HISTORIA

DEL

DERECHO CIVIL ECUATORIANO

POR

BENJAMIN CEVALLOS ARIZAGA,

Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia

TOMO SEGUNDO

Talleres Gráficos Nacionales

1 9 6 4

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIORI SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

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:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
02	08	03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:


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

alta: 5011265 Pol
347.09
C424
T.2 Pol

Donación del
DR. ANGEL MODESTO PAREDES
a la E. C. I
Universidad Central

HISTORIA
DEL
DERECHO CIVIL ECUATORIANO

R B

POR

BENJAMIN CEVALLOS ARIZAGA,
Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia.

TOMO SEGUNDO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
ESCUELA DE CIENCIAS INTERNACIONALES
BIBLIOTECA

SIB - UCE

QUITO – ECUADOR

CAPITULO VI

LA NUEVA ETAPA DEL ESFUERZO CODIFICADOR

Sumario: 173.—Introducción.— 174.—Ediciones del Código civil y sus reformas.— 175.—Comentario.— 176.—Disparidad de criterios al tratarse del punto referente a las definiciones del matrimonio y del dominio.— 177.—Consulta de la Comisión Legislativa que hizo la edición del Código civil en el año de 1960.— 178.—Comentario.— 179.—Las nuevas concepciones jurídicas sobre dominio territorial del Estado y Soberanía marítima.— 180.—Del estado civil y sus pruebas.— 181.—Antecedentes históricos del Registro Civil.— Su origen religioso.— 182.—Fecha inicial del Registro Civil.— 183.—De las Oficinas del Registro Civil.— Estructura jurídico-administrativa de los servicios del mismo.— 184.—Del Registro de Nacimientos.— 185.—Del Registro de Matrimonios.— 186.—Del Registro de Reconocimientos, de Legitimaciones y de Adopciones.— 187.—Del Registro de Defunciones.— 188.—Reforma de 20 de agosto de 1925.

173.—Introducción

El progreso del derecho objetivo, como todo progreso, no se detiene jamás. Como está ese derecho invívito en la conciencia de los pueblos y es el producto natural del carácter de éstos, evoluciona de acuerdo con el espíritu inmortal que los inflama.

Nuestro Código civil del siglo pasado, que nos ha regido durante cien años, pese a todas las transformaciones de la vida social, cristalizó un estado de conciencia jurídica en una época en que el Derecho civil tenía un sentido de ordenación y de garantía influído por la tradición romana, a través de la legislación francesa y española, con fondo predominantemente individualista.

El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a todos los individuos y los grupos. El sistema jurídico—privatista era de orden metafísico, el nuevo sistema que se elabora es de orden socialista.

Las características más importantes de esta tendencia socializadora son: la intervención de la autoridad social en las relaciones privadas, entregadas hasta ahora al arbitrio individual y a las convenciones de las partes. Y, como consecuencia de lo anterior, la penetración cada vez más profunda del Derecho público, con su carácter imperativo, en el campo del Derecho privado.

Las instituciones fundamentales iusprivatistas, familia, tutela, propiedad y contratación, llevan, cada día más, adheridos elementos propios del Derecho público, o se orientan en sentido público.

La consecuencia lógica de esta orientación del nuevo Derecho es el intervencionismo.

Pero claro está, no basta con apreciar el derrumbamiento del sistema individualista; en el cambio y evolución constantes del Derecho aparecen las nuevas doctrinas socializantes, que, descansando en una concepción exclusivamente realista, eliminan poco a poco la concepción metafísica del Derecho subjetivo, para partir de una base nueva: la función social.

El hombre no tiene derechos de por sí anteriores a la sociedad o, en el sentido de **Dernburg**, anteriores a la colectividad. La sociedad, por su parte, tampoco tiene derechos sobre el individuo; pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función a cumplir, una cierta tarea a ejecutar. Y es esa, precisamente, la regla de Derecho que se impone a todos, gobernantes y gobernados.

No se puede hablar, según esta tendencia, de derechos del individuo, porque estos derechos a **priori** no existen; tampoco se puede hablar de derechos de la sociedad, ni de ninguna pretendida conciliación de los derechos del individuo con los de la sociedad, porque todo ello no son más que lucubraciones de los sistemas jurídicos anteriores.

El hombre tiene una función que cumplir, que no puede dejar de ejecutar, porque de esta abstención nace el desorden o, cuando menos, un perjuicio social. Todos los actos contrarios a esta función han de ser socialmente reprimidos, y, por el contrario, todos los actos realizados para cumplirle han de ser socialmente garantizados y protegidos.

Los hombres viven unidos los unos a los otros en una misma sociedad, primero porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vi-

da en común, tal es la solidaridad e interdependencia por semejanzas. Por otra parte, los hombres están unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes, y al mismo tiempo aptitudes diferentes, y pueden, por tanto, ayudarse en mutuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. En esto consiste la solidaridad o interdependencia social por la división del trabajo.

Todo ello implica la más profunda transformación del antiguo sistema individualista de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Código de Napoleón.

Vamos a examinar esta transformación, cómo se ha operado sobre los elementos fundamentales del sistema subjetivista la libertad individual, la inviolabilidad del derecho de propiedad, el contrato y la responsabilidad individual por culpa, pilares que sostienen todo el edificio subjetivista del Código napoleónico.

Concebida en aquel sistema la libertad como un derecho subjetivo del individuo, el hombre tiene derecho a desenvolver libremente su actividad física, intelectual y moral, y el Estado nada puede hacer que atente contra este derecho y sólo le cabe regularlo en la medida necesaria para garantizar la libertad de los demás.

En el moderno desarrollo del Derecho privado, numerosas disposiciones del legislador se hallan en contradicción formal con aquellos principios. En grados diversos nos encontramos en la actualidad con numerosas leyes, no ya emanadas de un estado de excepción derivado de las circunstancias bélicas, sino de la vida corriente y normal de los Estados, que restringen en interés mismo del individuo su actividad; otras que le imponen obligaciones de enseñanza, de previsión, en los seguros sociales obligatorios, etc., que al restringir la libertad individual, en la forma que se entendía por las escuelas liberales, no son sino otros tantos jalones de la evolución jurídica hacia una nueva concepción, en la que la libertad humana deja de ser un derecho subjetivo del hombre, sino consecuencia del deber de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social.

Otro de los principios fundamentales del sistema individualista del Derecho, es el principio de la autonomía de la voluntad.

La doctrina clásica de la propiedad permitía al dueño usar, gozar y disponer de la cosa, y por ello tenía igualmenderecho a no usar, no gozar, no disponer de la misma. El carácter absoluto de la propiedad eximía al dueño de toda responsabilidad cualquiera que fuera el uso que hiciera de la misma.

