindir del concepto de nacionalidad para los entes colectivos.

Sin embargo, en nuestros días vuelve a tomar vigor el sentido de la nacionalidad de las personas jurídicas y aún se ha extendido a las empresas o actividades aunque carezcan de personalidad, y hasta a cosas materiales personalizadas. Así se trata ahora en nuestra legislación de las inversiones, de los capitales y de las empresas, distinguiéndolos en nacionales o extranjeros; esto tenía amplia aplicación en la Ley de Tratamiento al capital extranjero dada por Decreto 974 (RO 266: 12-jul-1971), y que aplica disposiciones del Pacto de Cartagena. También se distingue la nacionalidad de las personas jurídicas en la Ley de Compañías, en las leyes General de Bancos y de Seguros, en la de Aviación Civil, etc.

La Codificación de 1998 ha preferido no hacer mención de la nacionalidad de las personas jurídicas. Deja, pues, a la legislación secundaria el determinarlo, y esto debe ser también en concordancia con los principios del Derecho Internacional.

P.1. PENA

Sanción, castigo, consecuencia negativa de la violación de la ley.

Privación de algún bien, como la libertad, los derechos, cosas, que se impone a quien ha quebrantado el derecho.

Las penas se aplican principalmente en el campo del derecho penal, pero hay importantes penas civiles, y la más grave de todas es la nulidad de ciertos actos o contratos.

En conflicto entre dos **leyes** que podrían aplicarse, se prefiere para la pena, la menos rigurosa (Art. 7 Num. 8).

El que ha cometido un delito o **cuasidelito** que ha inferido daño a otro, está obligado a indemnización; sin perjuicio de la pena que impongan las leyes (Art. 2114).

El **fiador** no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, ni en cuanto a la pena impuesta para el caso de no ejecución de la obligación (Art. 2246).

Si se ha estipulado una pena contra el que deje de ejecutar la **transacción**, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes (Art. 2365).

P.2. PERSONA

El sistema jurídico está al servicio de la persona humana. No se trata, efectivamente, sólo de proporcionar unos instrumentos adecuados para el conocimiento de las leyes, las sentencias y las doctrinas jurídicas, para uso de abogados, jueces, estudiantes y otras personas cultas. Es mucho más: el conocimiento de los textos legales, lleva naturalmente a quienes reflexivamente los consultan, a plantearse grandes interrogantes sobre cuestiones vitales para la persona y la sociedad.

En primer lugar el mismo concepto de la persona humana está presente en las leyes, en las decisiones de los magistrados, en los enfoques doctrinales de los maestros del derecho. No se puede prescindir de este concepto básico, ya que todo sistema jurídico civilizado mira a servir a la persona, a reconocer lo que le corresponde, sus derechos innatos.

En una sociedad cristiana como la nuestra, la persona humana debe ocupar el punto culminante de toda investigación, la situación iluminadora para cualquier ordenamiento jurídico, la meta de cualquier buen gobierno, el verdadero sujeto de los derechos que la comunidad y sus autoridades deben respetar y hacer respetar.

Para un concepto humanista de la persona, ésta ocupa el lugar de máxima dignidad en la creación. Todas las cosas existen para servir al hombre, y no es éste el que se ha de esclavizar a ninguna exigencia natural o a ningún capricho de otros semejantes, ni a las presiones de ninguna fuerza individual o colectiva. La persona existe para sí misma, y no se subordina en sus finalidades a ninguna otra criatura, ni tampoco puede considerarse jamás como un simple medio para obtener finalidades ajenas a ella misma.

Desde el luminoso pensamiento cristiano, esos principios de dignidad suprema de la persona, alcanzan su total comprensión desde el momento en que según la Biblia, la persona es una imagen y semejanza de Dios, y el hombre ha sido puesto en el mundo para dominarlo, sirviéndose de todas las demás cosas existentes, para alcanzar su finalidad temporal y eterna. Por esto, la persona aparece en el pensamiento cristiano, como el único ser amado por Dios por sí mismo.

Este elevado sentido de la existencia humana, ilumina a su vez las relaciones con los demás hombre y mujeres. Han de ser vínculos de justicia y de caridad,

en los que se realce la dignidad de cada uno y se reconozca a la vez, la superioridad sobre el mundo entero y la dependencia del Creador de todas las cosas.

La justicia, fundada en el Supremo Bien, en el Principio absoluto de toda bondad, es una justicia sólida, cierta, no sujeta a los fluctuantes caprichos de los intereses humanos, de las presiones de grupos. Se levanta como un baluarte en el que triunfan la verdad y el bien. No es la caricaturesca justicia relativa, inspirada en las corrientes mayoritarias de pensamiento, ni sujeta a los albures del juego político en el que sobresalen los más fuertes o hábiles. No es una justicia relativa, sino una justicia asentada en los inconmovibles principios del derecho natural.

En el mundo contemporáneo, felizmente, sobresale cada vez más el aprecio universal de los derechos humanos, y este consentimiento universal está confirmando de un modo empírico que los grandes valores de la justicia realmente corresponden a la naturaleza inmutable de la persona humana. Por esto, siempre y en todas partes, es digna de aprecio y protección la libertad bien entendida, y son condenables los atentados contra ella, bajo cualquier pretexto.

No se requiere tener fe católica para sostener la plena validez de los derechos humanos y la necesidad de su máximo respeto en todo tiempo y lugar. Compartimos esta convicción con millones de hombres y mujeres de buena voluntad de muy diversos credos religiosos. Pero, indudablemente, las base éticas con las que cuenta un cristiano dan una fortaleza excepcional al debido respeto de los derechos humanos, puesto que nos sentimos hijos de Dios, responsables ante Él, que es Sabiduría y Bondad infinita.

Juntamente con el sentido del derecho, se desarrolla en una conciencia bien formada, la convicción de ser responsable, de tener las correlativas obligaciones, frente a la familia, la sociedad, la patria y el mundo entero.

El orden jurídico, las leyes y su justa aplicación, protegen los derechos y exigen el cumplimiento de las obligaciones. Cuantos nos empeñamos en difundir esas leyes y en ayudar a entenderlas y aplicarlas con justicia y caridad, estamos construyendo la estructura misma de la sociedad, en la que todos estamos llamados a vivir con sentido de solidaridad, de servicio, de respeto a los derechos ajenos y, por encima de todo, las personas mismas que son los sujetos de los derechos y de las correspondientes obligaciones.

Estas breves reflexiones sobre el servicio del derecho a la sociedad y la persona humana, nos ayuden a comprender mejor que tanto trabajo, tanto esfuerzo, de diversa índole, como se desarrolla en los juzgados y tribunales, por parte de magistrados y abogados, de funcionarios públicos y legisladores, de ciudadanos en general, no es una tarea vana, sino llena de trascendencia: estamos colabo-

rando al triunfo de la justicia, a la afirmación de los grandes valores éticos, y en primer término, al máximo respeto debido a la dignidad de la persona humana.

P.3. POSESIÓN, POSEER, POSEEDOR

1. La tenencia con el ánimo real o presunto de dominio. El propietario tiene derecho de poseer lo suyo; de donde se presume, en general que quien posee es dueño; pero puede demostrarse otra cosa.

La posesión es un hecho, pero da derechos, los origina; sobre todo, mediante la posesión, por el tiempo y con las condiciones legales, produce la **prescripción**, por la que se adquieren el dominio y otros derechos reales; o bien, se extinguen obligaciones y derechos.

2. La posesión constituye uno de los términos jurídicos más controvertidos: se discute su alcance, su naturaleza, sus efectos, etc. Indudablemente, según el sistema jurídico en que se encuadre, o según la doctrina jurídica que se siga, se pueden dar definiciones muy diferentes entre sí, de lo que es la posesión.

3. Tanto en las leyes romanas como en las españolas antiguas se refiere la posesión a las cosas corporales, pero se admite también una especie de posesión o cuasi-posesión sobre las **incorporales** o derechos. Teniendo en cuenta que antiguamente sólo el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre la que recae, dicha concepción equivalía a admitir que se puede tener con ánimo de titular también los derechos de usufructo, habitación, etc., en forma parecida a como se podía tener una cosa material con ánimo de dueño.

4. Nuestro Código Civil contiene una **definición** que ha resistido el transcurso del tiempo y las profundas innovaciones introducidas en nuestro sistema legal sobre la materia. Se trata de una definición suficientemente precisa, pero al mismo tiempo con el grado de generalidad y abstracción bastantes como para permitir su conveniente adaptación a las nuevas corrientes doctrinales, surgidas con posterioridad a la redacción del Código: Art. 734: "Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.- El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo."

5. La buena o la mala fe del poseedor es uno de los elementos que determinan que la posesión sea o no regular. Por esto, sucede que la buena o mala fe en la posesión, y el carácter regular o irregular de la posesión son dos cosas diversas, qué, como afirma el artículo 736 se pueden dar independientemente la una de la otra: "se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular". Esto depende del hecho de

que la **buena fe inicial** es necesaria para la **posesión regular**, pero puede desaparecer la buena fe y continuar la calidad regular de la posesión; y por otra parte, para que exista posesión regular no basta la buena fe, sino que también deben cumplirse otros requisitos. De todas formas, ya se puede apreciar la íntima relación entre ambas cosas, a pesar de su diferencia.

6. **Posesión inscrita.-** Tratándose de inmuebles, nuestra Ley establece que el título debe inscribirse.

El sistema inmobiliario instaurado por Don Andrés Bello es un sistema solemne, de Registro. Hay que advertir, además, que para su época, fue un sistema novedoso, casi podríamos decir revolucionario, aunque tenía antecedentes. En todo caso, Bello se apartó de la tradición romanista, y del sistema francés, y propugnó un sistema nuevo, que con el tiempo se ha difundido ampliamente, y aunque es objeto de numerosas críticas, sin duda presenta innegables ventajas.

7. Los artículos 717 y 723 definen respectivamente la posesión regular y la irregular.

Art. 717: La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión **regular** la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.- Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición.- La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título. artículo 723: Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 717.

Son, pues, tres los requisitos de la posesión regular: 1. Justo título; 2 Buena fe inicial; y 3. Tradición, si el título es traslativo del dominio. La tercera condición para que haya posesión regular es sólo eventual: "si el título es traslativo de dominio", en caso contrario, no se precisa tradición, como es evidente.

8. En términos generales, la posesión se adquiere desde que existen los dos elementos que la componen: *corpus* y *animus*. En los diversos casos o en las diversas formas de adquirir la posesión la coincidencia de los dos elementos varía según la naturaleza de dichos modos de adquirir.

P.4. PROPIEDAD O DOMINIO

1. **Definición de la Propiedad.-** Nuestro Derecho Civil usa las palabras dominio y propiedad como perfectamente sinónimas. En la misma definición se dice que el dominio o propiedad es un derecho real, etc. En cambio la doctrina gene-

ralmente distingue entre dominio y propiedad, a pesar de la similitud de ambos conceptos. Así por ejemplo, Puig Brutau, dice: "Una cuestión de terminología ha de ser resuelta antes de entrar en el estudio de derecho de propiedad". Según la opinión que consideramos más fundada, el término propiedad tiene un sentido más amplío que la palabra dominio. El primero indica toda relación de pertenencia o titularidad, y así resulta posible hablar, p. ej. de propiedad intelectual e industrial; en cambio, el dominio, hace referencia a la titularidad sobre un dominio corporal. Esta observación es válida en nuestro sistema jurídico y en el uso habitual de las palabras, ya que no decimos: dominio intelectual, dominio artístico sino propiedad intelectual, artístico, industrial, etc. En cambio, respecto de la propiedad de las demás cosas tienen el sentido general de la palabra, se usa como sinónimo de dominio.

2. La **etimología** puede dar alguna luz sobre el contenido de los conceptos.

Propiedad según algunos viene de prope, cerca, y significa así una relación de proximidad en el sentido vulgar; en el filosófico vale tanto como atributo o cualidad inherente a una cosa, algo que se predica de una cosa con mayor o menor exclusivismo; así, por ej., la racionalidad es propiedad de los hombres; la densidad y el color, de los cuerpos; en el jurídico indica una relación de pertenencia que se expresa por los positivos: mio, tuyo o el genitivo de posesión.

Según De Diego, "Dominio viene de: domo, domas, domare, que significa sujetar, dominar; según Breal, viene de *domus*, casa. *Dominus* es el Señor de la casa, y *dominium* es el señorío doméstico. En ambas versiones dominio, tiene un sentido de superioridad, de dominación poder que se ejerce sobre las cosas, que en este respecto están sometidas. Dentro de la relación total de la propiedad es el dominio, el más alto y comprensivo poder que corresponde al hombre sobre las cosas de la naturaleza exterior.

Como observa Alessandri, "las definiciones del dominio o propiedad suelen darse de dos maneras, o bien en una forma sintética, o bien en una forma analítica.

3. Entre las definiciones sintéticas se pueden mencionar la atribuida a Ulpiano: *plena in re potestas quatenus iuris ratio patitur*, o la de Bartolo: *ius re corporale perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* o bien entre los autores modernos la del alemán Wolf: el más amplio derecho de señorío que pueda tenerse sobre una cosa, o la del italiano Duci: es el señorío unitario, independiente y cuando menos universal sobre una cosa corporal.

4. Entre las definiciones analíticas se pueden mencionar muchas de los antiguos romanistas, que pretenden dar en la definición las características principales de la propiedad, los atributos, aquello para lo cual la propiedad sirve, y que clási-

camente se han concentrado en los derechos de: usar, disfrutar, vindicar y disponer de una cosa. Es lo que en breve fórmula se suele decir el *ius utendi et abutendi.*

P.5. PROPIEDAD: RESPONSABILIDAD POR LA PROPIEDAD

1. La propiedad no solamente confiere derechos sino que implica obligaciones para su propietario. Estas obligaciones configuran la responsabilidad del propietario.

2. Un caso muy concreto de esta responsabilidad, reconocida por nuestro Código Civil, es el del **animal** que haya causado daños en una propiedad ajena, salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño, o del encargado de la guarda del animal. Si el animal es fiero y no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, la responsabilidad existe de todas maneras sobre la persona que lo tenga.

Otro caso expresamente reconocido por nuestra ley, de responsabilidad de propietario frente a tercero es el de los daños que ocasiona la **ruina de un edificio** acaecida por haberse omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera el cuidado de un buen padre de familia. Desde luego que en este caso, como en el anterior, siempre se implica una conducta humana defectuosa; pero de todos modos la responsabilidad deriva de la propiedad. Porque si alguien es propietario, está obligado a tener esos especiales cuidados que evitan daños a terceros.

P.6. PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Se llama generalmente "propiedad horizontal" a la que consiste en pisos o departamentos de un edificio, pertenecientes a diversos dueños. No es un condominio, porque cada uno es propietario de su apartamento. No es el caso de simples propiedades contiguas, porque existen partes comunes, comenzando por el suelo. No se trata de un caso especialmente complejo de relaciones de vecindad, sino de algo más, porque los servicios comunes, la administración, etc., tienen modalidades especiales y pueden originar una sociedad para ese efecto.

2. Elemento característico de la propiedad horizontal es el de que cada piso o departamento tenga su salida o **acceso independiente** a lugar público: calle, plaza, etc. Igualmente es propio de esta figura jurídica, que las **partes comunes** del edificio, son inseparables de la titularidad de los diversos apartamientos, de modo que no se puede disponer de éstos sin hacerlo también respecto de las partes comunes.

R.1. RESCISIÓN, RESOLUCIÓN Y REVOCATORIA

1. **Concepto de rescisión:** es la nulidad declarada por sentencia, fundada en un vicio del acto o contrato, o bien en la falta de solemnidades u otros requisitos.

2. **Concepto de resolución:** consiste en la terminación de un derecho por el cumplimiento de una condición resolutaria.

3. **Concepto de revocación o revocatoria:** dejar sin valor un acto o contrato por la declaración de voluntad de quien puede hacerlo, por. Ej. Se revoca un testamento.

4. **Diferencia** entre rescisión, resolución y revocatoria. El artículo 1583 establece en términos generales que "las obligaciones se extinguen en todo o en parte; 1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces libremente de disponer libremente de lo suyo"; e indica entre los modos especiales que "extinguen además en todo o parte" las obligaciones: "la declaración de nulidad y la rescisión" y "el evento de la condición resolutoria"; pero en realidad éstos no son modos de extinguir las obligaciones, sino que por medio de ellos **se dejan sin efecto los contratos mismos**; y como **consecuencia** de esta disolución del contrato, desaparecen o se **extinguen las obligaciones** que se había tratado de contraer.

5. El **mutuo disenso** de las partes deja sin efecto el contrato que habían convenido; es una manera de extinguir la relación jurídica creada entre ellas; y, como efecto de esta nueva convención, destructora de lo que habían antes convenido, desaparecen las obligaciones establecidas; son anuladas, es decir, terminan, son consideradas como no existentes. La expresión "darlo por nula", se refiere aquí a la obligación extinguida por una nueva convención, por la expresión de una nueva voluntad abiertamente contraria a la anteriormente manifestada; así como la expresión "no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo" del artículo 1561, no tienen nada que ver con la validez o la nulidad jurídica de la convención y la extinción de la obligación: se emplean estas expresiones en un sentido diverso del que **corresponde al acto o contrato** cuando no se ajusta a la ley y sus condiciones de existencia o de validez. Esta manera de **dejar sin efecto** un contrato y hacer desaparecer las obligaciones derivadas de él, no tiene un nombre especial en nuestra legislación; podría llamarse **revocación por mutuo consentimiento**. No es en todo caso una resolución, ni una rescisión.

R.2. RESPONSABILIDAD

1. Responsable es el que tiene que **responder**, o sea dar cuenta de su comportamiento: de sus acciones o de sus omisiones.

Se responde, en derecho, cuándo un sujeto es **imputable** y existe alguna causa de imputabilidad. Ser imputable, a su vez, significa ser sujeto al cual se puede atribuir las consecuencias jurídicas de una acción u omisión. El sujeto imputable, para ser responsable, debe, además, tener una **causa de imputabilidad** que le dé actualmente esa calidad de responsable, esa obligación de responder.

2. La responsabilidad se puede exigir en varios planos del Derecho. Existe una responsabilidad en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno; una responsabilidad civil, y una responsabilidad penal, etc.

3. En el campo civil, son causas de imputabilidad la **culpa** y el **dolo**. Excepcionalmente una persona puede ser civilmente responsable aunque no haya incurrido ni en culpa ni en dolo; tenemos entonces la llamada "**responsabilidad objetiva**", que prescinde de las circunstancias subjetivas (culpa o dolo), pero esta responsabilidad objetiva será en todo caso excepcional.

4. Hay también circunstancias que **liberan de responsabilidad**: en primer lugar, las que hacen a un individuo no-imputable, y luego, las que hacen inimputable un acto o una omisión de una persona, o en todo caso, no sujeta a responsabilidad.

5. En general no son imputables los actos de los **absolutamente incapaces**, o de quienes están transitoriamente en una situación que les **impide usar de su razón o de su voluntad**. Sin embargo, ciertos actos de los incapaces pueden ser imputables, aunque normalmente no a ellos mismos, sino a quienes debían cuidar de tales incapaces: sus representantes legales u otros encargados de su cuidado.

6. Liberan de responsabilidad, los **casos fortuitos o de fuerza mayor**, y otras circunstancia análogas, como el estado de necesidad.

R.3. RESPONSABILIDAD POR CUASIDELITOS

Una persona es responsable por su conducta (actos y omisiones), cuando según las normas legales debe dar cuenta de ella; la responsabilidad acarrea obligaciones de dar, hacer o no hacer, y, en caso de faltar a tal vínculo obligatorio, tendrá que indemnizar por su culpa o dolo. Las clásicas fuentes de las obligaciones y de las correspondientes responsabilidades son: la ley, los contratos, los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos.

1. **Obligaciones que nacen de hechos ilícitos.** Los autores antiguos[22] solían exponer separadamente las obligaciones que nacen de delitos y las que provienen de cuasidelitos; mientras que la doctrina contemporánea suele preferir el estudio conjunto de las obligaciones originadas por uno y otro **hechos ilícitos**. Tanto en el delito como en el cuasidelito hay una conducta, acción u omisión, que contravienen alguna norma jurídica o hieren la justicia.

Nuestro Código se ha anticipado a las modernas direcciones doctrinarias al unificar el tratamiento de las obligaciones que nacen de delito o de cuasidelito.

El **precepto muy general de la justicia** se expresaba en el Derecho Romano como *"uniquique suum tribuere, alterum non laedere":* dar a cada uno lo suyo, no dañar (o perjudicar) a otro. Por tanto, cada uno tiene derecho a no ser perjudicado y si otro le perjudica, éste queda obligado a reparar el daño. He aquí la justificación o la lógica de las obligaciones que nacen de hechos ilícitos: el que falta a la justicia, debe restablecer el orden violado.

2. Ahora bien, ¿en qué ha de consistir esta **violación de la justicia**? -Una primera respuesta, exigiría la acción u omisión que directamente contraríe una norma positiva, expresa, del Derecho; solamente si se viola una ley positiva, se estaría cometiendo un hecho ilícito que daría origen a una obligación de reparar.

Los conceptos jurídicos generalmente admitidos han evolucionado y ahora se suele admitir que basta **que se cause un perjuicio** a otra persona para que haya obligación de reparar el daño ocasionado, salvo que existan motivos de no imputabilidad o que liberen de responsabilidad. Es decir, que se tiende a aceptar la existencia de hecho ilícito aunque no se viole directa y expresamente un precepto positivo, sino siempre que se vaya contra la justicia, entendida de manera más cercana al Derecho Natural, a lo que es respeto de "lo suyo", lo propio de cada sujeto.[23]

Lo dicho permite entender mejor, la necesaria distinción entre delitos y cuasidelitos **civiles y penales.** Los ilícitos penales se conciben como infracciones específicas de normas que tutelan el orden público y los más importantes derechos subjetivos. Se requiere que un precepto positivo expreso "tipifique", describa o defina con precisión la conducta que se sanciona con un castigo o pena. Si no

---

22 Por ejemplo, Aubry y Rau, Cours de Droit Civil Francais, París 1859.

23 Un ejemplo al respecto: Sentencia de casación condena a los demandados a indemnizar los daños y perjuicios, consistentes en lucro cesante y daño emergente, producidos por el cuasidelito de competencia desleal. Los condenados aprovecharon datos confidenciales de la empresa en que trabajaran, para conseguir, por medio de interpuesta persona jurídica (de la que eran prácticamente propietarios), apoderarse de las representaciones comerciales de la empresa en que trabajaban. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Termelec-Rivadeneira y Morales. Sentencia de 7 de noviembre de 1996. Repertorio XLIII, p. 42. Quito, 1998.

hay tipificación no se puede hablar de delito: *"Nullum crimen sine lege"*, más aún, se requiere que se haya determinado cierta pena -multa, detención, prisión, confinamiento, etc.; de otro modo, no hay delito: *"Nulla poena sine lege"*.

3. No se da el mismo rigor, en la ley civil. En este aspecto, campea el sentido de la libertad y está permitido obrar cuanto no está prohibido por la ley, pero no se inflige una pena en el caso de cualquier violación de normas civiles. Los efectos de la falta de cumplimiento de las leyes, en el plano civil, puede o no pueden implicar una sanción, y ésta en algunos casos tendrá el sentido de pena civil, y en otros no lo tendrá. Así, algunas conductas (por acción o por omisión), son sancionadas civilmente, y otras no; hay normas civiles que resguardan los derechos subjetivos, pero que, si no las respeta el mismo titular de esos derechos, no tendrá que soportar más consecuencia negativa que la de no tener la protección que le brindaba la ley: se pueden renunciar los propios derechos, mientras esa renuncia no afecte negativamente a otros o mientras esa renuncia no esté prohibida por la ley (Art. 11).

Las sanciones civiles, para las infracciones de normas de igual categoría (civiles), van desde la pérdida de ciertas garantías para los propios derechos, hasta la privación del mismo derecho. La más severa sanción para el incumplimiento de reglas civiles es la **nulidad** del acto realizado contra lo prescrito. También son severas sanciones civiles, aquellas que limitan la capacidad o los derechos de los que han infringido la ley, como es el caso de las **interdicciones, prohibición de enajenar**, etc.

Entran también en el concepto de sanciones civiles, las **indemnizaciones, las reparaciones** de daños y perjuicios o la restitución o **devolución**. Todas éstas implican obligaciones que nacen de hechos ilícitos.

4. Un mismo hecho puede violar simultáneamente normas civiles y penales. Estos ilícitos se considera que afectan tanto a las relaciones interpersonales en el campo civil, como a la convivencia general, al orden público de la sociedad. De allí que para estos actos ilícitos existan a la vez **sanciones civiles y penales**. No se excluyen recíprocamente los dos géneros de sanciones, sino que, por el contrario, pueden imponerse ambas. Un acto ilícito puede ser sancionado civil y penalmente.

5. Se plantea entonces el problema de si se ha de proceder primeramente a determinar y ejecutar la **sanción civil o la penal**. Al respecto hay que tener en cuenta las prescripciones expresas de las leyes positivas (civiles y penales; sustantivas o procesales), y, por otra parte, también se han de tener en cuenta las exigencias de la lógica y la equidad.

Nuestro sistema jurídico, en principio, permite iniciar y proseguir acciones civiles y penales, con **independencia**, las unas de las otras.[24] Un mismo hecho o acto puede dar origen a unas y otras. Pero hay ciertos casos en que no habrá **sanción civil** si previamente no se ha declarado en la vía penal la existencia de una infracción de este orden. Por ejemplo, no se puede sancionar con la nulidad de una escritura pública, fundándose en la existencia de un perjurio, que como delito debe ser previamente declarado en juicio penal. Se habla, en estos casos, de **prejudicialidad**, es decir, de un previo juicio penal, necesario para proceder a la sanción civil.

También puede darse el caso contrario: de **prejudicialidad civil**, o sea, de la necesidad de una sentencia civil, como requisito previo para poder sancionar penalmente una conducta ilícita. Por ejemplo, no existirá delito contra la fe pública si no se ha demostrado en el campo civil que se ha falsificado un documento.