Toda esta concepción de la propiedad ha iniciado su desmoronamiento a embates de la moderna técnica jurídica, y en la actualidad casi ninguno de aquellos principios, básicos en el régimen de propiedad de las antiguas tenedencias jurídicas, tiene valor.

La propiedad como derecho subjetivo, es una concepción de orden puramente metafísico, en contradicción con el positivismo moderno. Es decir, la fórmula del derecho de propiedad en la técnica jurídica moderna, ha dejado de ser el Derecho subjetivo del propietario, para convertirse en la función social del tenedor de la riqueza.

En resumen, una nueva Revolución, en el mejor y más amplio sentido de la palabra, conmueve los cimientos del Derecho, como ocurrió en 1789, aunque ahora en sus líneas jurídicas fundamentales, va contra los principios de la Revolución Francesa. La esencia del Derecho postula su dinámica. Pero el fenómeno actual es más profundo y no afecta sólo a aspectos jurídicos concretos, sino a conceptos fundamentales, la misma esencia y fin del Derecho. Para sorprender la realidad hay que proporcionarse la perspectiva, y ello sólo es posible con la visión de conjunto de las transformaciones que agitan al mundo jurídico o a un determinado aspecto de él: al Derecho civil. Y no sólo al hombre como tal interesa conocer el perfil jurídico de su época, sino que el jurista de la hora actual no puede permanecer al margen de los acontecimientos políticos, puesto, que, quiera o no, tiene que vivirlos, ya que el Derecho es vida.

Como se sabe, el Código civil que perdura entre nosotros en esencia, pues sólo ha sufrido complementaciones y ampliaciones, es el del 60, cuyas concepciones datan del siglo XVIII y se remontan al Derecho romano.

Laurent, que junto con **Demolombe**, **Aubry** y **Rau** comparte una gran fama en el pasado siglo, citando a **Portalis**, con ocasión de hablar de las innovaciones legislativas, adopta la siguiente: "Se discurre a menudo como si el género humano acabase y comenzase a cada instante sin ninguna especie de comunicación entre una generación y la que ocupa su lugar. Las generaciones, al sucederse, se mezclan, se enlazan y se confunden. Un legislador aislaría sus instituciones de todo lo que pueda naturalizarse en la tierra si no observase cuidadosamente las relaciones naturales que ligan siempre, más o menos, el presente con el pasado y el porvenir con el presente, y hacen que un pueblo no cese nunca, en cierta manera, de parecerse a sí mismo". Y de su patrimonio, indiscutiblemente rico, el gran profesor de Gante, expone: "el derecho es uno de los elementos esenciales que constituyen la vida de

los pueblos, no se puede cambiar en un solo día como tampoco se cambiaría de esa suerte el idioma o la religión.

En sentido semejante, **Henry de Page**, que viene ocupando en Bélgica, en cuanto a renombre de sabio se refiere, el claro sitial que dejara vacante la muerte de **Laurent**, expone: "Entre los "clásico" y lo "moderno", no existe, aunque se crea, ninguna antimonía; no hay sino la puerilidad de los que creen poder crear algo nuevo sin contar con la experiencia de los siglos. Lo clásico no reside en el fondo de las ideas humanas sino en su forma. Una idea nueva juiciosamente concebida y claramente expresada, es una idea clásica.

Reiterando ideas ya expresadas anteriormente, podemos afirmar que la época actual se caracteriza por la necesidad de abordar y resolver los problemas que inquietan la justicia universal, cuya resolución es perentoria, no basta ignorarlos para que no existan ni es suficiente aplazarlos para aminorar su urgencia, a menos que por un milagro de proporciones inauditas logremos sustraernos a la realidad, zafándonos, por lo menos de las fuerzas materiales que resultan de la perfección del motor y de la ruta, la seguridad del ala mecánica y la precisa dirección del éter, que, combinadas han modificado las nociones del espacio y del tiempo, empequeñecido la geografía e investido de proporciones gigantescas al espíritu humano.

A esos problemas se refiere el profesor **Josserand**, cuando dice:..... "Se advierte, en todos los países de civilización equivalente y en una época determinada, tendencias comunes, corrientes de opinión jurídica, una voluntad colectiva tendiente a la realización de reformas que están en el espíritu de la época, que están, por así decirlo, "en el aire", como por ejemplo, en el curso de los años en que vivimos se siente una tendencia a atenuar las desigualdades sociales, a asegurar al hombre y a la mujer los productos de su trabajo, a favorecer el matrimonio y la natalidad, a dar a los sucesos y a los actos jurídicos la mayor publicidad, a prevenir y a reprimir los abusos del derecho.

Tengamos fe en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho. Pero no basta con difundir y proclamar estos principios básicos por todos los confines de la Patria; sino que es además ineludible deber, infundir en el alma nacional la convicción profunda, la seguridad completa y la confianza sólida, de que la Justicia ha de encarnar fundamentalmente en un Poder Judicial soberano, libre de toda influencia extraña a él y garantizado con todos los elementos de aptitud y de sanción eficaz necesarios para conseguir su finalidad esencial, que

no es otra que la de realizar de un modo definitivo la Justicia contenida en el precepto legal.

La Justicia no es una abstracción cuyo nombre suena bien a nuestro oído, sino una realidad tangible, que se siente y percibe, escrita en leyes, representada y hecha por Jueces, diluida en el debate jurídico, oculta a veces en el laberinto de las complejas relaciones sociales, y siempre viva en el espíritu de los hombres.

Las Naciones, en el decurso de su historia, van modelando pacientemente sus instituciones; las que van puliendo y acoplando a la realidad social, acumulando para ello la irrefutable experiencia del pasado. Esta es la irrebatible verdad histórica. Pero cuando las instituciones pierden su esencia dinámica para caer en el estatismo, cuando se han reunido los suficientes elementos de hecho, dotados de la necesaria fuerza explosiva para romper los diques que los retienen impotentemente, el ambiente se satura del deseo incontrastable de renovación porque los hechos son más pujantes que la teoría, que la mera especulación silenciosa. Eso fue precisamente lo que pasó en nuestro país en los años de las reformas, porque el ambiente jurídico y la realidad social que viviamos reclamaban la expedición de leyes nuevas tanto para modificar las disposiciones juzgadas insuficientes o anticuadas, tanto para completar el antiguo Cuerpo legal llenando las lagunas, o legislando sobre materias desconocidas en la época de su promulgación. Las reformas se imponían porque ya era tiempo de revisar nuestra legislación, que se había quedado dormida en la mitad del camino del progreso humano.

Estudiada atentamente la naturaleza de las reformas legislativas operadas entre nosotros y el espíritu que las informa, así como la orientación jurídica del Ecuador en estos últimos sesenta años, podemos señalar dos épocas, perfectamente diferenciadas. En la primera se discuten los problemas relacionados con la familia; en la segunda, época actual, la atención pública, la mentalidad legislativa se sienten inclinados a tratar preferentemente los problemas que se relacionan con la propiedad y el trabajo.

Toda reforma, como es lógico, despierta reacciones; pero hay que revolucionar, vale decir progresar; pero no revolucionar para caotizar sino revolucionar para ordenar con un alto sentido ético y científico: he ahí la pauta para acelerar el desarrollo sociológico de la humanidad. Los enemigos del progreso, verdaderos lastres que retardan todo movimiento proyectado hacia el futuro, están en todas partes; los extremistas también abundan y sobran, porque les hace falta el peso aquilatado de la serenidad y de la cordura. No se legisla a base

de intuiciones sino a base de hechos enraizados en la realidad circundante.

Con espíritu sereno y desde un punto de vista elegido con ecuanimidad, puesto que "la Ley se hace para el término medio de los hombres y debe corresponder al término medio de las ideas", han de acogerse las tendencias que eternamente se disputan el mundo, ambas eminentes y respetables, ambas necesarias para realizar el progreso, la una asistida por un temor vestal cuidadoso de la encendida llama de la Tradición y la otra animada por el bendito fuego de la Novedad.

Pasamos luego a estudiar las reformas que se han hecho sucesivamente a nuestro Código civil, presentando así un ensayo de retrospección y de futuro.

174.—Ediciones del Código civil. Leyes que lo han reformado

En 1869 aprobó la Convención Nacional las reformas que se han transcrito anteriormente, y entre ellas la muy importante de la concesión de la patria potestad a la madre y la que introduce, entre las causas de terminación del contrato de trabajo, el fraude o inexactitud en el pago del salario y la conducta inmoral del amo, primer brote, diremos así, de los nuevos idearios jurídicos sociales. Con tales reformas se hizo la segunda edición del Código civil patrio, que comenzó a regir desde el 10 de Agosto de 1871.

Con las sancionadas en 1873 sobre matrimonio de los no católicos, la tercera, en el año de 1899.

175.—Comentario

Recordemos que el artículo 118 de la primitiva edición, copiando **ad literam** el pertinente original del Código chileno, se expresaba así:

"Los que profesando una religión diferente a la católica, quisieran contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores y demás requisitos; y que declaren, ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer, y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito".

No satisfizo esta disposición al legislador ecuatoriano y la Asamblea de 1869 enmendóla así:

"Los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador deberán sujetarse a las prescripciones de la ley civil, y ocurrir al Ordinario del lugar en que ha de celebrarse dicho matrimonio, para que les prescriba el modo y forma con que hayan de contraerlo; sin estos requisitos no surtirá efectos civiles".

Mas, a vuelta de pocos años reputóse que la nueva forma, análoga en el fondo a la anterior, era inadecuada, sin duda proque la ley civil nada disponía al respecto y se remitía a la canónica. Por tanto, la primera parte de dicho artículo carecía de sentido.

La reforma de 1873 equivalía, en lo substancial, a la primitiva:

"Los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador, deben sujetarse a las prescripciones de las leyes civles y canónicas".

Al dar la Cámara de Diputados segundo debate, el 16 de octubre, al proyecto, manifestaron su franca oposición los señores Estupiñán y Uquillas; y la defendieron los señores León, Acosta, Piedra, Salazar y Freire, quienes expusieron que era preferible disminuyese la inmigración a que se pusiera en peligro la unidad de la fe.

"Nada más absurdo —dice el doctor Borja— por no decir salvaje, que esta disposición, la cual manifiesta que los Congresos del Ecuador eran más católicos que todos los Papas. Los Pontífices romanos han declarado siempre —continúa— que el Derecho Canónico no obliga a los infieles sino en cuanto sea conforme al Derecho Natural; mas, en el Ecuador los mahometanos tienen que casarse sujetándose a las leyes canónicas. **Risun te neatis tis amici!**". (Tomo III, Pág 246).

Los no católicos quedaron colocados en la extraña situación de sujetarse a las leyes canónicas en cuanto a impedimentos y demás requisitos de su matrimonio y representarse para celebrarlo ante un sacerdote que había de procurar a toda costa substraerse a sus peticiones y a quien era casi necesario sorprender para llenar los requisitos y formalidades prescritos por una religión que no profesaban.

En España, donde han tenido fuerza de ley los decretos del Concilio de Trento, en virtud de la aceptación que les prestó Felipe II en 1564, adoptó las reglas de la Iglesia para la celebración del matrimonio, hasta que con ocasión de la Constitución democrática de 1869 que proclamó la libertad de cultos, se dictó la Ley de 18 de junio de 1870 que estableció el matrimonio civil como obligatorio para todos.

Esta ley, sin embargo, tuvo vida efímera. En 1875, el Gobierno de la Regencia que precedió al establecimiento de la nueva monarquía, dispensó a los no católicos de la obligación

impuesta por aquella ley de contraer matrimonio civil y concedió efectos civiles a los matrimonios canónicos; y de acuerdo con el Sumo Pontífice, el legislador español ha establecido en el Código este sistema mixto de matrimonio canónico a que tienen que sujetarse los que profesan la religión católica, y civil, para los no católicos.

En Inglaterra existe también la doble forma de matrimonio, el que se celebra ante un ministro de la Iglesia anglicana que se rige por el ritual de la Iglesia; y para las personas que no aceptan un matrimonio religioso celebrado en estas condiciones, el acta de 1836, ha establecido un matrimonio civil ante funcionarios especiales únicamente, o bien un matrimonio civil mezclado con ceremonias religiosas prescritas por el ritual de la Iglesia a que pertenzcan los contrayentes.

En Francia, la revocación del Edicto de Nantes de 1598, que hizo Luis XIV en octubre de 1685, colocó a los protestantes en la alternativa o de no poder legitimar sus uniones o de perjurar a sus creencias. La Revolución francesa proclamando la libertad de cultos secularizó la legislación.

"Se ha organizado esta gran idea, dice **Portalis**, que es preciso tolerar todo lo que la Providencia tolera; y que la ley, que no puede violentar las opiniones religiosas de los ciudadanos, no debe ver sino franceses como la naturaleza no ve más que hombres". (**Locré**, t. 4, pág. 482).

El legislador ecuatoriano expidió en 1902 la Ley de Matrimonio Civil; en 1912, se la adicionó, admitiendo el divorcio vincular por mutuo consentimiento de los contrayentes.