En el caso concreto de las obligaciones que nacen de hechos ilícitos, lo normal será que el afectado que reclama indemnización, pruebe en **juicio civil** que ha sufrido el daño, que es imputable a cierta persona y que por tanto, ésta debe indemnizarle. El demandado podrá defenderse, en el plano civil, demostrando que no existe el perjuicio alegado, o que no es el acusado el causante del daño existente, o que –aunque le sea imputable–, no tiene responsabilidad o está liberado de ella.

Pero también puede el que ha sufrido un perjuicio, demandar mediante **acción penal** (denunciando o presentándose como parte civil en el juicio), y una vez que se haya dictado una sentencia firme, reclamar la indemnización de perjuicios, la indemnización, la restitución de las cosas a su primitivo estado o devolución de aquello de lo que se le haya privado.

6. Las **indemnizaciones o restituciones** se pueden pedir **en el mismo juicio penal**, o bien, pueden dar lugar a una **acción civil**, fundada en lo ya pronunciado en el campo penal.

---

[24] "No se acepta la excepción de que para demandar la indemnización por delito o cuasidelito hubiera sido necesario seguir primeramente un juicio penal y llegar a sentencia condenatoria; el Código Civil responsabiliza por los daños y perjuicios a quien comete un delito o cuasidelito, pero la acción para cobrar la indemnización es autónoma y no se subordina a previa acción penal; bien puede demandarse en juicio civil y probarse en él los hechos y los daños producidos, así como la responsabilidad de quien los cometió." Sentencia de la 3ª. Sala, juicio 36, Cedeño-Constructora Santos, de 21 de enero de 1983. Repertorio de Jurisprudencia, Volumen XX, p. 102. Quito, 1985.

Evidentemente, por simple lógica, no cabe que quien ya ha obtenido la restitución o la indemnización dentro de un juicio penal, pretenda nueva acción, civil, para obtener nuevamente lo mismo. Esto conduciría a una injusta duplicación de las sanciones. Pero nada impide que, si en el juicio penal se ha reconocido alguna indemnización o reparación, el que tiene derecho a ella, **exija civilmente la ejecución** de la pena. La sentencia es título ejecutivo y sirve de base para una acción ejecutiva civil.

Las sentencias penales condenatorias causan cosa juzgada en cuanto a la declaración de que el acto es ilícito y su imputación a determinada persona. Normalmente se establece también la obligación de reparar; todo esto ya no puede impugnarse en sede civil. Pero las sentencias penales absolutorias no impiden que el agraviado intente la acción civil para que se le reconozca la indemnización debida.[25]

7. También podría el agraviado demandar civilmente que se declare **una obligación distinta** de la ya admitida en el campo penal. Por ejemplo en la sentencia penal se ha ordenado devolver una cosa robada, y el dueño podrá demandar civilmente que, además de la devolución, se le condene al que hurtó, a pagarle una indemnización por los perjuicios sufridos al ser privado de su propiedad. La indemnización es cuestión distinta de la simple devolución; no es incompatible, y pueden demandarse ambas cosas separada o conjuntamente.

8. En cambio, si penalmente se ha declarado en sentencia ejecutoriada que **no existe delito**, se podrá de todos modos intentar una acción civil alegando la existencia de un ilícito civil (no constitutivo de delito). Pero si en la primera acción (la penal) se hubiere declarado que el acusado **no es imputable, que no ha cometido el ilícito**, o que no es responsable, ya no cabría tratar nuevamente, en sede civil, de demostrar que esa persona sí cometió la infracción y debe reparar.

9. **Requisitos para que de un acto ilícito surja una obligación civil.**

9.1. Indudablemente, lo primero que se requiere es que exista un **hecho ilícito**. Si no se ha producido ninguna violación de la ley, o por lo menos de la justicia, del Derecho Natural, no se puede hablar de "ilícito".

Quien usa de su propio derecho, razonable y moderadamente, no hace agravio a nadie. Sobre la teoría del **abuso del derecho**, se tratará más adelante; por ahora, baste decir que, en principio no se agravia a nadie cuando se ejercita el propio derecho, dentro de sus límites; pero, como no hay derechos absolutos y como la convivencia social exige consideración hacia los demás y sus derechos, es posi-

[25] Lacruz Berdejo, Obra citada, pp. 460-464.

ble que, al hacer uso de un derecho, de manera inconsiderada, abusiva, se pueda causar daño a otro y habrá que asumir la responsabilidad correspondiente; y, si hubo la intención de causar ese daño, la responsabilidad será mayor.

9.2. Para que surja una obligación, el hecho ilícito debe haber **causado un daño a otra persona o sus derechos**. La simple violación de la ley, que hace ilícito un acto o una omisión, si no causa ningún perjuicio a otro, no daría lugar a una obligación civil, aunque el ilícito tenga una sanción civil. Por ejemplo, el menor de edad que contrae matrimonio sin el permiso o licencia de sus padres (o de otros que los reemplazan) está violando una norma civil y queda sometido a una sanción civil, pero este acto ilícito no hace surgir ninguna obligación: el menor desobediente ni tendrá nada que restituir, ni tendrá que indemnizar a ninguna persona.

El perjuicio producido, consistirá en una disminución o privación de bienes de diversa índole: se puede quitar la vida, la libertad, la honra, los bienes, la seguridad, etc. a las personas; se pueden destruir, deteriorar, perder, enajenar, cosas ajenas...En resumen, el daño puede ser **físico, jurídico o moral**. A la vez, puede reunir las tres calidades.

Para demandar la restitución o la indemnización de perjuicios, habrá que demostrar, probar en el juicio, que se ha producido el perjuicio.

9.3. Casi no es necesario decir, que se ha de probar también la **relación causal**: que el daño producido se debe al hecho ilícito perpetrado. Si no hubiera esta relación de causa a efecto, no habría obligación hacia el perjudicado.

Aquí surge la doble dificultad: saber qué debe entenderse propiamente como **causa** del perjuicio, y cómo se ha de probar dicha causalidad. La doctrina y las disposiciones legales sobre esto no son perfectamente uniformes.

La teoría de la **igualdad de condiciones**, sostiene que es verdadera **causa** de un perjuicio, cualquiera de aquellos antecedentes cuya omisión haría que no se produjera el perjuicio. Esta hipótesis considera que los daños en la persona o bienes se producen por un conjunto de causas –o "concausas"–, siendo todas ellas determinantes del efecto dañino, de suerte que, al faltar cualquiera de esas causas concurrentes, ya no se produciría el perjuicio; por consiguiente, todas esas condiciones o circunstancias determinantes se han de considerar "causa" del perjuicio.

Se objeta a esta doctrina, que no cabe igualar todos los factores que contribuyen a la producción de un efecto dañino, ya que, algunos son propiamente determinantes (y son causas), mientras que otros, solamente son circunstancias favora-

bles o que facilitan la producción del efecto, y no se deberían considerar como causas, sino más bien como condiciones o accidentes influyentes.

Fundándose en esa crítica de la doctrina anteriormente expuesta, se formula la de la **causalidad eficiente**: sólo aquello que de un modo directo o indirecto produce por sí mismo el efecto, puede considerarse causa jurídica para que nazca una obligación proveniente de hecho ilícito. La dificultad de aplicar esta teoría, más seria que la anterior, está en que la prueba de la causalidad eficiente resulta muchas veces realmente complicada y hasta imposible.

Para superar esa dificultad, se han planteado otras teorías que sostienen que la causa jurídica para que surja una obligación, solamente puede ser la que **influye de modo más directo o inmediato** en la producción del efecto. Evidentemente, puede haber una causalidad eficiente remota; incluso una serie o cadena de causas, una próximas y otras, remotas, pero para los efectos jurídicos del nacimiento de una obligación, solamente se tomarán en consideración las más directamente relacionadas con el efecto. El sentido común, la equidad natural, impedirán que un juez lleve las consideraciones causales hasta extremos rebuscados, aplicando una responsabilidad que sólo remotamente se pueda atribuir.

No hay determinación precisa en las leyes sobre el concepto de **causa de un perjuicio**, y queda a la recta apreciación de los jueces el determinar este importante factor. Dice Puig Peña: "Resulta difícil establecer la relación causal. Los casos son complejos: culpa compartida, indirecta, de terceros...Pero se puede apreciar con elevado sentido de equidad."[26]

Por la dificultad de establecer la relación causal, existe una fuerte **tendencia contemporánea** a prescindir del aspecto causal, para atenerse a la mera situación "de facto", a la secuencia natural entre el antecedente y el consecuente; pero esta orientación no parece compatible con la verdadera justicia: mal se podría responsabilizar a alguien que no ha causado en modo alguno el daño, y que solamente se encuentra en el fenómeno jurídico como un antecedente sin influencia en el perjuicio producido.

9.4. Estrechamente vinculado con lo que se acaba de exponer, está el problema de la imputabilidad, es decir, si la causa del daño se puede **atribuir a una determinada persona**. Por ejemplo, si alguien es atropellado por un automóvil y sufre heridas o muere por efecto de este acontecimiento, se probará que ha sido perjudicado en los bienes de la integridad personal o de la vida y que la causa de estos daños es el accidente sufrido, el atropello con el vehículo, pero ¿es imputable el conductor del vehículo, o lo es el dueño de éste, o se puede imputar el perjuicio al vigilante de tránsito que dio una orden equivocada, o al fabri-

[26] Puig Peña, Obra citada, Volumen IV, p. 562.

cante o al vendedor de la máquina que la entregó sin los debidos mecanismos para frenar, etc? En otras palabras: la causa del daño se ha de atribuir a una persona (o a varias, en ciertos casos), sin que baste probar la relación causal entre el perjuicio y una acción o una cosa que hayan producido el daño.

La determinación de la imputabilidad sí suele estar regulada por las leyes y se considerará en su lugar.

9.5. Establecidos el hecho ilícito, su causalidad y su imputabilidad a cierto sujeto, se requiere que éste sea además **responsable.**

Para responsabilizar a alguien se requiere que haya existido un **deber de evitar el mal.** También aquí surgen controversias sobre si basta el deber general de no hacer daño a nadie: *"alterum non laedere"*,o si se necesita que haya un deber concreto de evitar un preciso daño. La primera concepción extendería potencialmente la responsabilidad a cualquiera persona, y, a veces sería demasiado exigente y paralizaría la capacidad de acción y movimiento en la vida. La segunda concepción, puede resultar demasiado estrecha y mezquina (por ejemplo, si sólo los padres estuvieran obligados a cuidar de sus hijos menores); mientras que un término medio, señalado por el sentido común y la equidad, permitirá contener la responsabilidad dentro de unos límites razonables.

La responsabilidad de una persona normalmente depende de que haya incurrido en **dolo** (indispensable para que exista delito civil), o en culpa (generalmente presente en los cuasidelitos). Pero no se excluye la posibilidad de la responsabilidad **objetiva**; según afirma Encarna Roca: "reiteradamente la ha admitido la jurisprudencia española, como en las sentencias del Tribunal Supremo del 29 de marzo de 1983; 12 de diciembre de 1984; 6 de octubre de 1989; 22 de enero de 1996, etc."[27]

9.6. Hay también unas causas que **eximen de responsabilidad**; o sea que, aunque habría normalmente responsabilidad, por excepción, se libera de ella en consideración de varios motivos.

Liberan de responsabilidad el **caso fortuito o de fuerza mayor**: la persona que realmente realizó un acto ilícito y causó un daño, en principio es responsable, pero si actuó (u omitió) sin que hubiera podido prever o evitar el perjuicio, queda libre de responsabilidad. Así el que usa un bien ajeno, que se destruye en sus manos por efecto de un incendio, terremoto, rayo u otro acontecimiento natural que no pudo impedir o resistir, no responde de dicha destrucción. Solamente tendría que responder si en el origen del caso fortuito o de la fuerza mayor hubo un acto imputable y del cual debe responder aquél que tiene la cosa el momento

[27] Roca, Encarna; Derecho de Daños, 3ª. Edición, 2002. Pág. 37.

de su destrucción o deterioro; por ejemplo, si se trata de un ladrón o de un depositario o comodatario que se hallaban en mora de devolver la cosa ajena el momento en que se destruye por un rayo, éstas personas sí responden incluso a pesar del caso fortuito. Si, a su vez, se demuestra que la destrucción se habría producido teniendo la cosa o el derecho el mismo dueño o titular, tampoco se puede responsabilizar al otro. Por ejemplo, un injusto detentador de una casa, no responderá por la pérdida del derecho de propiedad que se produce al embargarse y rematarse el inmueble, por orden judicial legítimamente ejecutada.

El **cumplimiento de un deber jurídico**, equivale a la fuerza mayor para eximir de responsabilidad: así el alguacil que ejecuta un embargo ordenado por el juez, puede causar un daño económico al dueño de los bienes de los que se ve privado, pero el ejecutor que no hace otra cosa que cumplir con su deber, no tiene nada que indemnizar.[28]

La **legítima defensa**, que obligue a causar algún mal a otro para defender la propia vida o bienes de elevado valor (como la salud, la integridad corporal, la honra, etc.) también se ha de incluir entre los casos fortuitos que liberan de responsabilidad.

9.7. Libera de la responsabilidad la expresa **convención** realizada con tal finalidad. Esto se utiliza con alguna frecuencia en los contratos, sobre todo en los de transporte, construcción y otros que implican especiales riesgos; se puede estipular que una de las partes no responderá por ciertos daños que eventualmente se produzcan.

Pero esta **liberación contractual** de la responsabilidad tiene sus límites: no se admite la exoneración de responsabilidad por dolo. Permitir una cláusula que condone el dolo futuro equivaldría a autorizar la mala fe o despenalizar el delito, y esto no es admisible. Sí cabe, en cambio, eximir de responsabilidad al que solamente incurra en alguna culpa.

Se suele acompañar esta clase de disposiciones liberadoras de responsabilidad, con la asunción de esa misma responsabilidad o la obligación de indemnizar atribuida a otra persona o entidad. Es lo que sucede en los **contratos de seguro**, o en los contratos asegurados por un tercero. En éstos se transfiere la obligación de indemnizar por un posible daño, de la persona que lo ha causado a otra que voluntariamente se compromete a cubrir el perjuicio.

9.8. Tampoco nace una obligación cuando **la víctima** (en su persona o en sus derechos o bienes) **tiene también culpa**, ha actuado imprudentemente, con negligencia, de suerte que si hubiera procedido correctamente habría evitado el

[28] Cfr. Aubry y Rau, Obra citada, Volumen IV, p. 754.

perjuicio. Por ejemplo, no se debe indemnización al usuario de un servicio defectuoso, que ha sufrido heridas o destrucción de bienes, si la víctima no ha usado normalmente la cosa o servicio que se le proporcionó (aunque defectuosamente). Se trata, en definitiva de una causalidad compartida: es culpable quien presta un servicio o expende un producto defectuoso, pero también lo es quien lo aprovecha o consume de modo descuidado, sin seguir las indicaciones para el correcto aprovechamiento, etc.

9.9. La intervención de **un tercero** que agrava el perjuicio, o que habiendo podido disminuirlo o evitarlo del todo, no lo hace, produce el efecto de que este tercero también queda obligado a indemnizar: resulta co-causante, y por consiguiente, comparte la responsabilidad con el principal culpable del daño.

Parecida situación se da cuando son **varias las personas** que concurren, concertadamente o sin acuerdo entre ellas, para causar un perjuicio. Todos los que intervienen en el delito o cuasidelito serán responsables. Esta responsabilidad normalmente es solidaria, aunque pueden establecerse órdenes o grados de mayor o menor culpabilidad y entonces cabe atribuir la obligación manera distinta, no solidaria.

9.10. En principio, no responde **quien no tiene capacidad** para cometer delitos o quien siendo absolutamente incapaz tampoco puede ser imputable de cuasidelitos.

En ciertos casos, es otra persona la que responde por los actos ilícitos de los incapaces. También se admite que algunas indemnizaciones se hagan eficaces cobrándolas sobre los bienes del patrimonio de los incapaces.

9.11. Una cuestión no resuelta por la ley y en la que la doctrina y la jurisprudencia se muestran vacilantes, es la planteada por la **concurrencia** de responsabilidad contractual y extracontractual. Hay situaciones en las que no resulta claro si se ha de considerar el daño como una consecuencia del incumplimiento de un contrato, o como atribuible a un ilícito civil no contractual; entonces caben varias soluciones: preferir aplicar las normas de los contratos, o bien las de los delitos y cuasidelitos; algunos sostienen que el perjudicado puede escoger unas u otras; mientras que hay quienes sostienen que corresponde a los jueces determinar la norma de derecho aplicable a estas situaciones ambiguas, y son éstos probablemente, los que tienen mejor razón.[29]

10. El ilícito que origina obligaciones consistirá en una **acción o una omisión**. Las mismas condiciones que hemos considerado, respecto de los actos injustos e imputables de personas responsables, se aplican a las omisiones que, igual-

[29] Cfr. Diez Picazo, Obra citada, Vol. II, pp. 528-529.

mente deben ser ilícitas e imputables a quienes deban responder. Pero la diferencia entre ambos supuestos radica en que, mientras las acciones ilícitas se configuran más claramente como violaciones de un precepto; en el caso de las omisiones, se plantea la duda de si toda abstención es omisión, o solamente se ha de considerar una omisión ilícita aquella que implica el incumplimiento de un deber estricto, concreto, imperado por una ley positiva.

Ciertamente hay una obligación moral de evitar cualquier daño que perjudique al prójimo, en cuanto esté al alcance de uno el impedir ese perjuicio; pero en el plano jurídico, se requiere que el deber de **impedir el daño** a otro, esté en las leyes positivas, al menos de manera genérica. El precepto romano *"alterum non laedere"* no se interpretará como una obligación absoluta de evitar cualquier daño, en toda circunstancia y por parte de todas las personas: esto no sería propiamente realizable. Ha de entenderse con alguna flexibilidad y razonablemente.

Hay una obligación general, de toda persona, de evitar **lo que puede inducir al crimen** o significara una ocasión próxima, peligrosa, de que se cometa un delito; esto aparece, por ejemplo, en el artículo 2087 (antes 2114), que obliga al comodatario "a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de cualquiera otra cosa de que se sepa se trata de hacer un uso delictivo."

Por de pronto, nadie está obligado a **causarse a sí mismo un daño** para evitar el que podría producirse en perjuicio del prójimo, salvo que por la **profesión** o por **convención** se haya asumido ese deber. Por ejemplo, en el caso de un incendio no deberá una persona perder sus propias cosas para salvar de la destrucción a las ajenas; pero el agente de seguridad, policía o guarda contratado, tiene que exponer su propia vida para resguardar la de la persona que se ha obligado –genérica o específicamente– a proteger.

Aún en este orden de preferir la defensa de los propios derechos, antes que los del prójimo, admite una equitativa atenuación: si existe una **notable diferencia de importancia** entre los bienes propios y los ajenos, habrá que tener en consideración esa diversa valoración. Por ejemplo, no se debe omitir la ayuda necesaria y posible para salvar la vida del prójimo, con el pretexto de que antes se deben salvar bienes materiales propios: es incalculablemente superior el bien de la vida al de la propiedad, y por tanto, habría omisión culpable y originaría obligación, si se dejó de salvar la vida ajena para conservar cosas propias. Aún en el plano de iguales derechos –como el de propiedad–, si los objetos guardan una desigualdad muy grande y notoria, no bastará la regla de que primero se protege lo propio y después lo ajeno: para evitar la destrucción de una insignificante cosa, no se omitirá el evitar la pérdida de algo de gran valor aunque sea ajeno; no proceder así, originaría una obligación por cuasidelito de omisión.

11. Tradicionalmente se exigía la existencia de **dolo o culpa** para que surgiera una obligación civil. Se alegaba el razonamiento de que solamente hay ilícito si la acción u omisión que causan el perjuicio, se debían a dolo o culpa del causante.

Aunque hay lógica en el razonamiento anterior, y aunque la doctrina jurídica mantenida durante muchos siglos considera el dolo o la culpa como requisitos indispensables para que surja un delito o un cuasidelito, la doctrina contemporánea y muchas disposiciones legales, **tienden a prescindir** del factor subjetivo –culpa o dolo– para asignar la obligación de restituir o de indemnizar por un acto imputable.[30]

Esta tendencia a prescindir de la apreciación de **la intención** del causante del perjuicio, se procura justificar de diversas maneras: por la dificultad de juzgar sobre disposiciones internas de las personas; por la dificultad y a veces imposibilidad de llegar a establecer con claridad la verdadera causa de los daños; por la solidaridad social que lleva a compartir los riesgos, y el agravamiento enorme de los peligros producidos por los avances de la técnica –principalmente en materia de transportes, energía nuclear, armas, etc–.

No ha desaparecido –y pienso que no desaparecerá del todo– la concepción clásica que exige el dolo o la culpa para responsabilizar del un daño; pero sí hay que admitir que esta valoración de la intención del autor del perjuicio, ha pasado a un plano más relativo y de menor importancia que aquél que tuvo en otros tiempos.

Sobre todo en el plano de las **relaciones laborales** –y otras relaciones "sociales", como entre prestamistas y prestatarios– cada vez se toma en menos consideración los conceptos culpa y se admite el cuasidelito por una transferencia necesaria de los riesgos a la parte más poderosa o capacitada para evitarlos. Es en este campo de la legislación y la jurisprudencia laboral donde surgió la teoría de la responsabilidad objetiva, es decir, que admite el nacimiento de obligaciones sin culpa.

No ha sucedido lo mismo con el **dolo**: para que exista delito, incluso el meramente civil (no penal o criminal), se requiere necesariamente la intención positiva de causar daño. Lo único que ha variado en este aspecto, se refiere a la prueba: dadas las referidas dificultades de probar los sentimientos, propósitos e intenciones interiores de un sujeto, es preciso recurrir a **presunciones**.

---

[30] Rogel Vides: Derecho de Obligaciones y Contratos, Barcelona, 2001. Pág. 281.- Puig Peña, Federico: Tratado de Derecho Civil, Pamplona, 1979, Volumen VI, p. 555.

Esta evolución legal y jurisprudencial, así como de la doctrina jurídica, hacia una menor valoración de la culpa y una facilitación de la prueba, sea de la culpa o del dolo, han llegado hasta el extremo de **invertir la carga de la prueba.** Así, mientras la presunción de inocencia (de no culpabilidad ni mala fe) universalmente admitida, supone que el actor, aquél que reclama la indemnización, ha de probar la culpa o el dolo del causante del daño; en ciertas circunstancias, se admite modernamente lo contrario: se presume que quien ha causado un perjuicio, lo ha hecho por dolo o culpa, y por tanto, la víctima tendría que probar solamente el daño y la imputabilidad (relación causal), pero no la existencia de dolo o culpa; éstas se presumen, y, por tanto, corresponde al acusado la carga de la prueba sobre su carencia de dolo o culpa. A su vez, la prueba de no haber actuado con culpa o dolo, presentará enormes dificultades, pues se suma al hecho de tratarse de disposiciones internas de la voluntad (subjetivas), el hecho de ser una prueba negativa, consiguientemente, casi imposible, si no se recurre también a presunciones.

Para salir de estas graves dificultades, las leyes modernas, siguiendo a la doctrina contemporánea, tienden a dar a las normas sobre obligaciones por hechos ilícitos el mayor sentido objetivo que sea posible. También recurren con mayor frecuencia a las **presunciones legales**, y no descartan la amplia aplicación de las presunciones judiciales y el criterio de equidad.[31]

En esta línea, dispone el artículo 992, que el **despojo violento** de la posesión o de la mera tenencia –que normalmente será un delito– da derecho para exigir que se repongan las cosas en su anterior estado y se indemnicen los perjuicios, sin necesidad de probar más que el despojo.

De modo más general, el artículo 1563 (antes,1590), aunque regulando la responsabilidad contractual –que por analogía se extiende a los cuasicontratos– indica a quien corresponde la carga de la prueba, con la salvedad de que se han de preferir las normas especiales cuando se trate de delitos o cuasidelitos. En éstos se invierte la carga de la prueba, no debiendo probarse la culpabilidad o el dolo (no se presume la inocencia), sino que se parte de la mala fe del autor del ilícito, a quien se le permite **probar su inocencia**. Igualmente el artículo 1572 (antes,1599) se refiere directamente sólo a la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de obligaciones; si bien el último inciso, añadido por la Ley 171 del año 1984, se refiere al daño moral y se remite al título XXXIII del Libro IV.[32]

---

31 Cfr. Lagos Narváez, Patricio: La responsabilidad objetiva. Santiago, 1999, p. 11 y ss.

32 Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema rechaza la demanda de indemnización de perjuicios dirigida contra un juez, por considerarse que era preciso que el actor demostrara la mala fe, esto es, "la voluntad deliberada de causar perjuicio, en una palabra, tiene que probarse el dolo." 4ª. Sala, juicio 304, Morales-Morales, Auto de 20 de octubre de 1988, en Repertorio de Jurisprudencia, XXXI, P. 63. Quito, 1990.

Sin embargo, si el daño se atribuye a un **delito** (no cuasidelito), la jurisprudencia nacional sigue exigiendo, por regla general, la prueba del dolo cometido por el causante.[33]

12. La intención del que obra ilícitamente se tiene en consideración para **distinguir el delito del cuasidelito**. Según dispone el artículo 1453 (antes 1480), una de las fuentes de las obligaciones consiste en "hechos que han inferido injuria o daño a otra persona". Se atiene la ley al mero hecho, sea o no acto jurídico, y deja abierta la posibilidad de responsabilizar por hechos voluntarios y aún involuntarios de quien "ha inferido injuria o daño". Esto, evidentemente se halla muy cerca de la doctrina de la responsabilidad objetiva. A su vez, el artículo 2184 (antes 2211) aclara que hay cuasidelito en "el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar", mientras que hay delito –para los efectos civiles– en "el hecho ilícito y cometido con intención de dañar".[34]

13. Otras formas de evitar los problemas que suscita la vida moderna, con sus crecientes riesgos, consiste en la aplicación de las **doctrinas** del abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa y de la solidaridad equitativa.