Posteriormente, en el Libro II, en el título que se refiere a la trascendental materia, se limitó la sucesión intestada sólo hasta el sexto grado. En 1911 se dio la Ley de exclusión de bienes, llamada de **emancipación económica de la mujer casada**, en cuya virtud puede la mujer retirar de la administración del marido sus bienes propios, para administrarlos independientemente, con plena capacidad jurídica, sin necesidad de justificar las causales y seguir los odiosos litigios a que daba lugar el sistema del Código civil.

En 1916, al reformar el Código de Procedimiento civil, se dieron varias importantes disposiciones que, si relacionadas también con ese Código, reformaban a la vez las reglas sustantivas consignadas en el Código civil; como la de que para la venta o hipoteca de bienes raíces de la mujer casada, no se requiere autorización judicial, sino simplemente el consentimiento de la mujer; la que permite y declara válido, bajo ciertas condiciones, la venta de bienes litigiosos. Con dichas reformas se publicó la cuarta edición, en 1930.

Más importante es aún lo relacionado con los hijos ilegítimos; pues el Código civil de 1860 prohibía la indagación de

la paternidad y excluía a los hjios ilegítimos de toda participación en los bienes que dejasen los padres. En la Constitución Política de 1929, entre otras grantías fundamentales se hizo constar las siguientes: "Los hijos ilegítimos tienen derecho también a ser criados y educados por sus padres y a heredarlos en la proporción que determine la Ley". "Establécese el derecho de investigación de la paternidad, en la forma y en los casos que la ley determine". "El Estado a falta de padres, cuidará de crear para los hijos ilegítimos condiciones suficientes para el mejor desarrollo físico, intelectual y social".

El legislador ecuatoriano, advirtiendo que el contrato de trabajo regula un orden de relaciones que pertenecen a la categoría del Derecho Público, lo ha erigido como una entidad autónoma y diferente de las formas comunes de arrendamiento de servicios, una vez que el trabajo desde el punto de vista social, no es una mercancía, ni el trabajador o el obrero, manual o intelectual, puede ser clasifacdo en su actividad profesional como el poseedor o traficante de una mercancía. La tendencia moderna de la dignificación del trabajador en su eminente posición de persona humana, indujo a considerar el contrato de trabajo, como una categoría jurídica, diferente de las formas comunes de locación de servicios, que reglamentaba el Código civil.

Nuestra Legislación Social comenzó con normas enmarcadas en el Código de Policía en 1906, de importancia mínima. Luego en octubre de 1928, se promulgan leyes substanciales en beneficio de los trabajadores, que vale la pena enumerarlas. Ellas son: la Ley sobre el contrato Individual de Trabajo, la del Desahucio del Trabajo, la del Trabajo de Mujeres y Menores y de Protección a la Maternidad, la de Accidentes y de Duración Máxima de Trabajo, la de Descanso Semanal y la de Procedimiento para las acciones Provenientes del Trabajo. En el fondo y en substancia, todos los capítulos fundamentales del Código del Trabajo de 1938 estuvieron ya rigiendo las relaciones entre patronos y trabajadores, diez años antes. El Código sistematizó, armonizó y unificó esa legislación dispersa y que tiene el valor de ser actualmente el "Libro de los Trabajadores, expedido no a título de mera benevolencia hacia los explotados, sino en razón de deuda de estricta justicia vino el gobierno dictatorial del Ingeniero Federico Páez, expidió otra reforma de gran trascendencia: la de 21 de noviembre de 1935. Esta ley modificando o derogando los respectivos artículos, suprimió la calificación de los hijos de dañado ayuntamiento y dejó sólo dos grupos de únicos hijos: legítimos e ilegitimos, abolió el divorcio con subsistencia del vínculo matrimonial, llamado de mera separación de cuerpos, y fijó nuevas causas de divorcio.

Posteriormente, bajo el mismo gobierno de **facto**, se introducen las siguientes reformas fundamentales: la de 1º de diciembre de 1935: declara que las Comunidades Religiosas, Iglesias o Curias, perdieron el carácter de instituciones de Derecho Público, al entrar en vigencia la Constitución Política de 1906; la de 12 de mayo de 1936: deroga el parágrafo 4º del Título II, Libro Primero del Código Civil, relativo a la institución de la muerte civil, declarando a personas consideradas como civilmente muertas, en goce de los derechos civiles inherentes a la personalidad humana; la de 28 de noviembre de 1935: al enmendar la Ley de Impuesto a las Herencias, Donaciones y Legados acuerda una reforma al Código Civil, restringiendo al tercer grado de consanguinidad lateral el derecho a la sucesión, pero dejando a salvo el de representación cuando concurran con herederos de cuarto grado; la de 27 de diciembre de 1935: al dictarse la Ley que crea el Seguro Social Obligatorio y establece el Instituto Nacional de Previsión, limita más aún el derecho de suceder abintestado, restringiéndolo al segundo grado de consanguinidad; exceptuándose la representación que toca a los hijos de los hermanos del difunto, contándose entre ellos la Caja del Seguro que percibe una cuota igual a la mayor que corresponda a los representantes cuando concurran sobrinos de diferentes clases.

El 14 de julio de 1942, el Presidente Constitucional doctor Carlos Arroyo del Río, investido de amplias facultades económicas por el Congreso Nacional, al decretar la Ley del Seguro Social Obligatorio, aclara el contenido de la Ley del Instituto Nacional de Previsión y asigna como contribución del Estado a la Caja del Seguro los recursos "provenientes de las sucesiones intestadas desde el tercer grado colateral de consanguinidad inclusive, **que se hallan abolidas**". Se reconoce nuevamente el derecho de representación de los sobrinos, en la misma proporción fijada en la Ley del Instituto Nacional de Previsión de 1937.

Siempre con el sistema de reformas indirectas, el Congreso de 1950, expidió una reforma a la Ley del Seguro Social Obligatorio, arrabatando a la Caja del Seguro, en beneficio de la Defensa Nacional, los fondos provenientes de la recaudación establecida en el Art. 37, literales a), b) y c) de la ley que se acaba de mencionar.

Cuántas leyes y cuántos Códigos, en fin, promulgados con posterioridad a la cuarta edición del Código Civil de 1930, y muy principalmente el de Enjuiciamiento y el Código del Trabajo, introdujeron modificaciones o derogaciones parciales al derecho común que aquél consagraba: leyes de inembargabilidad de determinados bienes; leyes sobre investigación de la paternidad y maternidad ilegítimas; leyes que han mo-

dificado fundamentalmente el régimen de la sociedad conyugal; el derecho hereditario, en cuanto a los hijos ilegítimos y el grado de parentesco hasta el cual se hereda; otras que derogan capítulos enteros del Código, como el relativo a las relaciones jurídicas entre los padres y los hijos nacidos fuera de matrimonio; leyes sobre adopción de menores, sobre patrimonio familiar, disminución de la tasa del interés legal, de tal suerte que, cuando se consultaba el texto del Código, nunca se estaba seguro de que no haya ley posterior que lo modifique, a menos que se haya tenido la prolijidad de ir anotando pacientemente al margen, todo la legislación dictada en los años posteriores a la codificación de 1930.