14. Para aceptar en sentencia una demanda de indemnización de daños y perjuicios, se requiere que ésta haya precisado **en qué consisten dichos daños** y perjuicios, para que sea posible la defensa y luego, la correspondiente prueba. Si no se han precisado esos daños que se dice haber sufrido, ni presentado prueba de ellos, se rechaza la demanda.[35]

La apreciación de **la cuantía** de los daños y su correspondiente indemnización, queda al buen criterio de los jueces según el valor de las pruebas que se hayan presentado legítimamente en el proceso. En una sentencia de la Corte Suprema se expresa esta doctrina: "En el juicio de indemnización de daños producidos por choque de un automóvil, se analizan con criterios de sana crítica los cinco informes policiales que se han presentado, y que aprecian el monto de la desvalorización del automóvil, desde cero hasta el 75%. La Sala fija dicha desvalorización en un 35%, aceptando como criterios válidos: a) La persistencia de defectos visibles después de la reparación; b) la existencia muy probable de otros defectos reales pero no visibles de inmediato; c) los daños que normalmente se producen por el simple hecho de la conservación en taller o almacenamiento

---

33 Sentencia de la 5ª. Sala, Zaccida-Duarte, de 10 de octubre de 1991. Repertorio de Jurisprudencia, Volumen XXXV, p. 27. Quito, 1993.

34 Aplica esta distinción la sentencia de 12 de noviembre de 1990. Repertorio de Jurisprudencia, volumen XXXIV, p. 75, Quito, 1993.

35 3ª. Sala, Ruiz-Santillán, de 6 de junio de 1980. Repertorio de Jurisprudencia, Volumen XII, p. 46, Quito, 1982.

por largo tiempo; d) la natural desconfianza que tiene cualquier persona para adquirir un automóvil que ha sufrido un grave accidente."[36]

15. La obligación que nace del delito o cuasidelito consiste en **restablecer** los derechos o las cosas a su primitivo estado, siempre que sea posible, o bien indemnizar. Pueden unirse ambos efectos: el de restituir y el de compensar los perjuicios causados. Naturalmente, uno y otro deben probarse.

La indemnización se considera una **deuda de valor**, no de determinada suma monetaria; por esto, si el valor de la moneda ha variado entre la comisión del daño y el momento de la indemnización, no bastará entregar la misma suma de dinero, sino la equivalente, según el nuevo valor de la moneda.[37]

Interesantes aplicaciones de la doctrina expuesta ha hecho la jurisprudencia de varios países a cuestiones tales como los daños biológicos y psicológicos, los perjuicios morales, los producidos en el ambiente, al consumidor o por la actuación del estado, sus funcionarios, empleados o trabajadores, etc.

16. **Responsabilidad del Estado.** El artículo 16 de la Constitución establece la norma más general de garantía de los derechos humanos, de la que deriva, así mismo, la obligación de orden más genérico, de responsabilizarse y reparar eventuales perjuicios. Dice así: "El **más alto deber del Estado** consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".

Más adelante se precisa que han de ser respetados, no solamente los derechos "positivos", expresamente tutelados por las leyes, sino también los derechos naturales: "Art. 19: "Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que **se deriven de la naturaleza de la persona** y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

Respecto de todos los ciudadanos, señala la Constitución varios **de-beres**, en el artículo 97, entre ellos,, "3. Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque" (...)5. Respetar la honra ajena; (...)11. Practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios" (...) 16. Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable (...) 18. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética.

---

[36] 4ª Sala, Mosquera-Kaisin. Juicio 50, sentencia de 4 de marzo de 1974. Repertorio de Jurisprudencia, Volumen I, p. 364. Quito, 1977.

[37] Diez Picazo, Obra citada, p. 548, quien aduce sentencias del Tribunal Supremo de España de 20 de mayo de 1977 y 20 de junio de 1978.

Todos estos, y otros, principios se han de tener en cuenta para la aplicación de las normas especiales sobre responsabilidad, principalmente en los campos de la que corresponde a la **administración pública** y sus agentes o servidores.

Aunque hay precedentes en nuestro derecho constitucional[38], de un modo expreso solamente se introdujo la **plena responsabilidad del Estado** en la reforma constitucional de 1996, que acogió lo propuesto en 1994 por la comisión nombrada por el Presidente Sixto Durán Ballén, de la que formé parte. La nueva redacción de la Carta Constitucional, de 1998, en el artículo 20 recoge ese principio en amplios términos: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.- Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho a la repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes."

El artículo 120 de la Constitución establece que: "No habrá dignatario, autoridad, funcionario, ni **servidor público** exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones." El siguiente artículo menciona las responsabilidades en el triple orden: administrativo, civil y penal.

Hay una neta **diferencia** entre la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios. El primero debe indemnizar por todo perjuicio "ocasionado por deficiencias" de los servicios públicos, mientras que los funcionarios y empleados solamente responden cuando han actuado con dolo o culpa. La primera responsabilidad, la del Estado, se puede calificar de **objetiva**: bastará probar que se ha producido el perjuicio "como consecuencia" (concepto más amplio que el de "causa") de un servicio deficiente; por ejemplo podría tratarse de un servicio intempestivo, demorado, o que no asegura la satisfacción de las necesidades que debe remediar. Mientras tanto, el Estado solamente podrá repetir contra sus servidores que hayan actuado "**con dolo o culpa**", declarados judicialmente: en este aspecto, se sigue la doctrina tradicional, en la que la carga de la prueba compete al actor, al Estado.

17. Especial atención se ha dado a la reparación por **sentencias injustas**. En 1978 se consideró en la Constitución, la reparación por el daño causado por sentencias condenatorias que hubieren sido reformadas o revocadas por el recuso de revisión. La reforma de 1983, reintrodujo el concepto de "rehabilitación",

[38] Para detalles, me remito a mi Derecho Constitucional, 6ª. Edición, p. 221 y ss. Quito, 1999.

que figuraba ya en Cartas anteriores: los injustamente condenados tienen derecho a que se restablezca su honor, su libertad y se repare de algún modo el perjuicio sufrido por la sentencia injusta. El actual artículo 21 sigue la misma doctrina: "Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada por efecto de recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, será **reahabilitada e indemnizada** por el Estado, de acuerdo con la ley."

Caso distinto es el previsto en el artículo 22: "El Estado será civilmente responsable en los casos de **error judicial,** por inadecuada administración de justicia, por los casos que hayan producido prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de **violación de las normas establecidas en el artículo 24.** El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable."

Aquí se trata de "error" judicial y de violación del **debido proceso** tal como se define en el artículo 24. Son dos asuntos muy disímiles éstos, considerados en el mismo artículo: el "error" y la falta de observancia del debido proceso; mientras lo segundo se precisa que ha de ser en los términos del artículo 24, nada se dice respecto de qué clase de error deba ser objeto de indemnización.

El punto del **error judicial** ha sido objeto de muchas especulaciones de la doctrina y se ha procurado definir con mayor precisión en algunas legislaciones. Varias sentencias de la Corte Suprema de Chile, por ejemplo, tratan de establecer qué errores judiciales deben ser reparados. Una de ellas dice: "Para que una resolución tenga **carácter erróneo** o arbitrario en grado de injustificable, es preciso que se perfile en contradicción con la razón; o que se le haya decretado de manera irregular o caprichosa; de modo que no logre una explicación lógica, esto es, en sustancia, que carezca rotundamente de motivación y de racionalidad. Si tal resolución, que después resulta errónea, se hubiere fundamentado en antecedentes que condujeron a estimar un hecho como punible y un determinado grado de responsabilidad en las personas, esclareciéndose más tarde, en sentido contrario esas circunstancias, el mencionado error no sería injustificado sino razonable; y, por ende, no susceptible de la reparación que garantiza la Carta Fundamental a quien ha padecido un error **craso, notoriamente injusto,** no obstante de ser categóricamente inocente.[39]

Otra sentencia del mismo Tribunal dice que "el error cometido en la resolución declaratoria de reo que da origen a la indemnización debe ser **inexplicable,** semejante al que el Código Civil (Chileno) en sus artículos 122, 667 y 668 describe con la expresión "**sin justa causa de error**" contrario a la otra de "con justa causa de error".[40]

[39] Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1984, p. 93.
[40] Id., p. 107.

El **Código de Procedimiento Penal** detalla la forma cómo se ha de cumplir con los requisitos del debido proceso, que el artículo 24 de la Constitución garantiza. No es este el lugar de estudiarlos en detalle, pero sí hay que señalar que cualquiera de esas violaciones, si realmente ha determinado el que se cometa la injusticia de condenar a un inocente, da derecho a éste para pedir la reparación al Estado, y éste a su vez podrá repetir contra los jueces o tribunales.

La **Ley para el juzgamiento de la colusión** [41] reconoce el derecho de pedir indemnización contra los causantes del daño, que eventualmente pueden ser también jueces o magistrados. La Corte Suprema, mediante resolución del 9 de marzo de 1994 [42], establece que, en caso de demandarse contra los Ministros Jueces de una Corte Superior, el caso será juzgado por el Presidente de la Corte Suprema de cuya resolución se podrá recurrir para ante la Sala de lo Penal de la misma Corte Suprema.

Otras **leyes especiales** que prevén la indemnización de daños y perjuicios por errores judiciales o violaciones del debido proceso son: **La Ley de lo contencioso administrativo**, que concede amplias facultades al Tribunal, modificadas por varios decretos supremos [43]. La **Ley de Carrera Administrativa** [44] . La responsabilidad de los funcionarios y empleados se determina con precisión en la **Ley Orgánica de Administración Financiera y Control** [45]; la reforma de 1995 (RO 863: 16-ene-1996) precisa aún más la responsabilidad del Estado y la aplica para el caso especial de quienes por error han sufrido privaciones de la libertad, por los que el estado debe indemnizar.

S.1. SOCIAL: Cuestiones sociales

El derecho se aplica en una sociedad concreta, sea esta el estado, la Iglesia o una circunscripción de esas dos sociedades perfectas, o bien en la sociedad internacional. Lo más frecuente es referirse al derecho de un estado, y entonces adquiere singular interés tener una visión clara de la situación social en la que "vive" ese ordenamiento jurídico.

---

41 Decreto Supremo 1116 de 24 de enero de 1976, publicada en RO 269 de 3 de enero de 1977.

42 Resolución publicada en el RO 415 de 7 de abril de 1994.

43 DS-1077: RO 392 de 17 de septiembre de 1973, DS 1065 A: RO 857 de 31 de julio de 1975, Ley de Modernización del Estado: RO 31 de diciembre de 1993.

44 Codificada en el RO de 10 de abril de 1978. El art. 61 establece la responsabilidad administrativa civil y penal. Similar disposición se encuentra en la **Ley de Servicio Exterior** artículo 163.

45 Decreto 1429, RO 337 de 16 de mayo de 1977, principalmente en los artículos 32, 277 y 286. El art. 327 establece que la responsabilidad de los funcionarios se extiende hasta la culpa leve. Otros artículos importantes: 310, 328, 330, 340, 341 y 360.

Por lo dicho, se expone a continuación una visión general de la sociedad ecuatoriana en sus aspectos materiales: lo económico y lo llamado propiamente "social". Esto no significa desconocer otros datos sociales, incluso de mayor categoría, como son los culturales, morales y religiosos; de ellos se trata en otros puntos de esta obra.

Intencionalmente no hago referencia a datos de inmediata actualidad, sino a los de hace unos diez años, porque considero que se requiere una cierta perspectiva de tiempo para opinar con mayor imparcialidad. Fácilmente el lector puede contrastar las cifras contenidas en este estudio con otras absolutamente actuales, ya que felizmente existen innumerables fuentes de información al respecto.

I. **Algunos datos sobre la situación actual.**

No pretendo hacer un análisis de la situación económico social en sus aspectos técnicos, que no son de mi competencia, pero sí considero algunos signos que son de dominio público y que permiten apreciar la gravedad de la crisis social.

Los elementos de juicio que se exponen a continuación han sido recogidos de varias fuentes, principalmente, los publicados por el Banco Central del Ecuador, el Estudio del Banco Mundial sobre la Economía Ecuatoriana, otro estudio de la Universidad de Toronto, los publicados en la prensa diaria por numerosos expertos, los de revistas especializadas como Ekos y Gestión, correspondientes al mes de noviembre de 1995 y números anteriores, los presentados por algunas fundaciones como Fundación Ecuador (1995), ILDIS (1994), etc.

l. **Población**. Se calcula que el Ecuador tiene actualmente (nov. 1995) 11.'460.000 habitantes (en el 2006 rondamos los 13 millones) y que el crecimiento anual está en un 2,2 %, según datos del INEC.

La tasa de crecimiento de la población ha disminuido notablemente en el país, del de el 3% anual que se calculaba entre 1971 a 1980, hasta la actual cifra del 2,2%.

La población crece más en la Costa, fundamentalmente por inmigración de campesinos de la Sierra que se desplazan al Litoral. También se incrementa la población del Oriente por la presencia de colonos

En el último decenio se ha producido una fuerte corriente emigratoria, dirigida hacia España, Italia, Estados Unidos y otros países. Hay quienes opinan que más de un millón de ecuatorianos viven en el exterior.

2. **Producto interno Bruto per cápita.**

Se anota la siguiente evolución:

1960	741 dólares
1970	802
1980	1.377
1990	1.242
1992	1.286
1993	1.290 (Datos de Fundación Ecuador)
1994	1.324 (Dato del Banco Central del Ecuador)

Estos datos parecen alentadores a primera vista, porque señalan un crecimiento continuo y bastante apreciable. Pero hay que tener en cuenta la mala distribución de estos ingresos que, evidentemente se polarizan a favor de los más ricos, como se podrá apreciar por otros datos que se exponen más adelante.

3. **Gastos e ingresos públicos.**

Banco Central los siguientes:

Años	1980	1985	1990	1991
Defensa	8%	6%	6,3%	6,1%
Educación	18,3	17,4	14	13,7
Salud	6,2	6,6	6,8	7,1
Seguridad Social	9,9	9,3	8,7	8,8
Vivienda	4,6	3,9	7,3	6,8
Total gasto social	11,4%	9,8%	8,4%	7,5%

Se deduce fácilmente un deterioro del gasto social, aunque se ha hecho un esfuerzo por atender algo más al sector de la vivienda. En términos generales el gasto social es muy reducido.

Los ingresos fiscales han crecido notablemente en cifras absolutas, pero éstas resultan muy engañosas porque la moneda ha perdido continuamente su valor adquisitivo, de modo que no nos orienta mejor la comparación de estas cifras.

Dos provincias, Pichincha y Guayas, pagan el 90% de del total de los impuestos a la renta y utilidades.

Pichincha paga el 42,9 % del impuesto a la propiedad de todo el Ecuador a pesar de tener menos viviendas que Guayas. Esmeraldas casi no contribuye con este impuesto a pesar de tener importantes propiedades raíces.

De las l000 empresas más grandes del Ecuador, 427 están en Guayaquil y 407 en Quito, 49 en Cuenca, l7 en Machala, l5 en Manta, 11 en Ambato y las 74 restantes en el resto del país. Esto revela una concentración económica en dos polos únicos: Guayaquil y Quito.

La evasión fiscal se calcula que es elevadísima: un 50% del impuesto a la renta y un 40 % del IVA, y son estos dos los principales recursos del Estado. (Fundación Ecuador).

Hay que añadir que el volumen de contrabando es muy notable y la defraudación aduanera , realmente escandalosa.

4. **Inflación**

Llegó alrededor del 60% anual y en los últimos años se ha logrado bajar (31% en 1993, 29% el 94, 24% en 1995). Este es un signo favorable, porque la estabilidad del valor adquisitivo de la moneda favorece a todos, principalmente a los que viven de rentas fijas, a los más pobres y también resulta un elemento de estabilidad que favorece las inversiones productivas.

Desde 1998 la inflación creció descomunalmente, hasta llegar al extremo de que en el año 2002 se tuvo que adoptar por la circulación libre del dólar en lugar del Sucre.

5. **Deuda externa y exportación de capitales.**

La deuda externa pesa muy duramente sobre la economía del país. En 1984 era de 8304 millones de dólares y en 1993 subía hasta 12455 millones de dólares. Se han hecho esfuerzos reiterados por renegociarla y se han conseguido parciales rebajas y ampliación de plazos, de todas maneras sigue siendo desproporcionadamente grande para la población de trece millones de ecuatorianos.

Un dato alentador es el de la relación entre la deuda y el volumen de exportaciones, que en 1982 representaba el 85 %, en 1985, bajó al 55% y actualmente se sitúa en el 36% (Fuente: Diario Hoy, 1993).

Sin embargo, los ingresos por exportaciones no han crecido como habría sido de esperar , dado el incremento de la producción nacional. Los volúmenes de exportación son cada vez mayores, pero los ingresos por esas exportaciones no aumentan paralelamente, porque han bajado los precios de muchos productos:

petróleo, café y cacao, principalmente. (Estudios de la Universidad de Toronto, noviembre 1995). Por situaciones internacionales totalmente ajenas a la voluntad y acción del Ecuador, el precio del petróleo ha aumentado notablemente en los últimos años y, deplorablemente, ha coincidido con una recesión en la producción ecuatoriana de hidrocarburos por problemas de política interna.

Se suma a la enorme deuda externa, el hecho de una fuerte exportación de capitales, cuyo monto se estima que supera el de la misma deuda externa. Esto revela una desconfianza de los ecuatorianos en su propio país y un sentido egoísta de los inversionistas, que no quieren correr riesgos. Los capitales producen más en Ecuador que en el extranjero, pero se hacen inversiones fuera del Ecuador, porque no se confía en la estabilidad de la moneda y de la economía nacional.

Paralelamente, las inversiones extranjeras en el Ecuador son mínimas: 700 millones de dólares en 1995, mientras que el mismo año Colombia ha recibido 3.000 millones y Perú 4.204 millones de dólares. (Fuente: Informe del Chemical Bank).

6. **Pobreza.**

El Ecuador, a pesar de tener variados productos naturales y capacidad de cultivo agrícola notable (mayor que Perú, en términos absolutos), ha sido siempre un país pobre y atrasado. La pobreza generalizada en toda la población en tiempos anteriores, se siente ahora más profundamente por el enriquecimiento de un sector bastante reducido. La pobreza extrema se ha agudizado y se han sumado factores nuevos de empobrecimiento a los ya tradicionales: caída de los precios internacionales de las materias primas, aumento de la producción de otros países de los productos tradicionales de exportación del Ecuador (cacao, camarón, banano), desmedido afán de enriquecimiento de los que ya poseen cuantiosas fortunas, deuda externa agobiante, etc. (Revista Gestión, Noviembre 1995, Julio Echeverría).

El crecimiento económico del Ecuador en los últimos años es apenas del 1,9% del producto interno bruto, mientras que en la época del auge petrolífero llegó algún año al 10%. De este crecimiento económico, lo que se destina al sector social ha disminuido en proporción al 60% de lo que se destinaba a este sector en 1982.

El informe de la Universidad de Toronto afirma que después de tres décadas de rápido crecimiento, el Ecuador desde 1980, está prácticamente estancado en su crecimiento.

El deterioro de la economía es un fenómeno generalizado en América Latina, que en 1950 participaba con el 12% del comercio mundial y en 1989 llegó apenas al 3,3%. Sin embargo, entre estos países, algunos, como Brasil, Chile y Méjico han progresado muy notablemente, de modo que la depresión de los demás resulta muy honda. (Gestión agosto 1995).

En el Comercio Mundial, el Ecuador participaba en 1989 con el 2,4% y el 92 llegó al 3%, para volver a disminuir. Actualmente sólo Bolivia y Panamá exportan menos que Ecuador, entre los países de América Latina (Datos de ILDIS y CEPLAES sobre estadísticas del Banco Central).

Un estudio del Banco Mundial sobre la pobreza en el Ecuador (junio de 1995) asevera que el 35 % de la población –aproximadamente 3.800.000 habitantes– vive en la pobreza, de los cuales el 15% –1.700.000– en extrema pobreza. Se entiende como pobres a quienes no ganan 90.892 sucres mensuales y pobres extremados los que no llegan a S/. 61.466, que no alcanzan ni para una alimentación deficiente.

Una encuesta en un barrio muy pobre de Guayaquil, revela que los habitantes gastan un 25% de sus ingresos en pago de los malos servicios públicos de agua, luz, transporte y educación (Luis Fierro, Rev. Gestión, agosto 95).

En la región Amazónica, las mayores deficiencias consisten en falta de tierras cultivables y crédito, las malas comunicaciones y carencia de servicios elementales.

Resulta difícil señalar las causas de la pobreza, pero se suelen señalar: el bajo nivel educativo, el escaso acceso a la tierra, la poca integración en el mercado (economía autárquica familiar o de autoconsumo), falta de oportunidades de empleo y segregación racial (Informe del Banco Mundial, 1995).

El analfabetismo, aunque ha disminuido considerablemente, todavía supera el 10% de la población y en alguna provincia (Chimborazo), llega al 23 %.

El Ecuador se encuentra entre los países latinoamericanos más gravemente afectados por el subempleo.

Se advierte también una falta de educación para realizar de preferencia los gastos más necesarios, de modo que se producen gastos superfluos y aún nocivos (prostitución, embriaguez). Admira que masas empobrecidas acuden multitudinariamente a espectáculos deportivos caros. Se gasta desmedidamente en fiestas. El Estado tampoco da ejemplo de sobriedad y se realizan obras innecesarias allí donde falta lo más elemental.

7. **Ocupación y desempleo y salarios.**

Se calcula la población activa en 2.903.373. El sector informal abarcaría 1.183.483 personas. El porcentaje de ocupados es de 90,5% y desocupados 9,5%, pero este último grupo tiende a aumentar. (datos de Fundación Ecuador, 1994).

Los salarios se han deteriorado en un 43% desde 1982 a 1992. El año 93 se experimentó una recuperación, pero sin legar al límite previo. (Gestión, agosto 95)

He aquí una tabla de evolución de los salarios desde 1989:

1989 100
1990 87
1991 72
1992 80
1993 89
1994 113
1995 125 (en mes de julio) (Fuente: Macrotendencia, N. 22 , Noviembre 1995).

El salario medio mensual se calcula en S/. 283.000, lo que evidentemente no alcanza para cubrir el gasto de una familia, de modo que deben trabajar la mujer y los hijos, a veces desde la infancia. También recurren muchos hogares al endeudamiento (compras a crédito) que aumentan el peso de la carga económica por los intereses generalmente usurarios.

Se calcula que hay 160.000 trabajadores (empleados y sector informal) con ingresos inferiores al salario mínimo vital, que tampoco es suficiente para cubrir las necesidades básicas. (Fundación Ecuador 1995)

8. **Seguro Social.**

El Seguro Social (Primero Caja de Pensiones y Caja del Seguro, después Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) ha servido al Ecuador durante más de cincuenta años y ha logrado expandirse y cubrir progresivamente a mayor número de personas, pero adolece de graves deficiencias en los servicios y no llega aún a proteger a toda la población.

Existen unos 101.833 jubilados por el IESS, que reciben un promedio de S/. 132.000 de pensión mensual (66 dólares), mientras que en Perú, reciben 90 dólares, en Venezuela 95, en Brasil 143, en Argentina 284. De los países de América Latina solo Nicaragua está bajo el nivel de Ecuador, en este aspecto.

El Seguro Social cubre en el Ecuador solo el 8% de su población (en Perú el 17%, en Bolivia el 25%). Con relación a los trabajadores activos, solamente están protegidos el 23 % (mientras en Brasil, lo están el 96%).

En cambio los aportes absorben una parte demasiado fuerte de los ingresos por sueldos y salarios: el 21% (en Venezuela es sólo el 14% y en El Salvador el 12%). (datos de Fundación Ecuador, 1995).

El Seguro Social ampara a los campesinos desde hace pocos años: en 1970 solamente 500 campesinos estaban protegidos, el número ha ido creciendo hasta llegar ahora a 126.000 campesinos afiliados al IESS.

Los servicios médicos son aquellos de los que más se queja la población. Las estadísticas revelan la deficiencia de instalaciones. En 1983 había 1,7 hospitales y clínicas por mil habitantes, y diez años más tarde 1,6, es decir que en lugar de aumentar hay un ligero retroceso.

9. **Vivienda.**

Basta recorrer los barrios suburbanos de nuestras ciudades (Guayaquil, Quito, Machala , principalmente) o visitar una vivienda campesina para constatar cuán lejos estamos de disponer de habitaciones verdaderamente humanas para las grandes mayorías.

Según probadas estadísticas, el 70% de las habitaciones en 1994 no podían calificarse de adecuadas para su objeto. El 37 % de ellas no reciben agua por tubería; el 27 % no tienen desagüe de aguas servidas; el 22 % carecen de servicio eléctrico; el 25% no tiene ningún género de servicios higiénicos y el 84% carecen de teléfono.

Hay que reconocer que se ha hecho un gran esfuerzo de urbanización y de construcción de casas baratas en los últimos años, pero no cubren el enorme déficit de vivienda nacional.

II. **Cómo reaccionar ante estos y otros problemas sociales.**

Sería muy difícil señalar el conjunto abigarrado de causas que originan la extrema pobreza y los desequilibrios e injusticias sociales en el Ecuador. Algunas raíces de estos males son muy antiguas, otras vienen de afuera, de la situación general del mundo económico, otras son más recientes y dependen de la conducta de gobernantes y gobernados.

Con la luz de la fe, podemos afirmar sin temor a errar, que todos los males derivan del pecado. Dios ha creado los bienes de la tierra para la satisfacción de las

necesidades de los hombres, para que las personas puedan trabajar y ennoblecer sus vidas con el dominio de la naturaleza, para que ejerciten la solidaridad, para que vivan la caridad fraterna, la justicia y las demás virtudes, usando sobria y ordenadamente de las cosas de este mundo.

Cuando se convierte el afán de poseer en meta de la vida, se cae en lo que San Pablo llamaba una "idolatría". La avaricia, ese endiosamiento de las riquezas, corrompe profundamente el corazón humano, lo vuelve insensible, proclive a la injusticia y la crueldad.

El gran mal del mundo moderno radica en el materialismo, que conduce a esta visión torcida del mundo, por la cual el hombre no ocupa el lugar de "Señor de la creación" y se convierte en esclavo de las riquezas, de unas riquezas que acaparan unos cuantos en perjuicio de muchos. El inmoderado deseo de poseer bienes materiales divide a las familias, los pueblos y las naciones. Por él se llegan a cometer mil fraudes, engaños, injusticias. Se pagan salarios insuficientes, se imponen precios que no cubren los gastos de producción o que, por el contrario, dejan los productos fuera del alcance de muchos, se elude el pago de los impuestos, se cobran intereses usurarios y todo ello conduce a los peores desórdenes económicos y sociales, pero, sobre todo, corrompe el propio corazón de quienes cometen esas maldades y ofenden a Dios.

La Iglesia ha predicado y predicará siempre la justicia social y la caridad social como complemento y perfeccionamiento de la primera. Solamente viviendo esos principios se encontrarán medios adecuados para combatir los enormes males de la sociedad contemporánea.

Por esta razón, lo primero que se recomienda, y lo pido a todos, es que estudien la doctrina social de la Iglesia, que hunde sus raíces en el Evangelio y ha producido en todo tiempo, los mejores frutos de concordia y renovación social. En los últimos años, esa Doctrina ha sido admirablemente reafirmada y expuesta en múltiples documentos del Concilio Vaticano II (principalmente Gaudium et spes), de los Papas Pío XI, Pío XII, Juan XXIII, Paulo VI y Juan Pablo II. Solo el último mencionado ha dedicado tres encíclicas a la cuestión social y se ha referido a ella con enorme valentía y precisión en múltiples otras oportunidades.

Es preciso que un pueblo católico, como el nuestro se inspire en estos documentos de la sabiduría evangélica, expuestos por el Pastor Supremo y también por los Obispos reunidos en Conferencias, como las de Medellín, Puebla y Santo Domingo.

Esta doctrina de la Iglesia no desciende a soluciones técnicas concretas, que cada persona o cada grupo, partido, etc. puede buscar y escoger con absoluta

libertad. La Iglesia señala las directrices generales en las que debe inspirarse una política digna de pueblos civilizados y cristianos como el nuestro.

El primer gran principio es el de la dignidad de la persona humana, que ha de inspirar toda la actividad pública y privada de los individuos, los grupos y el mismo Estado. Las cosas son para el hombre y no el hombre para las cosas; o como escribió San Pablo: "todas las cosas son vuestras, vosotros de Cristo y Cristo de Dios" (la. Cor. 3:23). No se puede, por tanto supeditar a meros intereses económicos la dirección de las actividades personales, empresariales o políticas, sino, por el contrario, todas han de tender al bien común y han de respetar los principios de la justicia y la caridad.

Buena parte de los desórdenes del mundo actual provienen del olvido de esta norma esencialísima del respeto a la persona humana. Por esto, se sujeta a veces a los pueblos a cargas impositivas desmedidas, o se permiten intereses usurarios, o se llega a verdaderos crímenes como los de restringir la natalidad bajo pretexto de progreso material. Las propagandas de contraceptivos, abortivos, esterilizantes, etc. se inspiran en un auténtico desprecio de la humanidad y constituyen una violación gravísima de la Ley de Dios al mismo tiempo que un atentado contra la dignidad humana fundamental.

Tampoco cabe querer una falsa grandeza del estado a costa del empobrecimiento o de sacrificios desmedidos de su población. El estado debe servir a los hombre y no está para ser servido y adorado por ellos.

Mucho menos admisible resulta la mentalidad de los que pretenden engrandecerse a sí mismos, a su clase social o su categoría laboral a costa de los demás, cometiendo cualquier atropello e injusticia. El desarrollo y progreso material debe ser equilibrado, armónico, favorecedor del conjunto, del bien común. Para esto se requiere una fuerte inspiración cristiana, que haga considerar a los demás como hermanos, que permita sustentar una auténtica solidaridad, con todos los sacrificios de los intereses personales que ese solidaridad o caridad trae consigo.

No corresponde a los Pastores señalar las metas concretas de la afectividad empresarial, laboral o política, pero a los diversos sectores de la sociedad les decimos en nombre de Dios, que todos tenemos que ser justos y caritativos, que todos tenemos que esforzarnos por el bien común, que ninguno puede querer descargar todo el peso en los demás y disfrutar sin compartir.

La Política debe dirigirse realmente a mejorar las condiciones generales de la sociedad en sus variados aspectos, sin descuidar ninguno: los aspectos culturales, espirituales, lo mismo que los materiales. Asegurar la paz, la seguridad y la

estabilidad necesarias para un trabajo creador, son las condiciones primeras para cualquier buen gobierno.

Se requieren leyes justas que repartan las cargas con equidad y que aseguren la prestación de servicios que lleguen a todos, prefiriendo a los más necesitados.

Se requiere aún mas que leyes, una acción administrativa llena de diligencia, de cordura y ponderación, para impedir los abusos, sancionarlos si se producen, y fomentar la producción y la justa distribución de las riquezas. Los ciudadanos tienen que habituarse a pagar honradamente los impuestos; no hacerlo, implica una falta moral que puede ser grave.

La política debe señalar metas bien concretas que conduzcan a la realización del bien común, atendiendo a que se cubran las necesidades básicas de la población, principalmente las relativas a vivienda digna, cuidado de la salud, educación, seguridad social.

Punto de trascendental importancia debe ser la búsqueda de condiciones de pleno empleo. Que no haya un hermano que se encuentre sin posibilidad de trabajar, ya que la ley del trabajo fue dada por Dios en el Paraíso, cuando creó al hombre "para que trabajara" (Génesis 3: 14).

Si es preciso asegurar las condiciones de trabajo para todos, resulta igualmente necesario que las autoridades garanticen la justa remuneración y la estabilidad suficientes para que los salarios permitan cubrir las necesidades del trabajador y su familia, comprendidas las de una razonable previsión del futuro y el mejoramiento de sus actuales condiciones de vida y las de sus hijos. Comprendemos que no es nada fácil una política adecuada de salarios, estabilidad y pleno empleo, que muchas veces se contraponen, pero no han de faltar las luces de lo alto a los que busquen las soluciones con verdadera "hambre y sed de justicia".

El Estado debe también preocuparse de que los precios sean justos, de modo que no se perjudique ni a los productores ni a los consumidores y que los intermediarios no abusen. A veces esto depende de condiciones internacionales, y más ahora que se tiende a la globalización y a la generalización a nivel mundial del mercado libre y sin traba alguna. Pero también aquí, la política con sentido cristiano, debe mantener los justos límites de la ganancia y del estímulo para la producción, sin perder de mira la finalidad de toda la actividad productiva, que es el servicio de la persona humana.

Por los mismos motivos indicados, es preciso que el Estado no sea indiferente ante la usura y otras formas de explotación injusta. Debe intervenir el poder público para evitar formas de abuso del poder económico y las desviaciones de

las inversiones que muchas veces se hacen sin sentido patriótico, prefiriendo la seguridad de una renta en el extranjero, sin mirar al progreso del propio país.

Deben existir facilidades de crédito que favorezcan la formación de pequeñas empresas y la producción artesanal y campesina.

Una política de tierras que evite los extremos del latifundio y del minifundio, que permita el libre acceso al cultivo de los campos y el incremento de la producción, se requieren como medio de paz social y de progreso general.

Los poderes públicos deben atender preferentemente a los sectores de la Patria menos favorecidos: las zonas marginadas, como suelen ser las de frontera o las de la región amazónica, y los sectores sociales más deprimidos tales como los indígenas, campesinos, afroecuatorianos y pobres en general.

Se requiere alcanzar –y esta es una tarea de todos– un clima de paz, de buen entendimiento, que elimine conflictos y tensiones inútiles, que han destruido la paz e impedido el progreso de nuestro país.

Las diversas funciones del estado no pueden contraponerse, ya que están llamadas a servir mancomunadamente al bien general. La luchas de estas funciones desprestigian al país, restan seguridad y desalientan a las inversiones productivas.

En la lucha contra la pobreza, uno de los mayores errores ha sido el de cambiar continuamente de planes. No se han llevado a término muchas hermosas iniciativas, por desaliento, inconstancia o simplemente por una falsa ilusión de novedades. Solamente una política estable, sostenida por largo tiempo, con metas claras y justas, puede sacar nuestro país del atraso en que se halla y puede beneficiar a las grandes mayorías.

Para conseguir adelantos y mejoras reales en las condiciones de vida del pueblo se requiere fijar metas realistas y bien ordenadas. En primer lugar hay que atender a las necesidades más urgentes como parecen ser las de vivienda, salud, educación y seguridad social; luego se pueden conseguir otros progresos también deseables pero menos urgentes.

Todas esas urgentes necesidades tienen que conseguirse en un clima de paz, de trabajo y de respeto mutuo. Por esto, es preciso cambiar en mucho la mentalidad de quienes se dejan llevar de prejuicios raciales, de clase o de intereses sectoriales egoístas. Todos como ecuatorianos y como cristianos, debemos sentir la fraternidad que nos obliga a ser solidarios, a ayudar a los demás.

Quienes disponen de capitales u otros medios de producción deben sentirse obligados a crear puestos de trabajo y a dar a sus empresas una dirección productiva que realmente contribuya a remediar las necesidades primarias de la nación.

Puede ser un grave pecado el de no invertir los capitales con justicia y caridad, como cuando se los exporta por desconfianza en el propio país, sin calcular el daño que se causa a la Patria y a muchos conciudadanos.

Las leyes y las autoridades, a su vez, deben rodear de garantías a los que con rectitud tratan de promover el progreso económico y social del Ecuador. La estabilidad de los impuestos, los intereses y los seguros, permiten el crecimiento de las empresas y así se contribuye al pleno empleo.

La eficacia o ineficacia empresarial no depende tanto ser empresas públicas o privadas, cuanto del sentido de responsabilidad de quienes las dirigen. Por esto se pide a los dirigentes que se inspiren en los principios cristianos y asuman sus funciones como un servicio al bien común. Se requiere formar con una sólida conciencia ética a los empresarios, para que no se produzcan las injusticias que por todas partes contemplamos.

Los poderes públicos juntamente con la iniciativa privada deben dirigirse a dinamizar la producción nacional, crear más puestos de empleo y proporcionar los servicios básicos que cubran las necesidades de toda la población. Esta es una forma de vivir la caridad y la justicia sociales bien concreta y que obliga a todos.

Las autoridades deben intervenir para que las entidades financieras privadas obren con rectitud y sean sólidas, evitando las quiebras y otros descalabros que dañan a infinidad de individuos y a la sociedad entera. Se requiere establecer exigencias de capital y de seguridad, a la vez de adecuados controles para evitar esos males, sin exagerar la intervención estatal que paraliza la iniciativa y retrae la inversión de capitales.

Muchas reformas sociales tienen que comenzar por un mejoramiento de la educación: una educación más claramente fundada en los valores éticos, en el principio del respeto a la persona humana y al amor a la Patria. Al mismo tiempo, se debe desarrollar con realismo una enseñanza adecuada al propio medio y que tienda a mejorar las condiciones culturales, intelectuales, morales y materiales de todos los habitantes del Ecuador.

Hay que consolidar la posesión de las tierras con una acelerada titulación de la misma. Se debe favorecer la integración de unidades productivas y eliminar definitivamente el minifundio y el latifundio.

En el plano de la salud, se requiere hacer un gran esfuerzo por aumentar y mejorar los servicios de hospitales, clínicas y dispensarios médicos, llevando estas atenciones a todos los puntos de la Patria y poniéndolas al alcance de los más pobres.

Los grandes problemas nacionales de la deuda externa, de la formación de un fondo de solidaridad que permita redimir la condición de extrema pobreza de tantos y tantos, la necesidad de mejorar la eficiencia de los servicios públicos, disminuir la carga de una inmensa burocracia, distribuir mejor los servicios y los recursos en favor de todos los ámbitos de la Patria, y otros más deben ser abordados con espíritu patriótico y cristiano, no buscando soluciones que engrandezcan a la propia personalidad o beneficien al sector al que se pertenece, sino que redunden en beneficio colectivo.

A todos los ecuatorianos les pedimos que se esfuercen por vivir la sobriedad, la moderación, el cristiano desprendimiento de los bienes materiales, para poder alcanzar así la felicidad temporal y la vida eterna. Quien pone su corazón en las riquezas no entrará en el reino de los cielos, como lo ha dicho el divino Maestro.

Todos los ecuatorianos tenemos que trabajar con espíritu de responsabilidad y deseando vivamente el bien de los demás. Todos tenemos que sacrificar los intereses egoístas para mejorar la condición general de la sociedad; hay por tanto, que limitar las utilidades del capital y asegurar una vida digna a todos los habitantes de la República.

Hemos de acostumbrarnos a resolver los problemas con un espíritu de concordia, no de oposición o de imposición violenta. El recurso a la huelga, es un último recurso, nada deseable; si funcionan los organismos adecuados con equidad, se pueden resolver las tensiones laborales sin incurrir en esa especie de "guerra privada". Y cuando la huelga es absolutamente necesaria, debe ser de todos modos, moderada, no causando daños peores que el mal que se quiere remediar; sin perjudicar a terceras personas, como sucede cuando se suspenden servicios básicos para la vida, la salud, la educación o la seguridad del estado o de las personas. Nunca se debe dar paso a la violencia, que, como enseñaba Paulo VI, solamente engendra violencia.

Los empresarios deben respetar el derecho de asociación de los trabajadores y aún fomentarlo. Los trabajadores a su vez, no deben abusar de la enorme fuerza sindical para fines políticos extraños a sus justas reivindicaciones laborales. Los dirigentes sindicales, principalmente, deben mantenerse dentro del marco de la moderación, del servicio a los demás trabajadores, sin crearse situaciones de privilegio que hieren a la dignidad de sus compañeros y que afectan a la estabilidad de las empresas. En una sociedad democrática no deben existir privilegios

y mucho menos, las ofensivas situaciones que desvirtúan la figura de un dirigente sindical.

En los últimos tiempos hemos visto como tres causas han deteriorado enormemente la situación económico-social: una guerra internacional no declarada, una tensión política desmedida que ha enfrentado las Funciones del Estado y la crisis energética. No todo depende de la voluntad directa de los hombres, pero la experiencia nos llama a poner todos los medios para evitar males que se multiplican y que redundan en perjuicio de los más débiles. Hay que asegurar el porvenir pacífico de la Patria, con paz interna y externa; hay que trabajar patrióticamente para servir al país sin enfrentamientos inútiles y dañinos; hay que prever las carencias que pueden sobrevenir y frustrar los mejores deseos de progreso.

Al formular estas reflexiones sobre la situación económico social del Ecuador, quiero estimular a nuestros conciudadanos a unirnos para hacer la grandeza de la Patria y la felicidad de todos, un objetivo que solamente podemos esperarlo de la justicia y la caridad social vividas por todos.

S.2. SOCIEDAD

Corresponde a la naturaleza del ser humano el vivir en sociedad: no puede propagarse la vida, ni desarrollarse ni, mucho menos, llegar a una perfección, sin la ayuda de sus semejantes. El fenómeno asociativo, por depender de la naturaleza misma del hombre, ha existido en todos los tiempos. A medida que avanzan las investigaciones científicas, se confirma que la primera sociedad que surge con el mismo hombre, es la familia, de la que derivan las diversas formas políticas primitivas (horda, clan, tribu) y las primeras estructuras de lo que ha llegado a ser el Estado moderno. También debieron aparecer en los albores de la humanidad, grupos de índole laboral, personas que se relacionaban con motivo de un trabajo común, sea el de la guerra, la cacería, las artesanías o la agricultura, etc.

Durante la edad media, cuando prácticamente desaparece el poder político centralizado, el imperio o los reinos, proliferan los feudos que significan asociaciones político-profesionales destinadas a llenar el vacío dejado por el poder político. En esa misma época alcanzan mucho desarrollo las sociedades de artesanos de la misma rama, o de comerciantes, pequeños agricultores o burgueses. Las corporaciones ocuparon en la vida jurídica y social de la edad media un lugar muy destacado.

La Revolución Francesa, queriendo acentuar el respeto a la libertad, exageró el individualismo y creó un ambiente hostil hacia las corporaciones medievales. Esa desconfianza respecto de las asociaciones se reflejó en el Código Napoleón y, a través de él pasó a buena parte del derecho civil de los Estados modernos.

Una saludable reacción contra el exagerado individualismo, comienza en Europa a mediados del siglo XIX y se consolida en todo el mundo en el siglo XX.

También nuestro Código Civil presentaba algunos rasgos de aquella deformada e injustificable oposición a las diversas formas asociativas: existían trabas para su constitución, para su vida social y sobre todo para la adquisición, conservación y el traspaso de bienes, principalmente inmuebles; esto se ha corregido por varias reformas al texto del Código y, además, han surgido nuevos cuerpos legales que acogen y desarrollan favorablemente el fenómeno social: el Código de Comercio, las diversas leyes de Compañías, las leyes de Cooperativas, de Mutualistas, las que regulan las asociaciones campesinas, las de índole laboral (sindicatos, comités de empresa), etc.

Puede afirmarse que la vida jurídica moderna gira en torno a las sociedades más que a los simples derechos individuales. Además, el movimiento societario ha adquirido dimensiones internacionales: los mismos Estados se asocian en organizaciones de índole mundial (Sociedad de las Naciones y Organización de las Naciones Unidas, o sus diversas entidades y estructuras especializadas, para el Trabajo, la Cultura, la Agricultura, la Salud, etc.) o bien regionales, como la Organización de Estados Americanos, la Comunidad Europea, etc.

Por todo esto, las disposiciones del Código Civil revisten una especial importancia, ya que contienen los principios básicos de las sociedades, que han servido de patrón para los ulteriores desenvolvimientos de la doctrina jurídica y para la diversificación en los varios cuerpos legales que actualmente nos rigen.

El Código Civil trata del tema asociativo en dos lugares: en el Libro I, el título XXX De las Personas Jurídicas, y en el Libro IV, el título XXVI De la Sociedad.

En el primer ámbito señalado, se menciona a las "sociedades industriales" en el artículo 585, para remitirse a otros lugares del mismo Código y al Código de Comercio. En realidad el Título XXX se concreta a las corporaciones y fundaciones, en cuanto son personas jurídicas, y principalmente se refiere a las de carácter privado, dejando la regulación jurídica de las corporaciones y fundaciones públicas a lo que dispongan la Constitución y las leyes de derecho público.

Además de las sociedades de derecho privado (corporaciones y fundaciones y sociedades industriales) y las de derecho público (el Estado, las Municipalidades, etc.) hay otras que ocupan un lugar intermedio y se rigen por un derecho especial, que participa de lo público y lo privado, entre las cuales las más importantes son la Iglesia y las entidades eclesiásticas.

El Título XXVI del Libro IV se refiere, pues, al contrato de sociedad, y se aplica a las que el mismo Código califica de "sociedades industriales", es decir, a las que tienen una finalidad lucrativa y suponen el desempeño de actividades "industriales" en sentido amplio, o sea, cualquier clase de trabajos, servicios, funciones, empleos, profesiones, artesanías u otras labores dirigidas a conseguir una utilidad apreciable en dinero.

Las asociaciones presentan una gran analogía con las sociedades, pero se diferencian precisamente en que las primeras no persiguen una finalidad lucrativa, mientras que esto es propio de la sociedad. Las asociaciones pueden proponerse ideales culturales, políticos, religiosos, deportivos, de beneficencia, arte, etc. y, aunque impliquen un ejercicio económico, no se proponen una utilidad crematística divisible entre los asociados. Hay otras diferencias sobre las que se dirá algo más adelante, pero este es el rasgo propio y distintivo: el fin lucrativo o no lucrativo.

El derecho de asociarse está garantizado por la Constitución de la República. En las varias Cartas Políticas que han regido en el Ecuador ha figurado, de una u otra manera, este derecho humano fundamental; actualmente, en el artículo 23 numeral 19 se reconoce "La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos". La que se descarta, es, por consiguiente, la violencia, lo contrario a la paz. La diferencia entre la reunión y la asociación, consiste en que la primera es esporádica, momentánea o de corta duración, mientras que la asociación supone una permanencia, una duración larga, al menos en la intención de quienes se asocian.[46] El numeral 9 del artículo 35 garantiza especialmente las asociaciones de trabajadores y de empleadores, es decir, las relacionadas con el trabajo. Las asociaciones de carácter religioso están garantizadas por el tratado celebrado con la Santa Sede, el Modus Vivendi de 1937 y el Decreto 212 de carácter reglamentario especial.[47]

Definición y características esenciales.

Hay una verdadera unanimidad en las definiciones de muchos autores y en los textos legales, que coinciden con la clara expresión de nuestro Código Civil en el artículo 1957: "Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.- La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados"

Sin embargo varias de las características de la sociedad, se discuten o interpretan de diversas maneras. Lo esencial es evidente: se trata de una unión de per-

[46] Treviño García, Ricardo: Los Contratos Civiles, p. 531. México, 1996.

[47] Publicado en el Registro Oficial de 23 de julio de 1937. Sobre esta materia me remito a mi libro "Derecho Eclesiástico Ecuatoriano", 3ª. Edición, Quito, 1999.

sonas para conseguir una finalidad común: esta unión se verifica mediante aportaciones, sea de dinero, otros bienes materiales, derechos o servicios.

La finalidad de obtener un beneficio económico para los propios socios, es elemento indispensable de la sociedad. Si falta este, no hay sociedad; podrá haber una asociación, una corporación, con fines no lucrativos, por ejemplo benéficos, científicos, religiosos etc. No se desvirtúa, en cambio, la sociedad por el hecho de no obtenerse en la práctica ningún beneficio, y tampoco, si los socios, después de alcanzar una ganancia deciden cederla en beneficio de otros, haciendo donación de sus utilidades, incluso habitualmente.

En la definición se señala que la sociedad consiste en un contrato, por tanto origina obligaciones, y el contenido de estas obligaciones, consiste en dos cosas: "poner en común algo", es decir, las aportaciones de los socios, y "repartirse los beneficios". Se desvirtuaría la sociedad si faltara uno de esos dos elementos esenciales: si no se obligan los socios a ninguna aportación o si no habrá reparto de utilidades, en caso de producirse éstas. No hay sociedad en la mera reunión de personas que se mueven por un ideal común, económico o altruista, pero que no aportan o se comprometen a aportar dinero, derechos, cosas materiales o trabajo. Tampoco habría sociedad si existen aportaciones pero sin compromiso de repartir utilidades, como por ejemplo, si varias personas se obligan a trabajar gratuitamente a favor de un hospital u otra obra de misericordia.

Esta necesaria finalidad lucrativa de la sociedad impide que se estipule la exclusión de toda utilidad para uno o más socios, o que solamente alguno de ellos recibirá todos los beneficios. Tales pactos implicarían una forma más o menos velada de donación, de contrato gratuito, mientras que la sociedad tiene carácter oneroso. Las cláusulas llamadas "leoninas", por las que se asegura una ganancia exclusiva a favor de un socios o de un grupo privilegiado, son nulas, y si afectan a todo el funcionamiento de la sociedad el mismo contrato en su totalidad adolecerá de nulidad.

Nada impide, por el contrario, que los socios valoren ciertos servicios o situaciones especiales de algunos de ellos (por ejemplo su situación económica, su estado civil de viudez, su salud o invalidez, etc.) o cualidades singularmente importantes para la buena marcha del negocio, para que los socios resuelvan dividirse las ganancias de un modo desigual o no correspondiente a una proporcionalidad exacta con relación de las aportaciones en dinero. Esto significa, simplemente, que, además de las aportaciones monetarias, caben otras, y también que, ciertas consideraciones humanas pueden mejorar la condición de alguno o algunos socios, siempre que esto no llegue a desfigurar el concepto de sociedad como contrato de índole lucrativo. En una palabra, no se puede admitir la ficción o simulación de sociedad para encubrir donaciones.

Aunque la sociedad puede pactarse entre dos personas, generalmente son más e incluso pueden ser numerosas. Los socios ocupan una situación jurídica fundamentalmente igual, aunque caben algunas excepciones.

No se da en la sociedad la relación de oposición, propia de los contratos conmutativos; por ejemplo, en la compraventa o en el arrendamiento, uno es el que da una cosa o un servicio y otro el que los paga, de modo que el precio o el canon es causa de la prestación del otro contratante. En la sociedad todos concurren para formar el haber común con el cual se procurará obtener ganancias que son para todos. Hay un sentido solidario, de colaboración y aún de cierta hermandad.

Esa contribución de los diversos socios que persiguen una finalidad común, hace que surja la persona jurídica, cuyo concepto él artículo 1984 incluye en la definición de la sociedad. Esto se ha de tener muy en cuenta para determinar la naturaleza jurídica, puesto que estamos ante un contrato de carácter "organizativo", que origina un nuevo sujeto de derechos y obligaciones.

Esta característica de la sociedad –que origina una persona jurídica– ha dado lugar a que algunos sostengan que no es un contrato, ya que no habría en ella obligaciones contrapuestas, sino que dominaría la voluntad común de conseguir un fin que a todos beneficia. Pero esta concepción no es admisible, si se piensa que la oposición de las obligaciones de las partes es más bien propio de los contratos conmutativos, pero no necesariamente de todo contrato, y, por otra parte, aunque en la sociedad no se de esa oposición de intereses y obligaciones con la claridad que se produce en la compraventa u otros contratos de cambio, no se puede desconocer que los socios procuran obtener cada uno la mayor ventaja y ese juego de intereses les lleva a pactar el modo de distribuirse las ganancias.

T.1. TEMOR, TEMER

Miedo. Impresión en el ánimo frente a un mal presente o futuro posible, que origina un rechazo, la tendencia a huir o evitar dicho mal.

El temor puede influir fuertemente en las determinaciones de la voluntad y, cuando es extrínseco, grave e ilícito, priva de validez al acto o contrato ejecutado bajo su influjo.

En contratos de especial importancia, como es el matrimonio, se exige una mayor espontaneidad de la voluntad y se resguarda la validez, exigiendo en mayor medida la eliminación del temor. Lo propio puede decirse de actos de singular trascendencia, como es el caso del testamento.