Por esto era indispensable la incorporación al texto del Código de todas las modificaciones y ampliaciones de la legislación civil, labor que realizó la Comisión Legislativa, en ejercicio de la facultad que le concede nuestra Carta Fundamental, publicando la quinta edición del Código Civil, en el año de 1950.

176.—Disparidad de criterios al tratarse de las definiciones del matrimonio y del dominio

En algunas cuestiones hubo disparidad de criterios en el seno de la Comisión, como consta de las actas respectivas. Así, por ejemplo, luego de algunas discusiones, se decidió conservar, como elemento de definición del contrato matrimonial, el vocablo "indisolublemente", no obstante la institución del divorcio vincular. Se estimó, por mayoría de votos, "que el divorcio es la excepción y que la excepción no podía alterar el concepto fundamental del matrimonio".

Las leyes que han establecido el divorcio con disolución del vínculo, en verdad, no han alterado ni la redacción ni el espíritu de la institución: pues por las causas expresamente determinadas, puede terminar el matrimonio o disolverse. En cualquiera de los dos sistemas el matrimonio es indisoluble, en principio, y la ley, por esa razón ha empleado expresiones que en apariencia pudieran aparecer redundantes, como el decir que se contrae indisolublemente y **por toda la vida.**

Igualmente, en la definición del dominio —los códigos modernos omiten las definiciones, porque no son tratados didácticos—, se conserva el vocablo "arbitrariamente", pese a la concepción de la propiedad en función social admitida constitucionalmente en el Ecuador desde 1944.

El propietario no tiene ya, en la noción moderna de utilidad social consagrada por nuestra Carta Fundamental, la facultad de gozar y disponer arbitrariamente, de retirar su predio de la actividad económica a que normalmente debe es-

tar destinada. La propiedad es siempre función de la necesidad humana; a veces de ella sola, a veces de ella y del trabajo productor; a veces de ambos y del servicio o utilidad social; porque el trabajo y la utilidad social intensifican las necesidades vitales.

El Derecho romano no habló jamás de derechos que formasen el contenido de la propiedad. Empleó, sí los substantivos **usus, abusos** e incluso los verbos **uti-frui, abuti**. Pero no se encuentran en los textos las expresiones **ius utendi, ius abutendi**, etc. **(Planiol, Traité élémentaire de Droit civil,** I, París, 1920, pág. 2.322). Concedió, pues el Derecho romano un **contenido de hecho característico** de la propiedad, pero no una serie de derechos. La razón fue simplemente que, aceptando en el fondo de su sistema las mismas notas de voluntad y pertenencia que propugnan los modernos autores, no necesitó elevar a la categoría de **derechos** funciones no privativas de un propietario, y que sólo tomaban este carácter por la unión y sentido especial que aquellas notas le señalaban. Esto, dicho sea de paso, explica suficientemente por qué en Derecho romano no puede encontrarse base alguna a la teoría de los derechos reales como desmembraciones de la propiedad. Contrariamente, la definición tradicional elaborada: "**Dominum est ius utendi, fruendi, abutendi, possidenti, alienandi, quatenus iuris ratio patitur**".

Sin embargo, también el Derecho romano que, como acabamos de expresar, no definió la propiedad, vislumbró este concepto. Por ello el significado de soberanía atribuído a **dominium** y la aplicación del término en Gayo al más perfecto tipo de propiedad: la quiritaria.

177.—Nuevas concepciones jurídicas sobre dominio territorial del Estado y Soberanía marítima

La primera reforma expedida con posterioridad a la vigencia de la quinta edición del Código civil, la de 6 de noviembre de 1950, publicada en el Registro Oficial Nº 756 de 6 de marzo de 1951, incorporó al régimen jurídico ecuatoriano dos concepciones nuevas: el "status" de la **plataforma continental** como bien patrimonial del Estado ribereño; y la ampliación del **mar territorial.**

En cuanto al primer punto, el decreto proclama la soberanía y jurisdicción del Ecuador sobre la plataforma submarina o zócalo continental o insular adyacente a sus costas, cualesquiera que sean la profundidad y anchura de dicha plataforma. En cuanto al segundo punto, el decreto extiende la jurisdicción y soberanía nacionales sobre el mar adyacente a

la línea de costas hasta una distancia de doce millas, a fin de preservar, proteger, conservar y utilizar los recursoso naturales que en dicho mar se encuentren. El Estado se reserva, al efecto, el derecho de demarcación y control de la zona mencionada. Todo ello sin perjuicio del derecho de libre navegación de los barcos de otras naciones; esto es, sin menoscabo del principio de libertad de los mares reconocido por el derecho internacional.

"Si de Convenios Internacionales o Tratados que versen sobre esta materia, como el Tratado de Asistencia Recíproca, resultare que las zonas que se determinan para la policía y protección marítima son más amplias que las fijadas en esta Ley, prevalecerán las disposiciones de aquellos Tratados, las que se aplicarán como parte de este Decreto dentro de la extensión y amplitud que se fijen en esos Tratados", dice el artículo 4º del decreto de 6 de noviembre de 1950, promulgado el 6 de marzo de 1951.

Declaración sobre zona marítima

El Representante del Ecuador, debidamente autorizado, suscribió ad-referedum, en la ciudad de Santiago, el 18 de Agosto de 1952, en unión de los Representantes de Chile y del Perú, "La Declaración sobre Zona Marítima, "La Declaración Conjunta relativa a los problemas de la Pesquería en el Pacífico Sur", "El Reglamento para faenas de Caza Marítima en las Aguas del Pacífico Sur y el Continente sobre "Organización de la Comisión Permanente de la conferencia sobre Explotación y conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur; Instrumentos Internacionales debidamente ratificados, mediante Decreto Legislativo de seis de Noviembre de 1954.

La Declaración Conjunta relativa a los Problemas de las Pesquerías en el Pacífico Sur, es del tenor siguiente:

II).—Los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas".

III).—La jurisdicción y soberanía exclusivas sobre las zona marítima indicada incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde".

IV).—En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el continente de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertencientes a uno

de los países declarante estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que correspande a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar de la frontera terrestre de los estados respectivos".

La teoría del zócalo continental no bastaba por sí sola para encarar con eficiacia los aspectos marítimos del problema socio-económico del Ecuador. La riqueza económica de la costa ecuatoriana obliga de un modo particular al Estado a velar por la intangibilidad y fomento de sus recursos alimenticios, en el seno de las aguas marinas. De donde se desprende la necesidad de medidas, también especiales, de defensa y control, que forzosamente deben sobrepasar los límites clásicos del antiguo mar territorial.