Si se infunde temor en otra persona para obligarla a realizar algún acto o contrato, se produce en caso de fuerza o violencia psicológica, que puede producir la nulidad del acto o contrato realizado por no poder resistir a dicha violencia o ser muy difícil resistir a ella.

El temor irresistible es causa de nulidad del matrimonio (Art. 96 Num. 4).

El poseedor tiene derecho para que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella y para que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme (Art. 965).

T.2. TENEDOR, TENENCIA

1. Quien está actualmente apoderado de una cosa.

La tenencia es la mera realidad material de disponer actualmente de algo, aunque se carezca de un derecho de propiedad o de la simple posesión. La tenencia acompañada del ánimo de señor y dueño constituye la posesión; por tanto, la tenencia es el elemento material de la posesión; si falta el ánimo, es mera tenencia y no posesión.

Tiene sin ánimo de señor y dueño, quien reconoce el dominio o la posesión de otro. Por ejemplo, el arrendatario, el depositario, el acreedor prendario, etc., tienen la cosa, en nombre de otro, generalmente del dueño de la cosa.

Para adquirir por prescripción se requiere poseer; por tanto, el mero tenedor no adquiere por prescripción ordinaria. Si transcurre mucho tiempo, quince o más años, se llega a considerar que ha existido posesión, siempre que quien tenía la cosa no haya reconocido durante todo ese tiempo el dominio ajeno; entonces se produce la prescripción extraordinaria, supuesto que no haya habido violencia o clandestinidad en esa excepcional situación.

2. "Tener por": presumir, entender. Tomar un concepto en un sentido determinado, tal como lo indica la ley.

3. "Tener en mira": proponerse, tener la finalidad de conseguir algo (Art. 151571).

Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (Art. 728).

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración (Art. 1476).

V.1. VIDA Y DERECHO

La vida es la máxima perfección que contemplamos en los seres creados.

Por analogía, a partir de esta bondad excelente de las criaturas, alcanzamos a intuir de alguna manera la Vida increada y perfectísima del Supremo Bien, del Viviente por antonomasia, que es Dios, Autor de toda vida.

La vida tiene una superioridad y perfección tal, que se impone intuitivamente la distinción entre lo que tiene vida y lo que carece de ella. Hay un abismo, una distancia incolmable entre la vida y cuanto carece de ella.

Ciertamente hay diferentes clases de vida, y entre ellas, solamente se puede hablar de analogía: no se puede confundir de ninguna manera la vida simplemente vegetal, con la animal, y, mucho menos, con la vida humana de carácter espiritual. No se trata de simples niveles o grados de perfección sino de sustanciales diferencias entre una y otra. Todavía mayor es la distancia entre las mencionadas y la vida sobrenatural: la que supera precisamente la naturaleza y solamente se conoce por la fe, y se recibe por un don de Dios. Es una misteriosa participación de la Vida divina, comunicada libremente al hombre.

En toda época se han realizado esfuerzos por delimitar el campo de la vida natural: vegetal, animal y la humana.

Tenemos nosotros la conciencia de vivir; captamos nuestras propias operaciones espirituales que constituyen la manifestación más elevada de la vida: podemos comprender, captar conocimientos, relacionarlos, deducir, razonar, encontrar las causas de los fenómenos, remontarnos hasta la concepción de la esencia misma de las cosas...Por otra parte, la voluntad quiere, ama, es capaz de decisiones. Así, la integridad de la persona actúa como dueña de sí misma, ejercitando la libertad, que se sustenta en la razón y la voluntad.

También constatamos que en nuestro propio ser existen manifestaciones de vida que poseemos de manera semejante a la vida vegetal y a la simplemente animal. No se reduce lo psíquico, lo espiritual, a esos fenómenos indudablemente inferiores, pero tiene una conexión con ellos. La vida humana es una integridad, una armonía estupenda de actividades que se desenvuelven en esos diversos planos (vegetal, animal y espiritual), no como mera yuxtaposición de ellos, sino en una armónica y fuerte unidad propia del sujeto personal, del hombre. Esta realidad y su perfecta unidad se explica por un principio vital propio del hombre, que es su alma espiritual, simple, y por tanto, inmortal.

La vida sobrenatural, a su vez, no es un desarrollo o perfeccionamiento de la magnífica realidad natural que hay en el hombre, sino un don totalmente no

debido, no exigible; se recibe por la gracia justificante, por obra exclusiva de Dios. El hombre únicamente recibe el don de Dios, o, eventualmente, lo rechaza, abusando de su libertad.

Pero las diversas formas de vida natural (vegetal, animal o humana), presentan algunas características, dada su analogía, que permiten precisamente distinguir la vida, de otros fenómenos simplemente físicos, mecánicos, químicos o de otra índole, propios de los seres no vivos. Podemos enumerar los siguientes:

La capacidad de movimiento propio. Este movimiento endógeno, procedente de las propias fuerzas o virtualidades, se dirige precisamente a la conservación, desarrollo y perfeccionamiento de la propia vida; no es anárquico, sin finalidad, sino claramente orientado a la defensa y mejoramiento de la vida. No se encuentra nada igual en el mundo inanimado.

La capacidad de relación con el medio exterior. Aunque cualquier ser vivo se integre con los mismos elementos químicos y esté sujeto a las leyes físicas del mismo modo que los seres inanimados, cada organismo vivo se relaciona con el mundo circundante y aprovecha de sus energías, elementos y demás condiciones, en la medida en que conviene al mantenimiento y desarrollo de la vida. Buena parte de esta relación se verifica por la asimilación de los elementos materiales externos, sea por ósmosis, fenómenos fotosintéticos, alimentación, respiración, etc. Los elementos y energías asimilados, son transformados por el organismo vivo e incorporados a su propia sustancia. Tampoco la asimilación se produce en los seres inanimados.

La capacidad de multiplicación o reproducción. No se trata de un mero crecimiento por asimilación (lo que ya es un gran prodigio), sino de la potencialidad de producir otro u otros seres vivos, de características iguales o similares al del organismo original; estos otros seres tienen una independencia e individualidad propias, que alcanzan su perfección a través de un proceso de maduración. Esta característica, resulta la más saliente e impresionante, en contraste con el mundo de los seres muertos.

La capacidad de autoestructuración orgánica o perfeccionamiento armónico. Aún en los seres vivos más elementales, se da una extraordinaria complejidad de diversas partes, pero todas concurren a la conservación, defensa y desarrollo de la vida unitaria. En los seres vivos superiores se admira el maravilloso conjunto de diversos sistemas, órganos, y funciones variadísimas, que contribuyen armónicamente al bien del individuo y a la propagación de la especie. Hay una evidente finalidad, una organización sapientísima de todos los elementos de un ser vivo, que no puede explicarse sino por la disposición omnipotente de un Ser infinitamente inteligente. En los seres inanimados no existe esta organización presidida por un sentido de finalidad.

Como queda dicho, las diversas formas de vida, son realmente diferentes, pero tienen en común los rasgos que se acaban de enumerar. En el caso de la vida humana, cada una de esas características asume una perfección incomparable con la de los seres inferiores: el automovimiento, la capacidad de relación, de asimilación, de reproducción y de autoorganización, son inmensamente superiores.

Pero lo que hace la grandeza natural del hombre y marca una diferencia insalvable con el resto de los seres vivos, es el componente espiritual. La vida espiritual se manifiesta ante todo en el pensamiento, la razón, la capacidad de adquirir conocimientos incluso abstractos, y de descubrir las relaciones causales que explican toda la realidad abarcable. Se suma a la razón, la voluntad, por la cual el hombre es capaz de tomar propias decisiones. Los sentimientos, las inclinaciones, las pasiones, y los influjos externos obran sobre la inteligencia y la voluntad, pero el hombre, asumiendo todos esos datos del mundo externo y sus propias tendencias, gustos, ideales, metas, etc., adopta continuamente diversas actitudes en la vida: obra como persona, en ejercicio de su libertad.

Obviamente, todas las cualidades y perfecciones que acabamos de enumerar brevemente, son relativas, limitadas, y no siempre alcanzan en plenitud el objetivo final. Más aún, la realización vital es siempre limitada en el tiempo, y todos los elementos y fuerzas conservadoras de la vida no son suficientes para perennizarla indefinidamente. La experiencia universal demuestra que todo ser vivo llega a la muerte: precisamente a la negación de la vida.

No existe, sin embargo, el hombre solamente para morir, sino que en el curso de su existencia vital, está llamado a adquirir el mayor perfeccionamiento posible y a gozar de una felicidad natural que manifiesta la bondad intrínseca del ser vivo. En esto el sentido cristiano de la vida, fundado en la enseñanza de la Biblia, es absolutamente optimista: la naturaleza y la vida son expresiones del bien; y el máximo bien se realiza en la vida más perfecta que es la humana.

Contrasta radicalmente con este concepto optimista, el pesimismo de muchas doctrinas orientales, que desprecian la vida o la consideran irremisiblemente destinada a la extinción, a la disolución o a la pérdida en una despersonalización –el nirvana– que equivale a condenar la vida como un mal del que ha de liberarse el hombre.

Se añade a lo dicho lo que aporta la fe cristiana: el hombre está llamado a una vida sobrenatural, por la que participa de la misma vida divina, como imagen y semejanza del Creador. Por la gracia, las facultades de la inteligencia y de la voluntad, se elevan a un orden superior al natural –sobrenatural–, y el hombre se convierte en hijo adoptivo de Dios, destinado a gozar de la plenitud de su felicidad en la vida eterna.

La vida sobrenatural no separa al hombre del mundo ni de su solidaridad con todos los seres creados; al contrario, refuerza esos vínculos, y coloca al hombre como "señor del mundo", como destinado a "cultivar y conservar" la naturaleza, a darle un sentido y utilidad superiores.

La concepción cristiana de la vida que en líneas muy generales se acaba de exponer, redunda definitivamente en los conceptos jurídicos y en el ordenamiento jurídico, principalmente en los siguientes aspectos:

1. El bien de la vida es el valor natural supremo, que el derecho debe resguardar.

2. Junto a la conservación y protección de la vida, el ordenamiento jurídico debe garantizar todos los otros valores que hacen de la vida del hombre una vida propiamente humana: ante todo el respeto de la libertad en sus múltiples manifestaciones (de pensamiento, religión, actividad, trabajo, educación, relación, manifestación, comunicación, etc.). Todo lo que llamamos "derechos humanos", encuentra su plena justificación en este sentido de respeto a la calidad propia de la vida humana.

3. La persona ocupa la cumbre de la creación: todas las cosas son para el hombre y no el hombre para las cosas. Los bienes materiales de cualquier especie son bienes en cuanto sirven a la persona y a su fin trascendente. Por tanto, ninguna organización –comprendido el Estado–, puede privar a la persona de sus derechos, sino que ha de servir al fin humano, individual y colectivo, al bien común, en vista del bien de la persona.

4. La supremacía radical de la persona, fundamenta su dignidad. Esta debe ser respetada incondicionalmente por el orden jurídico: toda ley, toda autoridad, toda fuerza social o política, etc., están subordinadas al respeto de la dignidad humana; si atentan contra esta dignidad de la persona, pierden su legitimidad las leyes, las autoridades y cualquier estructura social.

5. Aspectos esenciales del respeto de la dignidad de la persona son el derecho a la vida, a la integridad (que excluye las mutilaciones, torturas, etc.), a la libertad, a los medios para su propio desarrollo individual y en relación con los semejantes (derecho a la educación, la cultura, los medios materiales para una vida digna, el trabajo, la asociación, etc.). Las enumeraciones que modernamente se han hecho de los derechos humanos, tiene una invalorable función, pero nunca agota el contenido de la rica realidad de exigencias naturales de la dignidad de la persona humana. Cuanto se haga por declarar, proteger, promover y perfeccionar el ordenamiento jurídico en orden a los derechos humanos, se encuadra dentro del verdadero concepto de la dignidad del hombre.

6. Por el contrario, los totalitarismos, las tiranías, los abusos de poder, los desórdenes sociales y cuanto atenta contra la dignidad del hombre debe ser condenado, reprimido y desechado como contrario al recto orden jurídico. Todo sistema legal debe estar al servicio del hombre y respetar su dignidad, su fin trascendente, sus convicciones, y su libertad.

7. La naturaleza del hombre es social. No puede la persona subsistir ni desarrollarse adecuadamente en la soledad y sin el concurso de los semejantes. Esta naturaleza social, implica que el orden jurídico debe favorecer todo género de colaboración, de solidaridad y ayuda de unos y otros, y superar los obstáculos que el hombre individual no podría vencer por sí solo.

8. Para el cumplimiento del fin de las diversas sociedades –familia, ciudad, Estado, Iglesia– cada persona colabora con su trabajo, con el acatamiento de las leyes justas y de las autoridades legítimas, con el sacrificio de parte de sus bienes y a veces, de su tranquilidad, su salud y la vida misma que se ha de arriesgar en defensa del bien común. Pero ninguna potestad puede privar a la persona de los derechos inmanentes, los derechos naturales que dimanan de su propia condición de "señor del mundo". Los sacrificios que exige el convivir social, han de ser, pues, siempre moderados, proporcionados a las reales exigencias del bien común, y se han de pedir de manera adecuada al respeto de la dignidad humana.

9. El ordenamiento jurídico positivo debe sabiamente regular las relaciones entre las diversas personas, y de éstas con la colectividad –familia, Estado, etc–, y debe hacerlo considerando siempre las peculiares características de la cultura, creencias, costumbres y demás factores individuales y sociales de los hombres. Una legislación y un gobierno que no tuviera en cuenta estos datos de la realidad, incurriría en graves equivocaciones y fácilmente en atropello de los derechos naturales del hombre.

10. El Estado no puede imponer maneras de pensar, de actuar, de vivir, sino que ha de crear y mantener las condiciones más adecuadas para el ejercicio de libertad, para el desenvolvimiento de las capacidades humanas con plena responsabilidad personal y con la garantía y protección de los poderes públicos.

En el aspecto rigurosamente jurídico-positivo, en el plano civil, interesan especialmente los límites temporales de la vida humana. La protección de la existencia y de los derechos se extiende al arco completo de la vida: desde su inicio hasta su conclusión, con la muerte. La fijación para los efectos jurídicos, de esos dos momentos –inicial y final–, no deja de tener dificultades, y de ello se trata en otro punto de esta enciclopedia.

V.2. VIDA Y NACIMIENTO

1. Alumbramiento, parto, principio de la vida biológicamente independiente. Salir del vientre materno. Se considera que el nacimiento culmina y está acabado, al cortarse el cordón umbilical, de suerte que la criatura necesita, desde ese momento, respirar para vivir.

2. El nacimiento es el momento inicial de la vida jurídica independiente, de la persona jurídicamente considerada. Aunque la vida humana comienza el momento mismo de la fecundación, es decir de la unión de los gametos femenino y masculino, los derechos civiles de la nueva criatura se consideran suspensos hasta el nacimiento, y se protegen de diversas maneras.

3. Los derechos humanos, garantizados por la Constitución de la República, se reconocen desde el instante mismo de la concepción: por esto, se protege especialmente la vida del que está por nacer, ya que no puede defenderse por sí mismo.

4. **Existencia natural de la persona**

4.1. La existencia de la persona humana, al menos **para los efectos jurídicos**, supone la vida. Es persona todo individuo de la especie humana, pero con la condición de que viva. Si todavía no ha llegado a la vida, no puede aun ejercer derechos por sí misma; si ha muerto, ha dejado de ser persona jurídicamente hablando.

Por consiguiente, tiene suma importancia la determinación de los momentos **inicial y final** de la vida.

4.2. Existe vida desde que **el principio vital anima a un cuerpo**, es decir, desde el momento en que se unen alma y cuerpo para formar esta sustancia compuesta que es el hombre: materia y espíritu.

Termina la vida con la separación de los dos elementos constitutivos del hombre: el cuerpo pasa a ser cadáver; y el alma separada del cuerpo al que está destinada, espera la resurrección. Ni el alma ni el cuerpo, en este estado de separación, son propiamente persona.

Pero así como la vida misma es un **misterio natural** (no en el sentido teológico de "misterio"); así también el momento del principio y del final de la vida entrañan muchas incógnitas. Únicamente conocemos de modo indirecto, a través de manifestaciones externas, cuando ha comenzado una vida y cuando ha dejado de existir, sin que sea posible precisar con exactitud el instante mismo.

4.3. En lo referente al **principio** de la vida humana, existen varias teorías que pretenden señalar cuál es el momento de la animación, esto es, de la unión del alma al cuerpo:

A) **Animación antes de la concepción.** "Como una consecuencia del preformismo –dice Navarro Rubio–, según el cual el organismo, con todas sus partes, se halla ya contenido en el germen. Se originó la teoría del "emboitement" (encajonamiento), defendida especialmente por Bonet. Suponía este autor que cada germen, no sólo era principio de la generación sucesiva, sino también de todas las generaciones futuras hasta la consumación del género humano."[48] Muchos naturalistas, incluso considerados como sabios, han sostenido que es posible la animación antes aun de la concepción, entre ellos Malpighi, Buffon, Cuvier, etc., y entre los filósofos, sostuvieron esta teoría Malebranche y Leibnitz. Hoy día nadie la considera probable.

B) **Animación al momento de nacer.** Platón, Asclepiades, Pitágoras y algunos médicos judíos hasta bien entrada la Edad Moderna, pensaban que el cuerpo recibía el alma en el momento en que empezaba a respirar. Tampoco esta doctrina tiene ahora seguidores, por múltiples razones de orden biológico y filosófico. Además es una teoría que fácilmente conduce a las conclusiones más inmorales, ya que antes del nacimiento, si el feto no vive, si no tiene alma, no pasaría de ser una parte del cuerpo de la madre o un ser sin vida, de modo que el aborto provocado no sería crimen.

C) **Animación después de la concepción pero antes del nacimiento.** Aristóteles y Santo Tomás sostienen con argumentos embriológicos y filosóficos la "animación retardada", o sea, cuando el feto ha alcanzado algún desarrollo: a los 40 días si es varón, o los 90 si es mujer; solamente cuando el cuerpo llega a una organización apropiada para recibir al alma que es su forma sustancial, solamente en ese momento se produciría la unión del alma al cuerpo. Los descubrimientos de la moderna medicina contradicen esta teoría.

D) **Animación en el momento de la fecundación.** La mayoría de los autores modernos aprovecha de los argumentos filosóficos de Aristóteles y Santo Tomás, y con los mejores conocimientos embriológicos de nuestros días, sostienen que el momento mismo de la fecundación existe ya una organización compatible con la unión a un alma, más aun, que existe ya desde ese instante, una vida que exige el correspondiente principio vital que es el alma. Los descubrimientos contemporáneos, sobre el genoma humano, confirman esta verdad: todos los elementos que caracterizan las células de un individuo, haciéndolo biológicamente distinto de todos los demás, se encuentran ya en los cromosomas del

[48] Navarro Rubio, Emilio: "El momento de la unión del alma con el cuerpo". Pamplona, 1957. 270 pp. La cita en pp. 15-16.

núcleo de la célula fecundada. Los microscópicos genes determinan todas las características distintivas y propias de un individuo completo.

Más aun, el óvulo fecundado, aún antes de su implantación, manifiesta claramente que tiene vida y resulta ahora evidente que no es una simple parte del cuerpo de la madre, sino, incluso con todas sus características personales, que se desarrollarán a lo largo de la existencia. Los últimos descubrimientos de la genética demuestran que ya desde el primer momento, el nuevo ser, es una persona distinta, con todas las características que conservará a lo largo de su vida, por ejemplo, defectos, enfermedades congénitas, aptitudes especiales, perfección corporal, etc.

4.4. Descartadas, pues, las tres primeras teorías que son incompatibles con el estado actual de la ciencia y con los sanos principios filosóficos, queda la última teoría como más segura; y a medida que los avances de la biología aumentan, en nuestros días, se afianza: **la persona existe desde el instante mismo de la fecundación**.

4.5. Pero, aún aceptando la teoría comprobada por la ciencia, de la animación en el momento de la fecundación, todavía no es posible saber con precisión **en qué instante** se produce la fecundación, de modo que queda oculto el principio de la vida natural del hombre.

Por otra parte, el Derecho tiene que establecer sus reglas sobre **hechos ciertos y bien determinados**, y no sobre meras suposiciones, o conceptos aproximativos, por esto, en general, se toma en cuenta, como punto de partida más bien el nacimiento, sin desconocer ni mucho menos la vida anterior, a la cual también se protege, pero de manera distinta.

5. **Principio de la existencia legal**

5.1. Aunque el ideal sería la **exacta coincidencia** entre el principio de la existencia natural y la legal, sin embargo, como no es posible precisar el instante de la animación, el derecho Civil tiene por fuerza que preferir el nacimiento como dato de hecho para iniciar la personalidad legal de los hombres.

5.2. Ahora bien, es necesario definir qué se entiende por **nacimiento**, y esto tampoco carece de problemas. Efectivamente, el alumbramiento de una criatura que nace muerta no puede considerarse como principio de existencia legal de una persona; y constituye un serio problema el de saber si el nacido está o no vivo el momento de nacer; si ha muerto antes, o no ha tenido vida, o si ha muerto poco después de nacer.

5.3. Igualmente, puede haber duda si el fruto de una gestación es propiamente una **criatura humana** o no lo es. Por eso algunos derechos, como el español, exigen para que el nacimiento constituya principio de existencia legal, que el nacido "tenga figura humana."[49]

La diferente manera de considerar el nacimiento con relación al principio de la existencia legal, ha dado origen a las doctrinas llamadas de la **vitalidad** y de la **viabilidad**.

5.4. La doctrina de **vitalidad** sostiene que para que el nacimiento constituya principio de existencia legal se requiere que una criatura humana **nazca viva**. Si nace viva es propiamente hombre, y comienza a ser sujeto de derechos y obligaciones; persona ante la ley.

En cuanto a la **determinación de este hecho** o condición de nacer con vida, puede probarse de varias maneras.

Ya entre los romanos, se dividían las opiniones de los sabinianos y los proculeyanos en lo relativo a este punto, puesto que mientras los unos exigían como **signo indiscutible** de vida el llanto de la criatura, para los otros bastaba cualquier movimiento para probar la vida. Ninguno de los dos criterios es absoluto, porque si bien el lloro es signo indudable de que el niño vive, bien puede vivir también el que no llore; y en cambio, cualquier movimiento no implica necesariamente la presencia de vida. El un punto de vista es demasiado exigente, y el otro excesivamente laxo.

Hoy día se conocen procedimientos experimentales para establecer si una criatura vive, y, lo que puede ser más valioso aún, para determinar si ha vivido. Consisten en análisis de órganos, tejidos, etc.; pero en la vida corriente puede resultar muy difícil practicar tales experimentos, de modo que la dificultad subsiste en la práctica.

Otro sistema para comprobar la vida del recién nacido puede ser el de exigir que los fenómenos vitales se manifiesten **durante un cierto tiempo**, de forma que no dejen lugar a dudas sobre su verdadera entidad. El Código Civil ecuatoriano requería, siguiendo esta doctrina, la sobrevivencia de 24 horas a partir del nacimiento, pero la Ley 43, del año 1989, ha reformado este punto, muy de acuerdo con el avance de la ciencia moderna, y prefiere el sistema de la simple **vitalidad**: basta nacer con vida.

---

[49] El Código Civil Español dice en el artículo 30: "Para los efectos civiles, se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas, desprendido del seno materno".

5.5. En cambio, el sistema de la **viabilidad** exige que nazca una criatura "viable", es decir con aptitud para continuar viviendo. Aunque haya manifestaciones de vida en el recién nacido, si carece de órganos esenciales, como los pulmones o el hígado, etc., para los partidarios de esta doctrina, no habría principio de existencia legal. Según Alessandri,[50] la doctrina de la viabilidad se basa "en un pronóstico, no es un hecho", y considera que la exigencia de sobrevivir 24 horas, que contenía nuestro Código, era una aplicación, y aplicación arbitraria, de la doctrina de la viabilidad, ya que no hay razón para negar la existencia legal al que sobrevive doce horas, o seis, o una, o cinco minutos.

La teoría de la viabilidad es menos compatible con el supremo respeto que merece la vida humana, el hombre mismo **por su dignidad intrínseca**. Fácilmente puede conducir al abuso de no considerar persona al niño defectuoso o enfermizo. Resulta, difícil determinar hasta qué punto una criatura no tiene aptitud para la vida, y de allí se puede incurrir en toda clase de afirmaciones antojadizas. Además, y sobre todo, hay que tener presente que el fin de la vida humana no consiste en prolongarse tal o cual tiempo para que pueda negarse le personalidad a quien no vive sino escasos momentos. Tampoco puede pensarse que el fin de un individuo es **ser sano** o fisiológicamente perfecto; aun en el plano simplemente natural el destino del hombre trasciende inmensamente esos reducidos márgenes, y si se considera el destino superior del hombre, como hijo de Dios, dotado de alma inmortal, entonces se concibe claramente cómo el hecho de la deformidad, la debilidad o la enfermedad no pueden, ser obstáculo para que se reconozca la plena personalidad de un niño.

5.6. El derecho de los pueblos civilizados rechaza unánimemente el sistema de la viabilidad. Sólo la monstruosa deformación de las conciencias a las que llevan algunas doctrinas totalitarias como el nazismo o el comunismo pueden hallar todavía en el sistema de la viabilidad un apoyo a sus descabellados proyectos racistas o eugenésicos. Las **Declaraciones de Derechos Humanos**, Universal y Americana, se adhieren al pleno reconocimiento del derecho de toda criatura, sana o enferma, perfecta o deforme, sin ninguna discriminación: persona es todo individuo vivo de la raza humana.

5.7. Examinemos ahora cuál es el sistema de nuestro Código:

Art. 60: "El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

[50] Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel: Derecho Civil, Tomo I, p. 767.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.- Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundar un derecho, deberá probarlo"

Este artículo, como hemos dicho, quedó modificado en los términos transcritos, gracias a la acertada reforma del año 1989. En la Ley 43 se suprimió la exigencia de sobrevivir veinticuatro horas, y se añadió el inciso final, que establece la presunción de que todo el que nace, nace vivo, de modo que la carga de la prueba recae en quien pretenda negar esta presunción.