Los decretos chileno y peruano, que coinciden substancialmente con el del Ecuador, incluyen bajo el amparo de la soberanía nacional las dos nociones objetivas de la plataforma continental (con aguas epicontinentales) y del nuevo mar territorial ampliado hasta las doscientas millas.

Históricamente, para justificar la necesidad de un mar jurisdiccional al cual no se extendiesen las prerrogativas del mar libre, sólo se tuvo en cuenta el criterio de la defensa militar del Estado ribereño. De ahí que se adjudicase simbólicamente a éste la faja contigua de tres millas marinas, por ser tal en aquella época el alcance estimado de un tiro de cañón. Mas la seguridad militar dista mucho de ser el único justificativo del mar territorial.

El derecho primario a vivir y a procurarse para ello los recursos indispensables padece en nuestro tiempo la amenaza de un desequilibrio entre las cifras de la población y el ritmo de la producción alimenticia. Harto conocidas son, a este respecto, las estadísticas oficiales de las instituciones internacionales. A la luz de estos datos, la perspectiva de un aprovechamiento regular y sensatamente dirigido de las reservas ictiológicas del mar y de los ríos como recurso alimenticio, representa una solución adecuada. Lo impone así la propia geografía y lo refrenda la Geo-Política, que aspira a la autorquía de la producción nacional.

Vivimos una era de economía socializada, en que el Estado tiene a su cargo la responsabilidad de la salud, de la nutrición, del abastecimiento, de la procuración de trabajo y del fomento del progreso industrial de sus asociados, como medios —todos ellos— conducentes a forjar una nación en plenitud o dotada de personalidad orgánica integral.

Pese a los grandes progresos científicos y técnicos alcanzados en el proceso de los cultivos agrícolas, el espectro de la erosión amaga en todas partes la productividad de las tie-

rras, y deber de los Estados es cautelar y defender, en función de la economía nacional, los recursos ictiológicos de sus aguas marítimas. Y ese derecho estadual ha de extenderse mar adentro hasta donde lo exija la preservación de lo que llamaríamos "el acervo biológico normal" de la zona líquida fronteriza a las costas de cada país.

Resulta antijurídico y anómalo que intereses particulares foráneos pretendan convertir en objeto de lucro para provecho suyo riquezas naturalmente incorporadas al patrimonio de un "habitat extraño". Si al amparo de la libertad de navegación que el decreto de 1951 expresamente acepta, hay extranjeros que quieran ejercitar en aguas territoriales ecuatorianas, no ya la pesca pura y simple para fines de alimentación o recreo de tripulación de sus barcos, sino la pesca industrial o mercantil, deberán someterse previamente a los preceptos legales con que el Estado haya regulado el ejercicio de esta actividad.

La organización de empresas ultra-nacionales o extracontinentales de pesca, con teatro de operaciones en aguas extranjeras, es un fenómero peculiar del supercapitalismo internacional, como son los "holdings" y los monopolios modernos; y, por tanto, tales empresas no pueden acogerse a tradiciones o fueros consuetudinarios del Derecho Internacional clásico, que ampara figuras jurídicas distintas. En cambio, es de interés vital para los países costeros el prevenir estos nuevos peligros y proceder a definir cuanto antes un régimen de legislación, a fin de impedir que su inercia o complacencia dé lugar a la creación de servidumbres en sus frentes marítimos y que la reiteración de esas prácticas llegue a ser invocada como expresión de un derecho consuetudinario. Los países débiles están en el deber y en el derecho de prevenir toda penetración imperialista o colonización económica. Y el único medio de hacerlo es acudir a la invocación del derecho de soberanía, como acto de legítima defensa.

Se objeta que esta forma o manera de dar nacimiento a un nuevo régimen jurídico es por sí sola insuficiente para prestar validez intrínseca a la innovación enunciada y carece de eficacia para ligar obligatoriamente a terceros que están en discrepancia con la tesis materia de la proclama. Tal aserto, aunque verídico en cierto grado, no es, sin embargo absoluto. Claro es que la proclama que expresa voluntad arbitraria o abusiva de un Gobierno, sin respaldo alguno jurídico, no podría ser fuente de Derecho ni fundar un sistema correlativo de obligaciones. Mas el acto declarativo unilateral que es expresión de un derecho natural preexistente o que es fruto del desarrollo dentro del tiempo de otros conceptos jurídicos ya aceptados o reconocidos, representa la etapa inicial de trán-

sito entre el Derecho filosófico y el Derecho positivo, responde a la naturaleza de suyo dinámica y perfectible de esta disciplina y plantea una postura legítima, acreedora al respeto de los demás.

En el Derecho Marítimo, los pueblos navegantes afirmaron en otro tiempo con la pujanza unilateral de sus proas el principio de la libertad de los mares, que luego reconocieron los demás pueblos.

Pero la complicación de las cosas, la ciencia que la comprende y la técnica que la regula cambian y amplían el Derecho. Antes garantizaba el libre tránsito por el mar. Hoy es preciso además regular el aprovechamiento racional de las riquezas que en el mar se encierran. El derecho al libre tránsito no se opone al derecho para la regulación técnica de las explotaciones de las riquezas marítimas. Ni esta regulación tiene por qué oponerse al derecho del libre tránsito.

Las riquezas del mar tienen que ser reguladas por los Estados contiguos. Es la naturaleza quien indica siempre el sujeto que ha de ejercer el derecho de regulación para que los resultados finales de esta regulación aprovechen al mayor número de hombres, al bien de la especie humana. El primado del bien común del orbe supone el respeto de los derechos esenciales de los Estados, que ninguna imposición de fuerza puede suprimir.

La regulación en la explotación de las riquezas del mar por el Estado contiguo, tiene dos formas: la de la plataforma continental y la de la extensión de las soberanía sobre la zona marítima más allá de la extensión del mar territorial cuando las cosas, la ciencia y la técnica no se habían complicado. Vivimos en la edad atómica, en la edad de la rapidez, de la maquinaria, de las grandes explotaciones. La noción del mar territorial ha tenido que ampliarse fatalmente ante el descubrimiento de la importancia de las riquezas marítimas. Plataforma continental, es la masa terrestre que integra el Continente, masa que constituye una parte emergente, una parte sumergida o plataforma submarina. La parte sumergida se inicia donde determina la tierra firme y se extiende hasta la profundidad de doscientos metros aproximadamente.