5.8. El proyecto de Don Andrés Bello, que fue aceptado en el Código Chileno, exige para que comience la existencia legal únicamente la completa separación de la madre y la sobrevivencia de un instante, este último como prueba de que la criatura ha nacido viva.

En cambio el Código ecuatoriano, siguió el sistema de las leyes españolas, de la Nueva Recopilación, y que posteriormente sería recogido también por el Código Español.[51] Pero se corrigió notablemente en este punto, en 1989.

Las veinticuatro horas que nuestro Código exigía que sobreviviera una criatura para que se considerara que desde el nacimiento había tenido existencia legal, no debía interpretarse como admisión del sistema de la viabilidad. Esas 24 horas no se pedían como demostración de que el niño podía seguir viviendo, sino simplemente de que había nacido vivo. Era, si se quiere, una prueba demasiado exigente, pero se trataba de eliminar los difíciles problemas que plantea un niño que a los pocos instantes de haber nacido está muerto: en esas circunstancias es poco menos que imposible aseverar que nació vivo o que nació muerto. La solución, bien hallada, de la reforma de 1989, establece la presunción de que todo el que nace, nace vivo, de conformidad con lo que es normal y sucede casi siempre; dejando solamente la posibilidad de probar lo contrario.

El Código Chileno, siguiendo a Bello, exige la sobrevivencia de un instante. Pero, aparte de que es muy relativo lo que debe entenderse por "un instante", los signos (al menos los más vulgares, como el movimiento) de vida en un momento fugaz no son prueba inequívoca de su existencia.

Nuestro Código pecaba por el extremo contrario al Chileno, al exigir una supervivencia demasiado larga –24 horas–, como única prueba admisible del nacimiento de una criatura viva.

---

[51] Borja, Luis Felipe: Comentarios al Código Civil Chileno. Tomo I, págs. 189-191.

Se objetaba, con razón, a nuestra ley que el término de 24 horas era totalmente arbitrario. Y realmente lo era. Pero cualquier otro que se fijara también lo sería, y lo es igualmente el "instante" requerido por el Código Chileno. Por esto, la supresión de toda exigencia de sobrevivencia, sea de un instante o de veinticuatro horas, era lo mejor, y así procedió el legislador en la reforma de la Ley 43.

5.9. Este artículo 60, como todo el Título II, se refiere, como es obvio, sólo a las personas naturales, y no a las jurídicas, ya que éstas ni "nacen" ni "mueren", además de que el artículo 40 nos ha advertido que de las personas jurídicas se tratará solamente en el Titulo XXX del Libro I. Si en el lenguaje corriente se suele hablar de "nacimiento" de una corporación o fundación, es sólo en sentido metafórico; el comienzo de su existencia legal no tiene nombre propio, y según el artículo 565 del C.C. ese momento inicial se produce cuando son aprobadas por la ley o decreto del Presidente de la República.52 Otras personas jurídicas –como por ej. las sociedades anónimas, en comandita o en nombre colectivo–, comienzan a existir para los efectos jurídicos plenos, desde que cumplen el último de los requisitos exigidos por la correspondiente ley, tales como aprobación del juez, publicaciones, inscripción, etc.

5.10. La Ley de Tránsito Aéreo ha previsto el raro caso de que se produzcan nacimientos a bordo de aeronaves en vuelo, y considera tales hechos como acaecidos en el Ecuador si la nave es nacional (Art. 9).

5.11. El Código Sánchez Bustamante en el artículo 28 dispone que se aplique la ley personal para decir si el nacimiento señala el principio de la personalidad jurídica, y sobre los derechos del concebido y no nacido. Un hijo de chilenos domiciliados en Chile, por ejemplo, que nazca en el Ecuador, se considera que tiene un principio de existencia legal desde que nace y sobrevive un instante, y no solamente por el mero hecho de nacer vivo, como exige ahora la ley ecuatoriana.

6. **Protección de la vida del que está por nacer**

6.1. Si bien la **existencia legal** comienza con el nacimiento, esto no significa que el derecho desconozca los inviolables derechos de la persona humana antes de nacer. El Derecho positivo tiene que acoger los superiores dictados del Derecho Natural. Si bien para los efectos civiles el no nacido no es aún persona, sin embargo desde que un alma racional informa un cuerpo humano, la ley debe respetar y proteger esa vida.

---

52 Con propiedad se puede decir "fundación" o "constitución" de una de aquellas personas jurídicas.

Efectivamente, nuestro Código **reconoce la realidad de la existencia natural** de la persona humana antes de ser persona jurídicamente hablando. Así lo proclamaba el artículo 67 del Código Civil, ahora 61:

Art. 61: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento".

6.2. En términos generales conviene advertir que la protección de la vida del "nasciturus" es amplísima y se desarrolla por medio de disposiciones civiles y penales, de medidas preventivas y represivas o punitivas, con la intervención de autoridades sea a petición de cualquier persona o aun de oficio. El derecho a la vida es la primera y fundamental garantía que el Estado debe asegurar, "desde la concepción" a toda persona, y así lo declara el artículo 49 de la Constitución.

La protección de la vida del que está por nacer, está garantizada por el artículo 49 de la Carta Política "desde la concepción" y de modo indirecto también se la protege por las atenciones debidas a la madre encinta (Arts. 37, 47).

6.3. En el plano estrictamente civil las reglas para el caso de divorcio –aplicables también para la separación conyugal–, contenidas en los artículos 250 a 256 del Código Civil constituían una aplicación práctica de la facultad concedida al juez para que tome "todas las providencias que la parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido". Esas medidas, desde luego, tenían además otro alcance, otras finalidades, pero fueron derogadas por la Ley 43 del año 1989, por haberlas considerado discriminatorias contra la mujer. En realidad no tenían esa carácter de discriminación peyorativa, sino que, obligaban sólo a la mujer porque sólo ella lleva a la criatura en su seno. El juez podía, según dichos artículos: a) enviar a la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda; b) hacer que un médico o una obstetriz le asistan en el parto; c) hacer que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de confianza para el marido. Los efectos de que se tomaran estas medidas o de no se las adoptara, por incuria del marido o por resistencia de la mujer, tenían mucha importancia, particularmente en cuanto a la carga de la prueba sobre el hecho y circunstancias del parto.

Además de esas medidas, el juez puede disponer cualquiera otra que le parezca conveniente. Tales podrían ser, a modo de ejemplo, internamiento de la mujer en una clínica u hospital, el señalamiento de una pensión alimenticia suficiente para que la mujer mantenga su salud y la de la criatura, etc.

6.4. En el plano penal, el artículo 58 del respectivo Código, dice así: "Ninguna sentencia en que se imponga pena de reclusión se notificará a la mujer embarazada, sino 60 días después del parto". En forma muy humanitaria se evita hasta la impresión dolorosa que puede ser causa remota de un aborto.

El artículo 441 del Código Penal sanciona con reclusión menor de tres a seis años el aborto intencional en el que "no ha consentido la mujer". Igualmente se pena, en el artículo 442, al que sin intención directa de causar el aborto sin embargo, con conocimiento del efecto que se puede producir, emplea violencias que realmente provocan un aborto.

En cambio, si la mujer ha consentido en el aborto la pena para el autor del delito es más leve: de dos a cinco años de prisión (Art. 443). La pena para la mujer que consiente o causa por sí misma el aborto es también de uno a cinco años de prisión. Y si incurre en ello "para ocultar su deshonra" se le rebaja a prisión de seis meses a dos años. Todas estas penas en algunas circunstancias (si el autor es médico, etc., o si se sigue la muerte de la madre), se agravan y pueden llegar hasta la reclusión mayor extraordinaria.

Pero, en cambio, el artículo 447 –uno de los más inmorales de nuestra legislación–, **exime** de pena al que siendo médico y con el consentimiento de la mujer practica el aborto: "1. Para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer". Es monstruoso que al padre o guardador de una mujer enferma se le confieran estos poderes cuasi divinos de decidir sobre la vida de una criatura inocente. Se olvida toda la dignidad de la persona humana. Se echa a rodar la protección a la vida de todo hombre que está por nacer. Se desconoce que la Constitución de la República declara que esa protección se debe "sin considerar antecedentes" (Art. 40). Se desprecia el valor de la vida humana, que es independiente de cualquier circunstancia. Se abre la puerta a la fácil justificación del crimen. Cede la ley ante un falso sentimentalismo. Prevalece la apariencia sobre la justicia.

No se puede provocar directamente de ningún modo la muerte de una persona inocente. No se puede, por lo mismo, ni matar a la madre para salvar al hijo, ni matar al hijo para salvar a la madre. Un médico consciente debe adoptar medios para **salvar ambas vidas**, y solamente está libre de responsabilidad moral (y debería estarlo igualmente libre ante la ley penal), si empleando medios lícitos y conducentes a salvar ambas vidas, sin embargo, se produce la muerte de uno o ambos sujetos, como efecto secundario, aunque sea previsto, pero no directamente querido.

La protección del que está por nacer se completa en el aspecto penal con la sanción a quien atenta a la **vida del ya nacido**, pero que todavía no puede defenderse por sí mismo. El infanticidio está incluido en nuestro Código Penal en las figuras delictivas más amplias del homicidio o del asesinato, según los casos, y puede ser penado hasta con la reclusión mayor extraordinaria, de 16 años, (Art. 452); pero también si es cometido por la madre o por los abuelos maternos para ocultar la deshonra de aquella, se rebaja la pena a reclusión menor de 3 a 6 años (Art. 453). Demasiado indulgente resulta en este punto nuestra ley.

También protege la vida del recién nacido –y de los niños en general–, el artículo 474 del Código Penal que castiga con prisión de un mes a un año al que **abandona** a un infante en un lugar solitario "y los que lo hubieren, expuesto o hecho exponer, siempre que no sea en un hospicio o en una casa de expósitos".

7. **Derechos del no nacido**

7.1. La Ley protege no solamente la vida sino también **otros derechos** que corresponderán al *nasciturus* una vez que nazca y principie su existencia legal. Así lo declara el artículo 63 del Código Civil:

Art. 63. "Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del artículo 60, inciso 2, pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido".

7.2. Mientras un niño no nazca vivo no comienza, según nuestro sistema, su existencia legal; luego, solamente hay la probabilidad de que llegue a ser persona. Pero esta posibilidad es suficiente para que se deban reservar los derechos que le corresponderán si cumple esas condiciones. Tales derechos están en **suspenso**, hasta que se cumplan las condiciones de nacer con vida y cumplidas esas condiciones se atribuyen a la nueva persona esos derechos.

Los derechos que se mantienen en suspenso, se atribuyen, una vez que la persona comienza a existir legalmente, pero se confieren con **efecto retroactivo**, como si los hubiera tenido desde el momento mismo en que se crearon o trasmitieron los derechos, aunque la criatura entonces aún no haya nacido.

Los derechos del nasciturus serán normalmente **hereditarios**, sea que le correspondan como heredero abintestato, como titular de una asignación forzosa (Art. 1216), o bien por efecto de una asignación testamentaria que según el artículo 1106 en todo caso debe recaer sobre personas ciertas y determinadas. El que

está por nacer llegará a ser persona, si nace vivo, pero es ya un sujeto cierto y determinado: es la criatura que está en el vientre de su madre.

7.3. Nuestro Código habla de "suspensión de derechos", mas no de obligaciones, del no nacido. Sin embargo, no sólo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente, por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla sólo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que principie a existir legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

7.4. Para proteger los derechos eventuales del que está por nacer se podría prohibir la enajenación de los bienes o pedir caución a quienes los tengan.

También se puede proceder a nombrar un **curador** de esos derechos eventuales. El padre puede dar guardador por testamento, no sólo para los hijos que viven, sino también para el que todavía está en el vientre de la madre (Art. 400), para el caso de que nazca vivo, y también puede nombrar curador de los derechos eventuales del que está por nacer (Art. 497).

8. **Presunción de la época de la concepción**

8.1. El nacimiento (cuyo hecho y circunstancias fácilmente se prueban, incluso por testigos), sirve de base, de **antecedente lógico**, de ese otro hecho anterior en el tiempo, pero que se deduce del nacimiento como una consecuencia lógica: la concepción. Ya que no se puede conocer el momento exacto de la concepción, por lo menos se deduce del nacimiento en qué época se ha verificado la concepción.

8.2. Como es importantísimo determinar la época en que se ha producido la concepción, porque de ello depende la calidad legal del hijo (legítimo o no legítimo) y aún la relación de filiación (prescindiendo de la calidad), la ley ha creado una presunción, fundada en la observación de que el período de gestación normal del ser humano es de más o menos 270 días. Los médicos afirman que en ningún caso la gestación puede durar mucho más ni tampoco mucho menos. Precisamente el alumbramiento de un feto antes de su debida madurez, es lo que constituye el aborto, que significa la muerte de la criatura. La ley ha puesto unos límites bastante amplios para que no haya posibilidad de errar.

8.3. Desde la vigencia de la Ley 256, ya no perdura esta razón de importancia, puesto que no se hace distinción entre hijos legítimos e ilegítimos; pero sí subsisten otras razones: el tiempo de la concepción sirve para fundar aquella otra presunción que es la de la **paternidad**; por otra parte, algunos derechos dependen del tiempo en que haya sido concebida una persona.

Ya no hay presunción de legitimidad, pero sí existe la presunción de "paternidad" por parte del marido de la madre, si el hijo nace dentro de los tiempos que se indican en el Código y que permiten presumir que la concepción ha sido "durante" el matrimonio, y por lo tanto, en principio, por obra del marido.

Art. 62: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

8.4. Nos hallamos ante una presunción legal y de derecho, es decir, que **no admite prueba en contrario**: nadie puede probar que una criatura haya tenido una gestación de más de trescientos días o de menos de 180 días. En este último caso se trataría de un aborto, pero no cabe que nazca vivo sobreviva 24 horas el que no lleva ni 180 días en el vientre materno. En los casos de aborto, prevé el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal que haya un informe facultativo sobre la época probable del embarazo.

El momento de la concepción, o por lo menos el periodo dentro del cual pudo verificarse, era determinante de la calidad de hijo legítimo. Si al tiempo de la concepción la madre estaba casada, el hijo se consideraba legítimo, y solamente el marido de la madre podía (mientras él vivía) impugnar esa calidad legal. Suprimidas las calificaciones de "legítimo" e "ilegítimo", la presunción sirve para demostrar la "paternidad".

La presunción del artículo 62, sirve, pues, de base para otra no menos importante: la del artículo 240 que declara que el "hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es del marido". Como es lógico, el que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, ya puede haber sido concebido dentro del matrimonio. Si transcurre más tiempo, esa posibilidad aumentará, hasta convertirse en certeza plena si pasan 300 días desde la celebración. Sin embargo, aunque pasados los 180 días ya consta que durante el matrimonio ha sido o ha podido ser concebido, y en principio se considera que tiene por padre al marido de la madre, sin embargo éste puede demostrar que no es el padre y **repudiar al presunto hijo**, que no es suyo. Si consta que la mujer ha cometido adulterio durante la época en que pudo verificarse la concepción, la impugnación de la falsa paternidad del marido (y consiguientemente de la falsa filiación legítima del hijo), se facilita; pero no basta la simple prueba del adulterio, porque a pesar del adulterio, el hijo puede también ser del marido.

8.5. Por otra parte, si el matrimonio se disuelve (por muerte, declaración de nulidad o divorcio), o si los cónyuges se separan con autorización judicial, y nace un hijo después de estos hechos, todavía puede haber sido concebido el hijo dentro del matrimonio, siempre que el nacimiento se verifique antes de los 300 días del divorcio, muerte del marido, etc., ya que si nace **después de 300 días**, evidentemente todo el período en que pudo ocurrir la concepción cae íntegramente fuera del matrimonio. En el primer caso, el hijo se reputa del marido, más no en el segundo. Aunque en uno y otro caso se puede impugnar la calidad de hijo del marido a quien se atribuya falsamente el hijo, por haber sido engendrado por persona distinta del marido.

Nacimiento, nacer (aplicado a las cosas)

1. En sentido figurado se habla de nacimiento de un río, de un derecho, de una obligación, una acción, una carga, etc. refiriéndose al principio, el comienzo u origen.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las **acciones** reales (Art. 595)

De los derechos personales nacen las acciones personales (Art. 596).

También son bienes nacionales de uso público las **vertientes** que nacen y mueren dentro de una misma heredad (Art. 612).

Las **obligaciones** nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia (Art. 1453).

El acreedor está obligado a conceder el beneficio de competencia a sus consocios; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad (Art. 1642).

Las obligaciones y **derechos** que nacen del comodato, pasan a los herederos de ambos contratantes (Art. 2089).

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la **ley** o de un hecho voluntario de una de las partes (Art. 2184).

La transacción puede recaer sobre la acción que nace del **delito**; pero sin perjuicio de la acción penal (Art. 2351).

La primera clase de **créditos** comprende los que nacen de las causas que se enumeran en el artículo 2374.

Las **prescripciones** de corto tiempo nacen de ciertos actos o contratos (Art. 2424).

V.3. VIDA Y MUERTE

1. Terminación de la vida humana en el tiempo; separación del alma y el cuerpo. El alma espiritual es inmortal y el cuerpo se descompone en los elementos materiales de que estaba integrado. La muerte se caracteriza por la cesación de todos los fenómenos vitales: unos fácilmente comprobables, como la respiración o el latir del corazón; otros, que solamente se pueden determinar con medios técnicos especiales, como la actividad cerebral, mediante electroencefalogramas, etc.

2. El Código de la Salud define la muerte biológica, como la cesación de toda actividad vital, y debe ser certificada por tres médicos, para que se pueda proceder a tomar órganos o tejidos para trasplantes.

Para la inhumación de un cadáver se requiere que se haya inscrito el fallecimiento, y esta inscripción se ha de hacer también con certificado médico de la muerte, u otra constancia suficiente.

3. La persona termina con la muerte (Art. 64).

Si no hay constancia directa de la muerte, pero existe un motivo razonable para suponer que se ha producido, se procede a la investigación y la declaración de la muerte presunta. Igualmente, si no se conocen los momentos de dos o más muertes, se presume que, habiendo fallecido en el mismo accidente, el deceso fue simultáneo (Art. 65).

4. Con la muerte terminan todos los derechos y obligaciones de la persona que acabó su existencia. Los derechos reales y algunas obligaciones pasan a otros sujetos, por sucesión hereditaria o testamentaria; otros se extinguen definitivamente.

5. Fin de la existencia civil

5.1. Una de las normas más universales es la que considera a **la muerte** como el término final de la existencia jurídica.

Además, hoy día, prácticamente en todo el mundo, es la muerte la **única** causa de terminación de la existencia legal.

En el derecho Romano la *"capitis deminutio"*, sobre todo la llamada "máxima", significaba una terminación puramente jurídica o civil de la personalidad, sin que mediara la muerte.

En el Ecuador existió hasta 1936 la llamada *"muerte civil"*, según el artículo 92 del Código Civil (Edición de 1930) que decía así: "Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne hecha conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica". Pero el Ingeniero Federico Páez, mediante Decreto Supremo que se publicó en el Registro Oficial 209 del 12 de mayo de 1936 derogó dicho artículo y otros dos siguientes referentes a la muerte civil, estableciendo además que "Las personas consideradas como civilmente muertas, conforme a la abolida institución, gozarán, desde la fecha de la vigencia de esta ley, de los derechos civiles inherentes a la personalidad humana, pero no podrán reclamar derecho alguno en los bienes que poseían antes del ingreso al instituto monástico, ni en las sucesiones de que, por la llamada muerte civil, se hicieron incapaces".

Actualmente, no existe en el Ecuador otra forma de terminar la personalidad civil, que la muerte natural. Así lo declara el artículo 64 del Código Civil:

Art. 64: "La persona termina con la muerte".[53]

5.2. En este caso, como en el del nacimiento, la dificultad radica en la **prueba**, sobre todo cuando se quiere conocer con precisión el momento mismo de la muerte, ya que del tiempo en que se haya producido pueden seguirse muchas y muy importantes consecuencias jurídicas.

Caben tres posibilidades: a) Que se conozca con certeza que una persona ha muerto y que se sepa así mismo cuándo ha muerto, porque, por ejemplo, se

[53] Concordancias: CC 7, 104, 127, 328, 351, 1017, 1027.
LRCiv: 42.
LTA: 9.
CPC: 612.
CP: 96, 97.
CPPol: 47, 89, 90.
LSSoc: 39, 61, 62.
CT: 169, 273.
CPMil: 70, 71.
LTOrg: 6.
Jurisprudencia: G.J. IV, 123, p. 988.- Repertorio Jurisprudencia: VI, 468; XIII, 288; XV, 542; XVIII, 406; XX,217; XXII, 949, 1086; XXV,470.

tiene su cadáver, y además hay personas que testimonian en cuanto al tiempo en que acaeció el fallecimiento, o por lo menos hay estos testimonios, aunque no se tenga el cadáver; b) Que conste la muerte de una persona, porque hay su cadáver o hay testimonios referentes a la existencia del cadáver, pero que se desconozca cuándo murió; y c) Que no se sepa si una persona ha muerto o no, y en caso que haya muerto se ignore cuándo. Todas estas posibilidades están consideradas por nuestra legislación.

5.3. El tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazcan o no nazcan ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera o de otra una herencia, etc.

Las reglas 16 a 19 del artículo 7 del C.C. tienen en cuenta el momento de la muerte para determinar la **ley aplicable** a los testamentos: a) las disposiciones testamentarias se sujetan a la ley vigente cuando fallece el testador (aunque el testamento se hubiere hecho bajo el imperio de otra ley distinta); b) si el testamento contuviera disposiciones que no debían llevarse a ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de la muerte del testador; c) también esa ley rige en las sucesiones intestadas el derecho de representación; y, d) igualmente se rigen la adjudicación y partición de una herencia o legado. Según el artículo 1017 del Código Civil la sucesión se abre el momento del deceso, y en el último domicilio del causante, determinando éste cuál es la ley aplicable.

Observa Planiol que "la muerte que destruye la personalidad, no impide que la personalidad que existió continúe produciendo efectos. De ahí, el derecho de testar que prolonga, hasta más allá de la muerte, la voluntad de la persona humana. De ahí también, el respeto debido al cadáver que representaba antes a una persona; de una parte, la ley organiza su defensa con sanciones penales, de otra parte ordena atenerse, respecto de los funerales y sepultura, a las intenciones, expresas o tácitas, del difunto.[54]

5.4. Se ha llegado a transplantar tejidos u órganos de una persona a otra; pero cuando se trata de elementos esenciales para la vida del donante, solamente se puede efectuar el transplante cuando éste ha muerto, y es preciso probar de manera segura el fallecimiento.

En nuestro Código de Procedimiento Civil (Art. 601) se admite la posibilidad de que el fallido sea rehabilitado después de su muerte, e igualmente el Código de Procedimiento Penal, permite la rehabilitación de la memoria del reo difunto.

[54] Planiol y Ripert: Tratado Práctico de Derecho Civil. Tomo I, p. 8.

El carácter rigurosamente personal de las sanciones penales hace que toda **acción penal y pena** se extingan con la muerte (Arts. 96, 97 CP // 70, 71 CPMil // 89, 90 CPPol). No sucede lo mismo con las obligaciones civiles provenientes de delito, que no se extinguen con la muerte del sentenciado (Art. 47 CPPol).

La muerte de una persona, además de dar lugar a los derechos de los herederos respecto de su patrimonio, puede originar también otros derechos, como los relativos a las prestaciones del Seguro Social o a las indemnizaciones previstas en el Código del Trabajo, o que se hubieren establecido en contratos de seguros u otros similares.

5.5. A parte del tiempo en que se produce la muerte, influye en el derecho el **lugar** donde acaece. Y a veces es preciso recurrir a presunciones y ficciones para determinar ese sitio. Del mismo modo que los nacimientos, las defunciones que se produzcan a bordo de una aeronave ecuatoriana se consideran acaecidas en el Ecuador (Art. 9 LTA).

La Ley de Registro Civil se refiere al registro de defunciones (y establece qué fallecimientos deben **inscribirse**: 1. Todos los sucedidos en el territorio de la República; y, 2. Los de ecuatorianos que se produzcan en el extranjero (Art. 41).

6. El problema de los conmurientes

6.1. Hay circunstancias en las cuales consta que dos o más personas han muerto, pero se desconoce **el orden** en que han ocurrido los fallecimientos. Esto sucede principalmente cuando varios perecen en un accidente o por una misma causa que obra en corto período de tiempo.

Interesa, sin embargo, establecer el orden en que se han producido los decesos, o si no lo es posible, conviene tener una regla fija mediante la cual se presuma o se finja un orden. La necesidad de esa cronología se manifiesta sobre todo en materia de sucesión hereditaria: si dos personas mueren en el mismo momento no es posible que la una herede a la otra, porque para heredar se requiere estar vivo, y en tal caso se abrirán dos sucesiones cada una respecto del patrimonio de cada uno de los difuntos en el cual sucederán sus respectivos herederos; en cambio si una de estas personas ha muerto antes que la otra –aunque sea sólo unos instantes antes–, la sucesión de la que primero muere puede recaer sobre la otra persona, y cuando muera la segunda, su patrimonio acrecentado con la primera herencia pasará a los herederos de la última en morir. En una palabra, el orden de las defunciones puede alterar totalmente la distribución de las herencias.

6.2. Dos sistemas existen frente a este problema: a) el sistema propio del antiguo Derecho Romano, seguido aún por algunas legislaciones, consisten, en una complicada serie de presunciones conforme a las cuales se supone que perece primero la persona más débil (así la mujer antes que el varón; el niño o el viejo antes que el hombre maduro; el enfermo antes que el sano, etc.), y b) el sistema de nuestro Código, conforme al cual se presume que todos han fallecido en el **mismo momento**, mientras no se demuestre lo contrario.

En ambos sistemas, desde luego, se parte de un simple cálculo apreciativo de probabilidades; es decir, que la ley, a falta de prueba directa, recurre a unas presunciones que bien pueden coincidir con la realidad o estar muy apartadas de ella. Posiblemente es más difícil que dos o más personas mueran exactamente en el mismo instante que no el que se produzcan los fallecimientos sucesivamente, aunque la causa que los origine sea la misma; sin embargo, establecer un posible orden a base de las tradicionales suposiciones parece también totalmente arbitrario porque existen muchas más causas que escapan totalmente a nuestra observación. Así, pues, resulta muy aceptable el sistema de nuestro Código, dice así el artículo 65.

Art. 65: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos los casos, como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".[55]

6.3. Adolece de cierta ambigüedad la frase "o por otra causa cualquiera", que podría aplicarse bien al desconocimiento del orden en que se han producido las muertes, o bien a las causas del fallecimiento en "un mismo acontecimiento". Es decir, que puede entenderse en dos sentidos el artículo 65, ya en el sentido de que la regla es aplicable sólo a los que mueren en un mismo acontecimiento (cualquiera que sea la causa de él), o también a todas las personas que fallecen, aunque sea en acontecimientos y circunstancias no conexas entre sí, pero cuyo orden de deceso no se puede establecer por medios directos. Creo que no existe una razón filosófica fundamental para restringir la regla solamente a los casos de conmurientes en el mismo accidente o acontecimiento, y que interpretar restrictivamente la ley sería dejar una laguna respecto de los demás casos, y por ello considero que es preferible la interpretación extensiva, que abarca todos los casos en que no se pueda reconocer el orden de las defunciones.

---

[55] Concordancias: CC: 1022
CSB: 29.
CPP: 81 a 86.

La consecuencia más inmediata de la aplicación de la referida regla, es la que contiene el artículo 1022 del mismo Código: "Si dos o más personas llamadas a suceder una a otra se hallan en el caso del artículo 65, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras".

6.4. Naturalmente, el supuesto indispensable para la aplicación del artículo 65 y para sus consecuencias, es que no se pueda establecer el orden de los decesos. La autopsia –o examen médico-quirúrgico– del cadáver está prescrito por el Código de Procedimiento Penal, y tiene por objeto descubrir las causas probables o evidentes de la muerte, pero puede también servir para determinar el tiempo en que pudo haberse producido, cuando ello no se conoce por otros medios.

6.5. Si las personas muertas tenían distintas nacionalidades o domicilio en diferentes países, o murieron en varios Estados, se pueden plantear cuestiones de Derecho Internacional Privado, referentes a saber qué ley es aplicable a la presunción de supervivencia o de muerte simultánea. El Código Sánchez de Bustamante soluciona este problema ordenando que la sucesión de cada persona fallecida siga la ley personal de cada causante en este punto relativo a las reglas para los conmurientes.

IV. **Muerte presunta por desaparecimiento**

La presunción de muerte es entre nosotros, una institución mediante la cual se regulan las relaciones jurídicas como si una persona hubiera muerto, cuando por haber desaparecido, no se sabe si vive o si ha muerto, pero resulta muy probable que realmente haya fallecido.

Planiol y Ripert distinguen con claridad el caso del desaparecido, del **ausente** y el simplemente no presente, conforme al Derecho Francés: "El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada. Se distingue del no presente y del desaparecido. El **no presente** es el que se encuentra alejado de un lugar determinado pero sobre cuya existencia no hay dudas serias. El **desaparecido** es el que ha cesado de vérsele a partir de un accidente o de una catástrofe en la que, según toda probabilidad, ha hallado la muerte. Se podrá, pues, al cabo de algún tiempo, hacer declarar su fallecimiento por medio de un juicio".[56]

La terminología de nuestras leyes no es siempre constante, y así a veces se le llama al desaparecido ausente; y a veces se distingue la mera ausencia del verdadero desaparecimiento.

[56] Planiol y Ripert, ob. cit. p. 38.

2. Tiene mucha trascendencia en la vida jurídica que se sepa con certeza quiénes son los sujetos de los derechos, es decir qué personas existen vivas, y por eso, cuando hay razones serias para dudar sobre la supervivencia de alguien al que se llegue a establecer mediante una presunción, que ha muerto, interesa a la sociedad toda y afecta a los intereses del propio desaparecido si vive, o a los de sus herederos, y también a las demás personas que por relacionarse jurídicamente con él pueden ver alterado su patrimonio en una u otra forma.

La ley tiene que proteger todos esos intereses contrapuestos. Naturalmente la protección es diversa según quepa o no suponer buena fe en la persona que "desaparece", por eso, el Código Civil llega a asimilar al deudor que se oculta al ausente, para los efectos del nombramiento de un curador (Art.495). Y en materia procesal, mientras al ausente le protege el Ministerio Público, contra el no presente se sigue el juicio en rebeldía. [57]

3. Si nuestra ley no define directamente en qué consiste la institución de la muerte presunta, en cambio sí indica cuando se procede a declarar la muerte presunta de un individuo:

Art. 66: "Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse". [58]

Esta presunción aunque es legal, requiere de una declaración judicial, debiendo seguirse un trámite especial para ello, y al cual se refiere el artículo 66 con la expresión "verificándose las condiciones que van a expresarse".

4. Otra condición imprescindible es la **carencia de noticias** sobre el desaparecido. Si consta que vive o si consta que ha muerto, no cabe presunción. La presunción cede ante la realidad y tiene razón de ser únicamente a falta de noticias.

5. La declaración de muerte presunta se tramita judicialmente a petición de parte. Puede ser parte, cualquier persona que tenga interés actual en la declaración (Art. 67 Num. 3).

Se entiende que tienen **interés actual** los que heredarían al desaparecido si hubiera muerto, los que heredarían a otra persona siempre y cuando el desaparecido hubiera muerto (por ejemplo por derecho de representación o bien por

---

[57] Cfr. id.

[58] Jurisprudencia: GJ XIV, 2, p. 346.- Repertorio Jur. XVIII, 406; XX, 217.
Concordancias: CC: 7, 32, 512, 513, 1756.
CSB: 30, 82, 83.
LRCiv: 41, 50.
CCo: 693.

haberse cumplido así alguna condición), el cónyuge del desaparecido, los socios del desaparecido y quizás los acreedores.

Claro Solar considera que los acreedores no se incluyen entre los que tienen interés actual. Dice así: "Los acreedores del ausente no están en el mismo caso: ellos no tienen interés en la declaración de la presunción de muerte porque sus derechos no están subordinados a ella, ni pueden obtener para sí la posesión de bienes de aquél. Para hacer valer sus derechos les basta entenderse con los apoderados del ausente o bien provocar el nombramiento de un curador, y no tienen por qué ni para qué gestionar la declaración de presunción de muerte de su deudor".[59] Pero si es cierto que en la mayor parte de los casos bastará al acreedor el nombramiento de curador del ausente, también conviene considerar que si se sigue el juicio de presunción de muerte por parte de otras personas y sin la intervención de los acreedores, éstos podrían correr el riesgo de que los bienes del deudor pasen a personas menos solventes; de donde no parece justo negarles el derecho de intervenir en el juicio, y si pueden intervenir, tampoco hay inconveniente en que puedan incluso promoverlo, tanto más cuanto que la declaración de muerte presunta, como he dicho, protege no solamente los intereses de terceras personas sino también del mismo desaparecido (si vive), o de sus sucesores.

6. **Juez competente**

El trámite judicial para la declaración de la muerte presunta de un desaparecido debe iniciarse ante el juez del último domicilio que haya tenido en el Ecuador (Art.67 Num. 1).

Se entiende que la ley se refiere al último domicilio general, y no a un domicilio especial.

Cabe preguntarse si nuestra ley pretende dar la competencia al juez ecuatoriano, en todo caso en que una persona haya tenido domicilio en el Ecuador, aunque su último domicilio conocido haya sido en el extranjero.

No creo que pueda responderse afirmativamente a esa cuestión, sino que, por el contrario, el "juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador" será competente solamente en estos casos: a) cuando ese juez es también el del último domicilio, en absoluto: dentro o fuera del Ecuador; es decir que el desaparecido no haya tenido otro domicilio conocido en el exterior después de haberlo tenido en el Ecuador; b) cuando el desaparecido sea ecuatoriano y tenga cónyuge o parientes ecuatorianos; c) cuando se atribuya la competencia a los jueces ecuatorianos en virtud de tratados internacionales o de disposiciones de remisión de otra ley extranjera.

---

[59] Claro Solar, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo II, p. 234, No. 442.

El primer caso, no necesita justificación: si el desaparecido tuvo su último domicilio en el Ecuador, el juez ecuatoriano es sin duda competente.

El segundo caso, se resuelve en la forma indicada, en virtud de lo que dispone el artículo 14 del Código Civil, ya que la muerte presunta afecta a las relaciones de familia, y tal vez al estado civil (por ejemplo de viudez), y si hay cónyuge o parientes ecuatorianos, compete a las leyes ecuatorianas regular tales situaciones, y consecuentemente parece lógico que los jueces ecuatorianos tengan competencia para aplicar dichas leyes.

Finalmente, en otros casos más, por disposiciones positivas de tratados o de leyes extranjeras también parece evidente que puede corresponder la competencia al juez ecuatoriano, aunque el desaparecido haya podido tener un último domicilio en el extranjero.

Pero fuera de los tres casos examinados, no resulta razonable atribuir la competencia al juez del último domicilio "en el Ecuador", si hubo otro domicilio conocido posterior, en el extranjero.

El Código Sánchez de Bustamante dice en el artículo 82: "Todo lo que se refiere a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales se regula por su ley personal", y ya sabemos que esa ley personal puede ser la de la nacionalidad o la del domicilio. Ahora bien, si una persona ha tenido su domicilio primeramente en el Ecuador y luego en otro país y por fin desaparece, si el segundo país considera como ley personal la del domicilio, el juez ecuatoriano no podría considerarse competente (salvo que se trate de un ecuatoriano). El problema se hace difícil en el caso de que el un Estado siga la nacionalidad como ley personal y el otro prefiera el sistema del domicilio. Pero en todo caso, si se presenta tal conflicto, el juez ecuatoriano debe preferir su propio sistema (lex fori), a la aplicación de la ley extranjera.

La declaración de muerte presunta, hecha por juez competente tiene valor extraterritorial, así lo declara el artículo 83 del Código Sánchez de Bustamante. Es decir que produce efectos también fuera del caso del Estado en que se declaró. Pero la extraterritorialidad supone que la competencia del juez que declaró la muerte presunta sea reconocida por aquel o aquellos otros Estados en los que se pretende hacer que surta efectos la declaración.

Nuestra ley ordena que se inscriban en el Registro Civil las presunciones de muerte de ecuatorianos (desaparecidos en el país o fuera de él), y todas las que se declaren en el Ecuador (de nacionales o de extranjeros). Esa inscripción es necesaria para que se produzcan los efectos de dichas presunciones. Estas disposiciones legales se compaginan muy bien con las antes mencionadas del Có-

digo Sánchez de Bustamante: permiten hacer efectiva la extraterritorialidad de las sentencias de presunción de muerte.

El artículo 9 de la Ley de Tránsito Aéreo ordena que se inscriban los nacimientos y muertes "sobrevenidos en viaje" a bordo de aeronaves ecuatorianas, y agrega que "tales nacimientos o muertes se consideran para todos los efectos, como acaecidos en territorio ecuatoriano". Queda, por consiguiente, la duda de si se produce un accidente de aviación, y no encontrándose el cadáver se llega a declarar la muerte presunta de una persona, debe o no considerarse también este fallecimiento como producido en el Ecuador. Una interpretación exclusivamente literal llevaría a la conclusión negativa, porque esa muerte, sin duda, no se ha "registrado" en el libro de abordo. Pero, desconociéndose el lugar exacto de la muerte (en el avión o fuera de él una vez producido el accidente), nada impide que la presunción comprenda también este caso y se considere de todos modos como muerte sucedida en el Ecuador.

7. **Períodos del trámite**

Para explicar mejor este punto conviene tener presente en primer lugar el texto de los artículos 67 y 68 que dicen así:

Art. 67: "1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, a lo menos, dos años;

2. Entre estas pruebas será de rigor la citación al desaparecido, después de transcurridos los dos años, citación que deberá hacerse por tres veces en el RO y en el periódico o periódicos que señale el juez, con intervalo de un mes entre, cada dos citaciones.

3. La declaración podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos de la última citación;

4. Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el Ministerio Público; y el juez, a petición de éste, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presenten, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias, convengan;

5. El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos cinco años ("tres años", reformado en 1989) desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido;

6. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido de ella, y han transcurrido desde entonces dos años ("seis meses" según la reforma), y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido".

Art. 68. "El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los cinco años ("tres años" según la Ley 43), se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean quince años ("Diez años" reformado), desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos quince años ("diez años") la edad del desaparecido, si viviere".[60]

Se pueden distinguir, pues, tres tipos o variantes en el trámite: a) el **caso general** del desaparecido, sin ninguna circunstancia especial que lo califique, en el cual se sigue el trámite normal, con plazos más largos; b) el caso del desaparecido a raíz de un **accidente** o peligro para la vida; c) el caso del desaparecido que antes de desaparecer o durante la ausencia haya cumplido **ochenta años** de edad. En las dos últimas circunstancias contempladas por la ley, es evidente que hay mayor probabilidad de que el desaparecido haya muerto, y por ello se acelera el trámite, acortando los plazos, y suprimiendo la etapa de la "posesión provisional". Examinemos separadamente los tres casos.

8. Caso general. Se requiere en primer término que transcurran por lo menos **dos años desde la fecha de las últimas noticias** sobre la vida del desaparecido. Antes de la reforma de 1970 todos los plazos eran más largos, se redujeron a la mitad.

Claro Solar considera que "los trámites de la declaración de muerto presunta pueden ser iniciados antes de los cuatro años posteriores a la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, porque la ley sólo exige el transcurso de ese tiempo para la declaración y autoriza aún la entrega definitiva de los bienes inmediatamente de cumplidos los cuatro años

[60] Concordancias: CC: 1756.-
CCo: 693.

desde el desaparecimiento en el caso a que se refiere el número 7 del artículo 81" (67 de nuestro Código)[61]. Efectivamente, no hay inconveniente para que se inicien los trámites para averiguar el paradero del desaparecido y para citarle la demanda, antes de los dos años; más aún lo lógico es que mucho tiempo antes, se realicen investigaciones de toda índole para descubrirla verdadera suerte o paradero del desaparecido.

Las últimas noticias a que hace referencia la ley, pueden consistir en testimonios de personas que hayan visto, conversado, etc. con la persona desaparecida, o en documentos públicos o privados en que la persona haya intervenido. Un caso que se plantea es aquel de la persona que escribe una carta a sus familiares o relacionados, entonces, ¿será la fecha de la carta, o la de su llegada, la de las "últimas noticias"? Considero que no se puede dar una respuesta generalmente válida, sino que dependerá de las circunstancias concretas. No cabe atenerse ciegamente a la fecha de la carta, la cual puede ser equivocada o voluntariamente falsa; mucho menos lógico parece concluir que una persona está actualmente viva porque se recibe una carta suya: puede haber muerto durante el viaje de la carta.

De todos modos, transcurridos los dos años desde la fecha de las últimas noticias, y cumplidas las formalidades relativas a la **citación** de la persona desaparecida, puede el juez declarar la presunción de muerte y fijar el día presuntivo en que se supone que debió acaecer.

Sin embargo de que se declare la presunción de muerte y se fije la fecha probable, esto no produce los mismos efectos que la muerte real y cierta. Ya veremos los efectos de este primer decreto judicial. Todavía (hasta el decreto de posesión provisional), se considera al desaparecido como **simplemente ausente**, y deben cuidar de sus bienes sus apoderados o representantes legales, y si no los tiene, hay lugar, al nombramiento de un curador del ausente para que sea él quien administre el patrimonio. Hay cierto contrasentido en este sistema. Resulta chocante que a pesar de estar fijada la fecha en que se presume muerto un individuo, sin embargo continúen administrando sus bienes sus representantes voluntarios o legales, siendo así que el poder termina con la muerte del mandante, y no cabe en general representación de quien no vive.

Casi todos los códigos –como observa Claro Solar–, hacen una marcada diferencia "entre el caso en que el desaparecido ha dejado apoderado y aquel en que no lo ha dejado"; pero el nuestro no recurre a esa distinción que sería muy interesante. "El Código argentino que es muy semejante al nuestro en esta parte, hace producir a la declaración el efecto inmediato de la posesión provisoria de los bienes".[62]

---

[61] Claro Solar, ob. cit I, p. 236-237

[62] Concordancias: CC: 32, 1742, 1756

El siguiente paso procesal consiste en la concesión de la **posesión provisional** de los bienes del desaparecido, lo cual se debe decretar al menos cinco años después de la fecha de las últimas noticias.

Finalmente, transcurridos quince años desde la fecha de las últimas noticias, el juez puede conceder la **posesión definitiva** de los bienes del desaparecido, a favor de los herederos presuntivos.

9. Caso del desaparecido a raíz de accidente o peligro para la vida. "Si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella", el trámite se simplifica, o más bien se acortan los plazos, ya que es lógico suponer que en esas circunstancias es mucho más probable que realmente haya muerto.

De todos modos, se exigía que transcurrieran dos años desde dichos accidentes, para que el juez pudiera declarar la muerte presunta. La Ley 43 del año 1989, redujo estos dos años a sólo **seis meses**.

Así como para los casos normales, se fija como día presuntivo de la muerte "el último del primer año contado desde la fecha de las últimas noticias", en cambio en estas circunstancias especiales, "fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso".

Además, en este caso, no hay lugar a la posesión provisional al cabo de cinco años y a la definitiva al cabo de quince, sino que "inmediatamente" se concede la **posesión definitiva**, es decir, a los dos años (**seis meses**, ahora) de la fecha del accidente.

10. Caso del desaparecido que haya cumplido ochenta años desde su nacimiento. También esta circunstancia hace más probable la muerte, y nuestra ley, permite que directamente se pase a la **posesión definitiva**, siempre que hayan transcurrido por lo menos cinco desde la fecha de las últimas noticias. También estos cinco años, se han reducido a **tres**, por la Ley 43. No hay pues, lugar a la

CSB: 82, 83.
LRCiv: 41, 50.
LTA: 9.
CPC: 77, 86.
LPFFAA: 90.
Jurisprudencia: G. J. VIII, 11, p. 1044.
Claro Solar, ob. cit. I, p. 239-240.

posesión provisional. Desde luego, nada impide para que se conceda la posesión definitiva antes de los quince años, pero después de que a los cinco del desaparecimiento se haya concedido la posesión provisional si el desaparecido para esa fecha no había aún cumplido ochenta años y los cumple después. Por ejemplo, si una persona desaparece el 19 de enero de 1950, se podrá declarar su muerte presunta el 2 de enero de 1952 (y se fijará como día presuntivo el 31 de diciembre de 1950), en enero de 1955 (o más adelante) se concede la posesión provisional, y si el desaparecido cumple ochenta años uno o dos meses o años después, se puede decretar la posesión definitiva, que en los casos normales correspondería declarar solamente a partir del 2 de enero de 1965 (transcurridos quince años desde la fecha de las últimas noticias).

En general, podemos observar que el trámite era excesivamente lento. Dadas las facilidades de comunicaciones del mundo de hoy, no se justifican estas esperas tan largas. Desde que en el Ecuador se rebajó el plazo de la prescripción extraordinaria (en 1956) de treinta a quince años, parecía que era más necesaria la reforma de estos largos períodos, tal vez, también a la mitad. Por esto, efectivamente, con la Ley 256 del año 1970 se redujeron los plazos a la mitad de su duración y aún más los ha acortado la reforma de 1989.

11. Debería considerar la ley el caso especial, y hoy día no raro, de quienes desaparecen a raíz de un **accidente de aviación**. Entonces las probabilidades de muerte son máximas, y el trámite debería ser más sencillo y con plazos reducidos a un mínimo.

Para llenar este defecto de la ley, la jurisprudencia tiende a aceptar la prueba de la muerte de una persona, aunque no se haya hallado su cadáver, cuando parece evidente que por haber sufrido un accidente sin duda ha muerto.[63]

12. **Efectos de la presunción**

Los artículos 69 y 71 principalmente, señalan estos efectos:

Art. 69: "Durante los cinco o dos años ("tres años o seis meses" según la reforma) prescritos en el artículo 67 reglas 5. y 6., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales".[64]

[63] Véase por ejemplo G. J. VIII, 11. p. 1044
[64] Concordancias: CC: 1016, 1019, 1043, 1045.

Art. 71: "Se entiende por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran en la fecha de la muerte presunta. El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuáles eran a la fecha de la muerte presunta".

Aparece claramente que la principal trascendencia de la declaración de muerte presunta y de la fijación de su fecha se produce en el campo de la sucesión hereditaria. No así, en el de la administración de los bienes, que, como queda dicho, continúan bajo el cuidado de los apoderados o representantes legales.

Claro Solar observa que no se debe tomar en cuenta al desaparecido "en las sucesiones a que pudiera haber sido llamado si viviera, y para determinar los bienes que deben recoger sus apoderados o representantes legales en las sucesiones abiertas con anterioridad a la fecha fijada a la muerte presunta".[65] Sin embargo, esta conclusión me parece demasiado extremada, puesto que nuestra ley no da al decreto de presunción de muerte sino un valor muy relativo, generalmente menor que al decreto de posesión provisional.

Lo que sí es evidente es que la fecha de la muerte presunta sirve para determinar quiénes son los **herederos presuntivos** y cuál es el **patrimonio hereditario**. Son herederos presuntivos aquellos que habrían heredado si realmente el desaparecido hubiera muerto el día que se presume (salvo demostración en contrario, naturalmente). Por consiguiente, no puede heredar el que ha muerto antes de ese día. El patrimonio hereditario, es también el existente dicho día.

Efectos de la posesión provisional

Los efectos de la posesión provisional decretada por el juez, se indican en los artículos 70, 72, 74, 75.

Art. 70: "En virtud del decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisional a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, Título De la apertura de la sucesión".[66]

---

[65] Claro Solar, ob. cit. I, p. 240.

[66] Concordancias: CC: 530, 1018, 1019, 1059, 1080, 1085, 149, 152. CPC: 275, 631, 685.

Art. 72: "Los poseedores provisionales formarán, ante todo, un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista".[67]

Art. 73: "Los poseedores provisionales representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros".[68]

Art. 74: "Los poseedores provisionales podrán, desde luego, vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el Ministerio Público.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa y con audiencia del Ministerio Público.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta".[69]

Art, 75: "Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses".

Del análisis de los artículos transcritos y de sus concordancias, se desprende que los efectos de la posesión provisional son los siguientes:

12. Se confiere a los herederos presuntivos un derecho sui generis llamado "**posesión provisional**".

Es muy discutido el punto relativo a la naturaleza jurídica de aquel derecho. Para algunos es una especie de posesión, para otros, una propiedad, un usufructo, etc.

Borja sostiene la doctrina de que la posesión provisional es una verdadera propiedad aunque con condición resolutoria. "La historia fidedigna de la ley –dice–, y el sistema mismo del título "De la presunción de muerte por desaparecimiento" evidencia, pues, que los poseedores provisionales no son meros administradores de los bienes; y como la ley no declara en qué calidad proceden tales poseedores, el intérprete debe determinarla atendiendo al conjunto de las disposiciones. Y ateniéndose a éste se puede aseverar a ciencia cierta que los poseedo-

---

67 Concordancias: CC: 427, 432, 1298
CPC: 640-649
LNot: 18.
LRCiv: 25 literal i.

68 Concordancias: CC. 28, 1491.

69 Concordancias: CC: 1759, 2333, 2335, 2336

res provisionales son dueños de los bienes bajo condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca, o se tengan noticias que motiven la distribución de los bienes según las reglas generales". [70]

Pero si examinamos atentamente los artículos relativos a la posesión provisional, encontramos que quienes la reciben **no pueden enajenar libremente** los bienes, de donde se sigue que realmente no tienen una de las principales cualidades de la propiedad: la de disponer de la cosa. El hecho de que puedan vender los bienes, cumpliendo ciertos requisitos, no prueba que los poseedores provisionales sean propietarios, porque se puede vender aun la cosa ajena. Además, el artículo 73 nos habla de que los poseedores actúan como "**representantes**" de la sucesión en las acciones judiciales, y si fueran dueños no tendrían entonces por qué representar a otro.

Realmente, se trata de una **situación jurídica sui generis**, que no puede asimilarse a ninguna otra, para dar lugar a la aplicación (que sería arbitraria) de las reglas de otra institución. Ni la mera tenencia, ni la posesión, ni la propiedad, son idénticas a la "posesión provisional", y ésta se rige precisamente por sus propias reglas que son suficientemente minuciosas.

13. Los poseedores provisionales hacen suyos **los frutos** de las cosas recibidas. La ley les considera, en este punto como poseedores de buena fe, y por eso tienen derecho de hacer suyos los frutos, como lo prescribe el artículo 75 en especial, y de modo más general el artículo 681 del Código Civil, para los poseedores de buena fe en general.

14. Los poseedores provisionales **representen a la sucesión**. No es ésta una representación legal en el estricto sentido en que se define en el artículo 28 del C. C., pero sí una figura análoga. Los poseedores pueden ejercer las acciones judiciales, o intervenir en juicios como demandados en la misma forma en que lo harían si realmente fueran herederos. Asumen la misma situación jurídica que los verdaderos herederos, aunque no lo sean sino presuntos. Probablemente sean ellos los herederos; y naturalmente, no cabe representarse a sí mismo, pero sí es lógico actuar "como si fueran heredero", ya que lo más seguro es que realmente lo sean.

15. En virtud del decreto de posesión provisional, los herederos presuntivos pueden **enajenar los muebles con la autorización del juez**, oído el Ministerio Público. No exige la ley causa de necesidad o de utilidad, para que el juez autorice esta venta, a diferencia de lo que inmediatamente veremos que se establece para los inmuebles. Basta, pues, que al Juez le parezca conveniente. Es lógico que si se trata de bienes muebles de gran valor el Juez debe obrar con mucha

[70] Borja, ob. cit. II, No. 206, p. 283.

circunspección, y no autorizar arbitrariamente la enajenación de aquellos bienes, que tal vez tienen mayor valor que los inmuebles, sobre todo, si por las circunstancias, todavía hay alguna esperanza de la sobrevivencia del desaparecido.