El Presidente de los Estados Unidos Harry S. Truman, proclamó el 28 de septiembre de 1945 que los Estados Unidos consideran los recursos naturales del subsuelo y del lecho marítimo de la plataforma continental bajo el alta mar, pero contigua a las costas de los Estados Unidos, sujetos a la jurisdicción y control de los Estados Unidos. He aquí cambiado y ampliado radicalmente el concepto de las tres millas a que se extendía antiguamente la jurisdicción sobre el mar del Estado ribereño. La declaración sobre las tres millas, de acuer-

do con la declaración del Presidente Truman, no puede garantizar la explotación racional de las riquezas marítimas. El Presidente se refirió en su proclama a la necesidad mundial de nuevas fuentes de petróleo y otros minerales que se encuentran debajo de la plataforma continental, y a la necesidad de que exista una jurisdicción reconocida sobre esos recursos en interés de su conservación y prudente utilización.

Pero, no todos los Estados tienen plataforma continental. En las costas volcánicas la ausencia de plataforma submarina es frecuente. Es el caso de Chile, Perú y Ecuador, cuyos mares alcanzan grandes profundidades a poca distancia de la costa firme. Para garantizar sus riquezas ictiológicas a la falta de plataforma submarina ,los Gobiernos del Ecuador, Perú y Chile, se reunieron en la ciudad de Santiago en 1952 y mediante una Conferencia Tripartita, como ya dejamos indicado en líneas anteriores, declararon que los factores biológicos y geológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas de los países declarantes, hacen que la antigua extensión sea insuficiente para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas, a que tienen derecho los países costeros, y que, en consecuencia, los Gobiernos del Ecuador, Perú y Chile declaraban como normas de su política internacional marítima, la **soberanía y jurisdicción exclusivas** que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

Desestimar de plano la validez de las proclamaciones en el campo internacional equivaldría a desmentir la Historia, cuyo curso nos demuestra que el avance y evolución de las normas jurídicas creadas para regular las relaciones entre los pueblos se ha efectuado, frecuente y aun predominantemente, merced a aquel recurso.

El Presidente Truman inició el nuevo concepto de soberanía sobre los mares contiguos y la Declaración de Santiago de 1952 no es sino consecuencia de la Doctrina Truman.

A falta de autoridad regular universal en el orden internacional, las urgencias internacionales, el orden para regularlas, pueden ser consagradas unilateralmente. Una típica declaración unilateral fue la **Doctrina Monroe** por la cual el Presidente americano, ampliando los alcances hasta entonces admitidos del deber de "no intervención", que es consecuencia de la soberanía de los Estados, proclamó el derecho del Continente Americano a vivir y desarrollarse sin interferencias ni intentos de colonización de potencias extrañas a él.

La realidad de los hechos, el vigor de los principios políticos que no pueden discutirse ya en el estado actual de evolución del Derecho y la Sociología, concurren para imponer un criterio nuevo en cuanto al régimen legal de la plataforma submarina contigua a las costas y en cuanto a la extensión del mar territorial.

Reformas posteriores

Las reformas de 11 de octubre de 1956, promulgadas en el Registro Oficial Nº 56, de 6 de noviembre de dicho año, se reducen a las siguientes: a) a la exclusión de bienes de la mujer casada: se autoriza a cualquiera de los cónyuges demandar, en juicio verbal sumario, en caso de exclusión de bienes, la disolución de la sociedad conyugal y liquidación de la misma; b) a la necesidad de que sean jueces ecuatorianos quienes pronuncien la sentencia de nulidad o de divorcio, en las causas matrimoniales referentes a matrimonios contraídos en el país, cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano; c) a la cuantía del patrimonio familiar; d) a la abolición de los testamentos verbales; e) a la insinuación: la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de treinta mil sucres, y será nula en el exceso; f) a la autorización a las personas jurídicas para conservar sus bienes sin necesidad de obtener permiso del Congreso Nacional; g) a la prescripción que contiene tres reglas, a saber: la primera, relativa a los plazos de prescripción, que quedan reducidos a la mitad, cuando sean mayores de cuatro años; segunda, relativa a la posibilidad de prescribir en contra de título inscrito; y la tercera, sobre el amparo a la posesión simplemente material en el ejercicio de las acciones posesorias; y, por fin, la reforma de 15 de septiembre de 1958, promulgada el 12 de noviembre del mismo año, que, al derogar la institución de la **simple separación de bienes**, la sustituye con la llamada **separación conyugal judicialmente autorizada**, y restablece el antiguo divorcio con subsistencia del vínculo.

Con la incorporación de las leyes dictadas hasta 1960 y otras reformas accesorias destinadas a armonizar el articulado unas, y a dar mayor propiedad a las expresiones usadas, otras, se hizo la sexta edición del Código Civil, en el año de 1960. Esta edición está todavía en vigencia; pero como tenemos ya reformas en 1961, es natural que en breve se haga otra por la Comisión Legislativa.

178.—Consulta de la Comisión Legislativa

Como cuestión previa a la obra de la codificación, la Comisión Legislativa decidió consultar a varias corporaciones y jurisconsultos, sobre si debía o no incorporarse al texto del Código Civil el artículo 986; y en caso de respuesta afirmativa, en qué sentido fue innovado por el inciso 3º del artículo 10, del Decreto Legislastivo de 5 de octubre de 1956, Reformatorio del Código Civil, publicado en el Registro Oficial Nº 53 de 6 de noviembre de dicho año.

"Para el ejercicio de las acciones posesorias es suficiente la posesión material", se dice en el referido inciso tercero; y el artículo 986 del Código Civil, a propósito de las acciones posesorias establece lo siguiente:

"986.—La posesión de los **derechos inscritos** se prueba, por la inscripción; y mientras ésta subsista, y con tal que **haya durado** un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

Las respuestas dadas por los jurisconsultos a la encuesta, sirvieron para poner de manifiesto la división en las opiniones.

Así, mientras algunos de los jurisconsultos consultados se inclinaron por la eliminación del artículo, al igual que otros que se relacionan con él, los demás, la mayoría, se pronunciaron por la subsistencia de la disposición.

Los argumentos en apoyo de la primera tesis, pueden sintetizarse así: a) que si la posesión es ante todo un hecho, elemento esencial de la misma, tiene prevalencia sobre la de derecho que proviene de la inscripción; b) que si el poseedor inscrito no perdiera la posesión mientras subsiste la inscripción, las acciones posesorias serían improcedentes, puesto que su ejercicio equivaldría a aceptar que quien está poseyendo pueda reclamar en juicio eso mismo que posee; y, c) que el artículo 986 que habla de la posesión de los derechos inscritos y de que su posesión no puede perderse sino mediante su cancelación, está derogado, ya que la única posesión que prevalece y a la que debe prestar garantía el juez, si se atiene al inciso 3º del artículo 10 de las referidas reformas, es la posesión material, debiendo considerarse totalmente eliminada la posesión inscrita.