16. Los **inmuebles** pueden enajenarse o hipotecarse, pero solamente "por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa y con audiencia del Ministerio Público". Habría causa necesaria, por ejemplo, si no existieran otros bienes con los cuales pagar deudas del desaparecido; y se daría utilidad evidente en la venta de un bien raíz improductivo, en un precio superior a su valor corriente, sobre todo si existe la posibilidad de invertir el dinero en otros bienes reproductivos.

Afirma Don Luis Felipe Borja que "la sentencia que autoriza para vender los bienes raíces del desaparecido, no pasa en autoridad de cosa juzgada, y que, por lo mismo, el desaparecido o sus herederos pueden manifestar que no hubo la pretensa necesidad o utilidad".[71] Pero considero que esa impugnación por parte del desaparecido o de los verdaderos herederos, no podría conducir a declarar nula la venta, porque los poseedores se presume que obran de buena fe. Tal vez, probada la mala fe, daría lugar a la indemnización de perjuicios por parte de dichos poseedores, y eventualmente, por parte del Juez.

17. En todo caso, la venta de los bienes del desaparecido debe hacerse **en subasta pública**. En esta forma se garantiza mejor los intereses del desaparecido. "Cuando los poseedores provisionales enajenan los bienes raíces sin autorización judicial o sin subasta, la enajenación adolece de nulidad relativa; pues el vicio del contrato consiste en la incapacidad particular del vendedor" dice Borja, y concluye que "como los poseedores provisionales son dueños de los bienes, ni ellos ni sus herederos podrían alegar la nulidad de que el contrato adolece".[72] Creo, sin embargo, que nos hallamos más bien ante un requisito de forma o solemnidad esencial, que produce la nulidad absoluta; si se tiene en cuenta que la ley trata de proteger al máximo los intereses del desaparecido, llegaremos a la misma conclusión. Desde luego, el poseedor que obra de mala fe, no podría beneficiarse de su propia actuación dolosa pidiendo él mismo la nulidad del negocio que no le hubiera resultado beneficioso.

18. Los poseedores provisionales deben **formar inventario solemne** de los bienes del desaparecido.

---

71 Borja, ob. cit. II, No. 220, p. 304
72 Borja, ob. cit. II, No. 222, p. 304.

Considero aplicables al inventario, las disposiciones relativas al inventario de los bienes pupilares, que debe hacer el guardador según lo prescriben los artículos 421 a 432 del Código Civil. Particularmente debe tenerse en cuenta que dicho inventario debe contener todos los bienes que reciban los herederos presuntos, aunque no conste que pertenecían en propiedad al desaparecido. Este criterio se confirma con lo dispuesto en el artículo 1298 que se remite, para gozar del beneficio de inventario en todo lo relativo a las formalidades del inventario que debe hacerse en las sucesiones, a lo dispuesto para los curadores.

La Ley debería establecer un **plazo** dentro del cual deba realizarse este inventario y las consecuencias de la demora o de la omisión. Aplicando las reglas generales, tenemos que concluir que un defecto en el inventario no puede perjudicar al desaparecido y que, por tanto, si vuelve puede reclamar también los bienes que por error o mala fe no figuren en el inventario si prueba que realmente existieron. Por otra parte, si no se hace inventario desde luego, los poseedores provisionales no pueden alegar "beneficio de inventario" y estarán obligados sin límite frente a los acreedores del desaparecido.

19. **Se disuelve la sociedad conyugal.** Esto no significa que se disuelva el matrimonio, desde luego, sino solamente la sociedad conyugal o sociedad de bienes entre los cónyuges, y debe procederse a su liquidación para que el cónyuge sobreviviente reciba lo que le corresponde a título de bienes propios, restituciones, ganancias, compensaciones, etc.

20. Se procede a la **apertura y publicación** del testamento del desaparecido si hubiere dejado alguno. Aunque el testamento se abre solamente a raíz y como consecuencia de la posesión provisional, sin embargo, la sucesión hereditaria se considera abierta desde el momento de la muerte –o sea desde la fecha presuntiva señalada por el juez–, conforme al artículo 997 del CC. y esa fecha determinará la aplicabilidad y legalidad del testamento.

21. Los poseedores provisionales deben **prestar caución** de conservación y restitución de los bienes que reciben.

22. Otro efecto de la posesión provisional consiste en que **da término a la curaduría** del ausente, según lo prescribe, el artículo 512 del Código Civil.

23. **Efectos de la posesión definitiva**

La posesión definitiva se concede por decreto judicial normalmente al cabo de quince años de la fecha de las últimas noticias del desaparecido. Puede concederse también a sólo seis meses de esa fecha, si el desaparecido sufrió algún accidente que pudo ser mortal, o al cabo de tres años de las últimas noticias, si el desaparecido ha cumplido ochenta años desde el nacimiento. En estas dos

últimas circunstancias se puede pasar directamente a la posesión definitiva, sin que preceda la posesión provisional, y en tales casos, naturalmente la posesión definitiva produce también los efectos propios de la provisional (apertura del testamento, disolución de la sociedad conyugal, etc.), siempre que no sean incompatibles con los efectos propios de la posesión definitiva (así por ejemplo, no hay lugar a la obligación de prestar caución).

Los efectos de la posesión definitiva se señalan, principalmente en los artículos 76 y 77.

Art. 76: "Si durante la posesión provisional no volviere el desaparecido, o no se tuviere noticias que motivaren la distribución de los bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 74 y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado.

Si no hubiere precedido posesión provisional, por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido, según las reglas generales".[73]

Art. 77: "Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuarios o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte".[74]

El decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido produce, en una palabra, todos los efectos que normalmente produce la muerte natural, aunque limitados por la posibilidad de modificarse en caso de reaparecimiento del presunto muerto. Pero el Código Civil señala especialmente estos efectos:

24. Se cancelan las **cauciones** que debieron prestar los herederos presuntivos, si precedió la posesión provisional. Efectivamente, ahora su situación se asimila al máximo a la de un heredero corriente, y en principio no tienen que responder ante nadie de los bienes que reciben como suyos.

25. Adquieren los herederos presuntivos la facultad de **enajenar libremente** los bienes, muebles o inmuebles presuntivos, sin que sea precisa ninguna autorización judicial, ni mucho menos demostración de necesidad o utilidad.

---

[73] Concordancias: CC: 104, 1015, 1016, 1019, 1043.
CPC: 275.
CCo. 693

[74] Concordancias: CC: 767, 796, 1018, 1328, 1381

Claro Solar observa que "según esto, los poseedores definitivos no están obligados a devolver el precio recibido por los bienes del desaparecido que hubieren vendido, y esto es contrario a todo principio de equidad. El sistema del Código tiene la ventaja de evitar las dificultades a que podría prestarse el determinar si los valores que tienen actualmente los poseedores definitivos provienen del precio de los bienes enajenados o de otras fuentes. De este modo la restitución se facilita; pero autoriza a los poseedores para enriquecerse con bienes que no les pertenecen y se fomenta en ellos el propósito de enriquecimiento, puesto que sabiendo que no tendrán que restituir el precio los poseedores definitivos se apresurarán a enajenar los bienes".[75] Parece, sin embargo, excesivamente severa esta crítica al Código, porque si se tiene en cuenta la grande cautela que sigue para llegar a conceder la posesión definitiva el caso del reaparecimiento del presunto muerto es casi imposible, en todo caso rarísimo, y más raro será todavía el que se justifique la devolución de unos bienes a quien los ha abandonado por tiempo, tan prolongado.

26. **Se disuelve el matrimonio.** Naturalmente eso se refiere al vínculo civil, ya que el vínculo propiamente dicho, es decir el que conforme al Derecho Natural y al Derecho Positivo Divino contrae un católico mediante el Sacramento del Matrimonio, no corresponde al Estado legislar sobre él, sino a la Iglesia. Pero aún respecto del simple matrimonio civil, si éste existe (por ejemplo para las personas sin religión), tiene igualmente que someterse al Derecho Natural, y según éste, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte verdadera, de modo que es inexacta la expresión de nuestro Código. Lo justo sería declarar que no existe impedimento civil de vínculo matrimonial para que el cónyuge sobreviviente contraiga un nuevo matrimonio, pero que si reaparece el presunto muerto, el segundo matrimonio debe declararse nulo (aunque putativo) y en plena vigencia el primero, que realmente no se ha disuelto si es que el cónyuge desaparecido realmente no ha muerto. Sin embargo, la solución dada por nuestro Código se aparta de estas reglas de sana lógica, y declara disuelto el matrimonio del desaparecido, de tal modo que si volviera tendría que celebrar nuevo matrimonio con su ex cónyuge para ser considerado legalmente como marido o mujer.

27. Se **consolidan los derechos** de usufructo, fideicomiso, u otros que dependan de la condición de morir el desaparecido. En general, el decreto de posesión definitiva, como queda dicho, produce los efectos de la prueba de la muerte verdadera.

En el campo del Derecho Comercial, tenemos la disposición del artículo 693 del Código de Comercio que dice así: "Ni la mera ausencia, ni la desaparición de la persona cuya vida haya sido asegurada, hace exigible la cantidad prometida por

[75] Claro Solar, ob. cit. I, p. 257.

el asegurador, a no ser que los interesados estipulen otra cosa. Pero si los herederos presuntos del desaparecido obtuvieren la posesión definitiva, podrá exigirse el pago de la cantidad prometida por el asegurador, bajo condición de restituirla, si el ausente apareciera".

28. Los legatarios tienen derecho de **reclamar sus legados**. Con razón deducen de lo dispuesto en el artículo 77 –y Claro Solar– que los legatarios aunque se hubiere abierto el testamento, no pueden reclamar sus derechos con la sola posesión provisional, ya que solamente se les confiere este derecho en la posesión definitiva.[76]

29. Se producen todos aquellos otros efectos propios de la posesión provisional, si ésta no precedió a la definitiva, salvo aquellos efectos incompatibles con la posesión definitiva. Concretamente: se abre el testamento y termina la sociedad conyugal, debiendo procederse a su liquidación.

30. **Quién debe probar la muerte**

En términos generales debe probar la muerte de una persona, todo aquel que pretende **hacer valer un derecho** que dependa de dicha muerte, así, por ejemplo, el que pretenda heredar, el que reclama la consolidación de la propiedad por la muerte del usufructuario, etc.

Muchas veces, será preciso probar, no solamente el hecho de la muerte, sino también su **fecha**, porque de ella puede depender el principio y el fin de un derecho de otra persona, por ejemplo, en las mismas herencias, o en las obligaciones subordinadas a la vida o a la muerte de alguien, etc.

Pero, una vez declarada judicialmente la muerte presunta de un sujeto, naturalmente ya no hay necesidad de prueba respecto del hecho de la muerte, y se tiene como fecha de la muerte, la señalada por el juez.

Si alguien pretendiera un derecho a base del supuesto de que el desaparecido no haya muerto, o haya fallecido en otra fecha distinta (antes o después de la fijada presuntivamente por el juez), dicha persona interesada tendrá que probar lo que le interesa, y si logra probar, caerá la presunción, porque esta presunción es simplemente legal y cede ante la realidad probada de modo competente. Así lo establece con claridad el artículo 78.

Art. 78: "El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se pre-

[76] Borja, ob cit II. No. 203. p. 280 y Claro Solar I. p. 242.

sente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

Y por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna".[77]

31. **Revocación y sus efectos**

Aún después de decretada la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, en favor de sus herederos presuntivos, la presunción **cede ante la realidad** comprobada, y por tanto, dicho decreto puede ser revocado. Con mayor razón, aunque el Código no lo mencione, pueden revocarse los decretos anteriores: de posesión provisional o aquel que fija la fecha de la muerte presunta.

Art. 79: "El decreto de posesión definitiva, podrá revocarse a favor del desaparecido, si volviere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época".[78]

Art. 80: "En la revocatoria del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen:

1. El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia;

2. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte;

3. Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren;

4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos;

5. Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria; y,

---

77 Concordancias: CC: 32, 1725, 1742

78 Concordancias: CC: 1227, 1736
CSB: 83
CPC: 275.
CPP: 385, 386.

6. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.[79]

Ante todo hay que observar que la palabra "rescisión" no estaba empleada con propiedad. Se rescinde un acto o contrato que adolece de un vicio que produce nulidad relativa; pedir la rescisión es pedir la anulación. El artículo 80 debió, pues, decir más bien que se puede "revocar" el decreto de posesión definitiva. Se revocan los decretos o sentencias judiciales. Alessandri anota, acertadamente, que la prueba de que no hay rescisión "es la circunstancia de que no se retrotraen sus efectos a una fecha anterior".[80] Por esto, se reformó el Código en 1970 y ahora ya dice "**revocatoria**".

Es importante esta observación de D. Luis Felipe Borja sobre la revocatoria del decreto de posesión definitiva: "Una de las diferencias entre la posesión provisional y la definitiva consiste en que los efectos de la primera se extinguen, por el ministerio de la ley, tan luego como el desaparecido reaparece o se tienen noticias ciertas de su muerte; al paso que la sentencia en que se concede la posesión definitiva debe declararse resuelta por otra sentencia, y sólo a favor de las personas enumeradas por la ley taxativamente".[81]

Pueden **pedir que se revoque** el decreto: el propio desaparecido, el cónyuge o los legitimarios habidos en el tiempo de la desaparición, según el artículo 79. Pero la Ley debería ser más amplia en este punto, efectivamente, Borja indica que el desaparecido podría haber hecho testamento durante su ausencia y sería lógico que los herederos testamentarios, aunque no sean legitimarios, pudieran también pedir la revocatoria del decreto para hacer valer sus derechos. Y por mi parte, me parece que también otras personas que hayan contratado con el desaparecido deberían tener también ese derecho; ¿qué prueba más fehaciente de la falsedad de la presunción de muerte que la presentación de una escritura de venta de un inmueble, por ejemplo, celebrada por el desaparecido?, y en tal caso, el adquirente de la propiedad debería poder provocar la revocatoria del decreto de posesión definitiva.

Es muy lógico que si, quien reclama sea el propio desaparecido, pueda hacerlo **en cualquier tiempo**. No seria admisible que prescriba esta acción: repugnaría totalmente a la razón que una persona viva tenga que ser considerada como muerta contra la realidad de las cosas.

En cambio, si quienes reclaman son el cónyuge o los legitimarios, lo que reclamarán no es que el desaparecido no ha muerto, sino que no ha muerto en la fecha que se suponía, de donde deriva su derecho. Por esto, también es lógico lo

79 Concordancias: CC: 614, 740, 741, 970, 971, 1742, 2436, 2439
80 Alessandri y Somarriva, ob. cit. I, p. 801.
81 Borja, ob. cit. II, No. 241, p. 336

que dispone la ley: ellos sólo pueden reclamar dentro de los respectivos plazos de **prescripción**.

Pero sucede que, como en 1956 se redujeron los plazos de prescripción, y en cambio no se alteraron los relativos al trámite de la presunción de muerte, difícilmente podría darse el caso de que los herederos legitimarios o el cónyuge del desaparecido habidos durante el desaparecimiento puedan pedir la revocatoria del decreto de posesión definitiva porque normalmente no estarán dentro de los plazos de prescripción. En 1970 se corrigió este defecto, como he dicho, ya que redujimos los plazos a la mitad.

Se puede pedir la revocatoria por **tres causas**: a) o bien porque el desaparecido se vuelve a presentar; b) o bien porque de otras maneras consta que está vivo (por ejemplo, interviene en una escritura, o hay testigos que lo han visto); c) o, finalmente, porque se prueba que realmente ha muerto, pero en fecha distinta de la presunta (por ejemplo se encuentra la correspondiente partida de defunción ocurrida en otro lugar).

En todo caso, si se revoca el decreto de posesión definitiva, éste produce una serie de efectos, pero no la vuelta de las cosas a su estado primitivo, anterior al decreto. Así por ejemplo, el matrimonio disuelto por la posesión definitiva no se restablece, igualmente, la sociedad conyugal, y si se abrió un testamento cerrado este documento se anula de modo que no puede regir la sucesión de esa persona si llega realmente a morir después de la fecha de la apertura, etc.

El reaparecido o sus verdaderos herederos tienen derecho a que se les entregue los bienes pero solamente **en el estado en que se hallen**. Subsisten las enajenaciones y las hipotecas (la ley debería referirse en general a los gravámenes, aunque no sean hipotecarios).

Los poseedores definitivos son considerados como **poseedores de buena fe**, por el artículo 81 salvo prueba en contrario. Y en cierto modo se les considera mejor que a poseedores de buena fe, pues, según el artículo 970 el poseedor de buena fe "no es responsable de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo destruyendo un bosque o arbolado, y venciendo la madera o leña, o empleándola en beneficio suyo". Pero el poseedor definitivo no responde ni aunque se hubiere enriquecido con la venta o destrucción de la cosa. Solamente responde el poseedor definitivo si se prueba que obró de mala fe, es decir, si se destruye la presunción de buena fe que le favorece.

Desde luego, hay **mala fe**, si un poseedor definitivo ha sabido y ha ocultado la verdadera muerte del desaparecido o su existencia. En tal caso responderá el poseedor definitivo como poseedor de mala fe: debe restituir los frutos, indemnizar de todo perjuicio, incluso producido por culpa levísima, y no tendrá dere-

cho a reclamar nada por las mejoras que hubiere podido hacer en las cosas injustamente poseídas por él.

Como los poseedores definitivos podían enajenar libremente las cosas del desaparecido, naturalmente no están obligados a restituir las que han enajenado, pero la ley podía haber dispuesto que en ese caso restituyeran su precio, sin embargo, ha optado por la solución contraria: no están obligados tampoco a restituir el precio.

En otras legislaciones sí se obliga a la restitución del precio, así por ejemplo en la francesa, pero aunque en el Proyecto Inédito se seguía también ese sistema, la Comisión Revisora, a petición del mismo Don Andrés Bello –como anota Alessandri–,[82] reformó el proyecto en el sentido de que no se puede pedir el precio. Esta solución estimula a que los poseedores provisionales procuren enajenar los bienes que reciban, pues entonces hacen suyo el precio –sin lugar a restitución–, mientras que si conservan las especies deben restituirlas al reaparecido.

Aún en el campo penal el reaparecimiento del que se presumía muerto, tiene trascendencia. Los artículos 385 y 386 del Código de Procedimiento Penal dan lugar al recurso de revisión de la sentencia penal en tales casos. Podría suceder, por ejemplo, que se hubiera considerado muerta a la víctima de una agresión, y que luego resulte viva, y entonces evidentemente no habría homicidio. También podría suceder que aparezca vivo el verdadero culpable de un delito y se reconozca entonces la inocencia de otra persona falsamente condenada.

Según el artículo 83 del Código Sánchez de Bustamante la presunción de muerte por desaparecimiento tiene eficacia **extraterritorial** y también la tiene su cesación, de modo que si en el extranjero hicieran valer sus derechos el cónyuge o los legitimarios del desaparecido, también en el Ecuador debería reconocerse tales derechos.

FUNDADA EN 1620 QUITO

[82] Alessandri, ob. cit. I, p. 804.

ÍNDICE

Presentación

págs.

A.0.	Abramos la puerta	1
A.1.	Admirable orden del universo	11
A.2.	Explicación de los cambios en el universo	14
A.3.	Lo necesario y lo contingente	15
A.4.	Los grados de perfección de los seres	17
A.5.	Otros argumentos que nos acercan a Dios	18
A.6.	Ayudas de la razón y libertad religiosa	20
A.7.	Acciones protectoras del ambiente	22
A.8.	Admirable civismo	30
A.9.	Aprecio de la vida humana	32
A.10.	Abuso del derecho	34
A.11.	Acto	34
A.13.	Administración	36
B.	Biblia. Instituciones Jurídicas en la Biblia	38
B.1.	La guerra en la Biblia	39
B.2.	La libertad en la Biblia	41
B.3.	Biblia: Ley antigua y nueva ley	43
B.4.	Biblia: La persona humana	45
B.5.	Biblia: El trabajo	47
B.6.	Biblia: El trabajo en el Nuevo Testamento	47
B.7.	Biblia: El trabajo femenino	50
B.8.	Biblia: La familia	52
B.9.	Condición de la mujer en el Nuevo Testamento	55
B.10.	Biblia: La propiedad	58
B.11.	Biblia: Resurrección y reencarnación	61
B.12.	Biblia: El año sabático hebreo	64
B.13.	Biblia: Pena de muerte	65
B.14.	Bienes	68
B.15.	Buenas costumbres	76
B.16.	Buena y mala fe	78
C.1.	Civil: Derecho Civil	78
C.2.	Código	79
C.3.	Constitución	79

D.1.	Daño	87
D.2.	Deber, deudor	88
D.3.	Descentralización administrativa	89
D.4.	Descentralización con sabiduría	90
D.5.	Descentralización con prudencia	91
D.6.	Descentralizacion 'flexible'	93
D.7.	Descentralización de la educación	94
E.1.	Error	96
E.2.	Escritura	99
F.1.	Familia	100
F.2.	Familia y educación	101
F.3.	Fuentes del derecho positivo	110
G.1.	Garantía	111
G.2.	Grandes problemas de hoy	112
H.1.	Heredero, herencia	113
I.1.	Iglesia	114
I.2.	Indemnización, indemne	115
I.3.	Indisolubilidad	116
I.4.	Internacional	118
I.5.	Interpretación, interpretar	118
J.1.	Justicia	119
J.2.	Jurisprudencia	119
L.1.	Ley	120
L.2.	Ley, en el Código Civil	120
L.3.	Ley, su constitucionalidad	123
L.4.	Libertad	124
M.1.	Mala fe	125
M.2.	Matrimonio	126
M.3.	Mora	130
M.4.	Moral	132
M.5.	Muerte	133
M.6.	Mujer	135
M.7.	Mutuo	135
N.1.	Nación	136
N.2.	Nacionalidad	137

P.1.	Pena	150
P.2.	Persona	151
P.3.	Posesión, poseer, poseedor	153
P.4.	Propiedad o dominio	154
P.5.	Propiedad: Responsabilidad por la propiedad	156
P.6.	Propiedad horizontal	156
R.1.	Rescisión, resolución y revocatoria	157
R.2.	Responsabilidad	158
R.3.	Responsabilidad por cuasidelitos	158
S.1.	Social: Cuestiones sociales	175
S.2.	Sociedad	189
T.1.	Temor, temer	193
T.2.	Tenedor, tenencia	194
V.1.	Vida y derecho	195
V.2.	Vida y nacimiento	200
V.3.	Vida y muerte	213

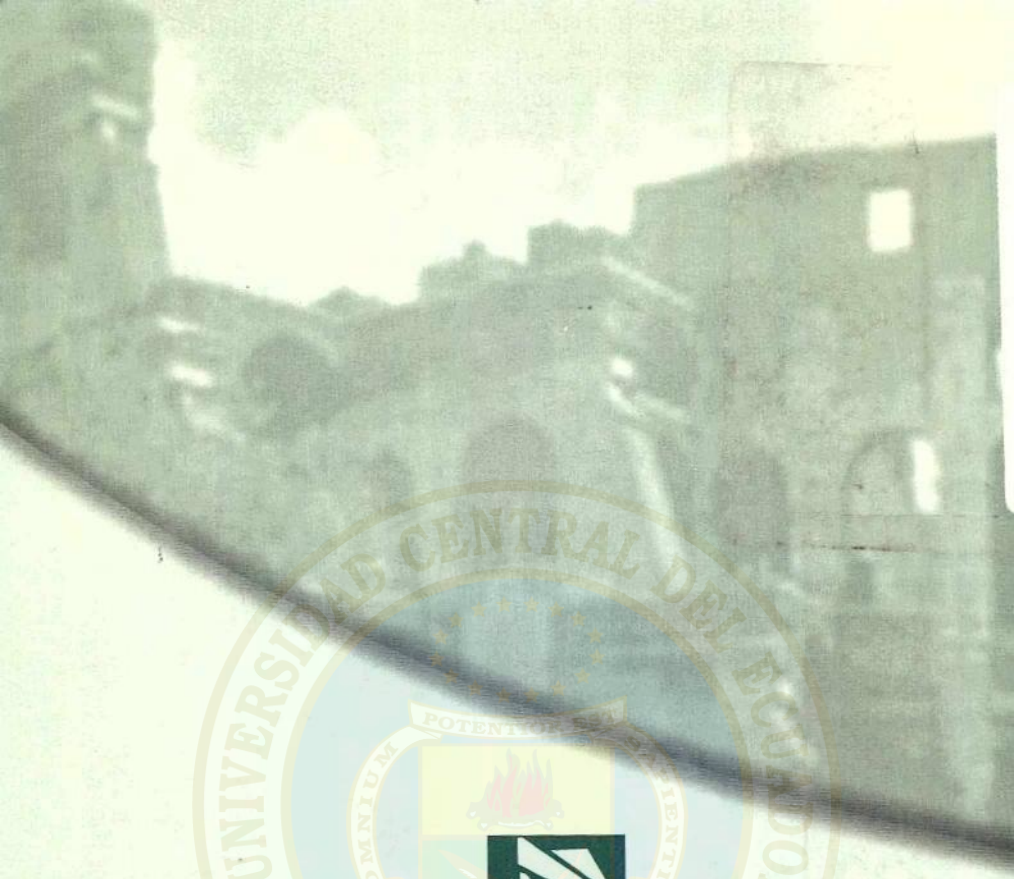
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

Acuña E2 - 02 y Agama
Telfs.: (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax. (593-2) 2226-256
Apartado 172100186
Quito

Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando
Centro Comercial Garzocentro 2000. Local 901
Telf.: (593-4) 2279 - 035
Guayaquil

H. Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf.: (593-7) 2837 - 281
Cuenca

ISBN 9978-86-607-8

9 789978 866078

Precio: USD 15,00