La opinión de mayoría llegó a la conclusión de que no debía suprimirse de la codificación del Código Civil, el artículo 986, ya que extender la protección legal, en el ejercicio de las acciones posesorias, a la posesión simplemente material con los dos elementos que la integran: ánimo de señor y dueño y tenencia, no implica, como consecuencia forzosa y necesaria, la derogación del sistema de la posesión inscrita. Que la re-

forma de 1956, en todo su artículo 10, lo que revela es una tendencia a dar mayor preeminencia a la posesión material sobre la posesión inscrita, para el efecto de las acciones posesorias; de tal suerte que, cuando se ventilan éstas, aunque la posesión inscrita tenga más de un año de duración, pueda la posesión material probarse por hechos que sirvan para impugnar la posesión inscrita. La Comisión Legislativa aceptó este criterio e incorporó al texto del Código el citado artículo 986.

179.—Comentario

Nuestro Código Civil, tomándolo del trabajo de Bello, que le sirvió de base, introdujo una de las cuestiones más complicadas, a propósito de posesión: la **posesión material** y la **posesión inscrita**. Distingue entre la inscrita, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la material, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho.

La posesión protegida por nuestras leyes viene del Derecho Romano y es la que predomina aún en la mayoría de los Códigos del mundo, aunque algunos países, como Alemania y otros, han acogido en sus Códigos Civiles la teoría objetiva de la posesión.

La propiedad en Roma era columna básica de la organización social y de la constitución política del país. Era además una prerrogativa inherente a la cualidad de ciudadano. Los patricios, en ejercicio de sus prerrogativas de clase dominadora, se habían apropiado de la totalidad de las tierras que habían conquistado por medo de las armas, y llevaban el ejercicio de su derecho al abuso temerario. Ni hacían, ni dejaban hacer. La característica por excelencia de la propiedad era el **jus abutendi**. Grandes extensiones incultas y en el hecho abandonadas, yacían a los alrededores de la ciudad, sin beneficio alguno para la comunidad, en cuanto sus dueños no se ocupaban en hacerla producir, ni provecho para el Estado, porque estaban exentas de impuestos fiscales, por la cualidad de patricios de sus dueños.

Entre tanto la clase de los plebeyos que en la misma medida en que se hacía más numerosa, tenía más urgencia de esas tierras para proveer a sus necesidades, continuaba con sus actividades paralizadas, en la imposibilidad legal y material de aplicarlas a la explotación de esos terrenos, a los que no tenían posibilidad de acceso por la sola razón de no ser ciudadanos romanos.

Pero el Pretor Romano vino a poner remedio al mal. El tomó a su cargo la doble misión de temperar el absolutismo inflexible del Derecho Romano, e inspirando sus decisiones en los principios de la equidad, había empezado a sustituir el concepto originario del Derecho, **jus mandato**, orden imperativa, sin otra autoridad que la del más fuerte, por el **rectum**, lo derecho, lo justo, o sea el mismo concepto de la definición de los primeros jurisconsultos **ara equi et boni**. A la máxima **dura lex aed lex**, oponía la de **summum jus, summa injuria**. No pudiendo a su augusta autoridad pasar inadvertida la gravedad de aquella situación, concibió para evitar la dificultad y dar solución al conflicto, la institución de la posesión. Si el plebeyo no podía entrar como propietario en esas tierras, porque no era ciudadano romano, nada le impediría entrar como poseedor, nuevo carácter con que lo investía la institución de la posesión.

Esta nueva institución iba así en sus móviles encaminada a abrir brecha al privilegio sobre la propiedad de la clase patricia. El individuo podía instalarse de hecho en las tierras abandonadas y utilizarlas en provecho de sus necesidades, si no con el título, por lo menos con el **animus** de un verdadero propietario, en fuerza de la necesidad que lo hostigaba y a la cual prestaba ocasión al abandono de hecho del propietario. Los dos extremos primarios de la nueva institución, eran, pues, la intención, exponente de la necesidad, por parte del poseedor, exponente de la necesidad por parte del propietario. Estos extremos producían sus efectos jurídicos con el transcurso del lapso legal. Si la posesión del uno y el abandono del otro, se prolongaban por el término de un año, el Pretor armaba al poseedor, de acciones y excepciones bastantes por naturaleza, a rechazar el reclamo tardío del propietario. Si éste pedía cuenta al poseedor de la causa de su posesión, el poseedor podía oponerle el **possideo quia possideo**, esto es, decirle, poseo, porque el abandono de usted ha abierto el paso franco a mi necesidad. De suerte que en el fondo de esas acciones y excepciones con lo que armaba el Pretor, había también un principio de sanción contra el abandono del propietario.

No es cierto, pues, que en el fondo, esta institución tuviera como fundamento una presunción de propiedad. Si este punto de vista fuera legítimo, deberían admitirse en el juicio posesorio pruebas directas sobre propiedad, para desvirtuar esa presunción, y sería un contrasentido jurídico que la acción posesoria procediera también contra el propietario. El poseedor retenía a sabiendas de que retenía un fundo ajeno, un fundo del cual él no era propietario. Su título era cuestión

de hecho y no de derecho. Estaba más en el **animus** que en la conciencia del poseedor.

De esta suerte la posesión venía a ser la aprehensión material de la cosa con la intención de servirnos de ella para aplicar sus propiedades útiles a la satisfacción de nuestras necesidades. Sus fundamentos, son la **utilidad** y la **necesidad**, y sus manifestaciones, el **corpus** y el **animus**; pero a diferencia de la propiedad, sus elementos constitutivos son únicamente el **jus utendi** y el **jus fruendi**. En otros términos, es un usufructo sin nuda propiedad. El **corpus**, o detención corporal, es el exponente gráfico de la existencia de la necesidad en el sujeto y de la utilidad en el objeto.

Hoy en día esta institución, considerada así, en sus antecedentes históricos, presenta una importancia social no menor que en la antigüedad. Revivida y adaptada a las necesidades de la evolución contemporánea, constituiría, sin duda, un gran aporte a la solución de algunos de nuestros más importantes problemas económicos, puesto que la misma dificultad que en la época romana subsistía, con un carácter político social, por efecto de las luchas guerreras de aquel pueblo, existe en los tiempos modernos, en donde por efecto de las luchas económicas hay el gran problema de la excesiva concentración de la tierra en pocas manos. El país ecuatoriano está aún en divorcio con el campo; no hay complementación socio económica y el campesino vive su drama aislado de la ordenación política nacional y del régimen jurídico.

En cuanto a la posesión, la ley civil y el código suizo descartan el "animus" y consagran la teoría del "corpus", considerando que esta institución, no como un derecho, sino como el poder de hecho—o efectivo—de las personas sobre las cosas, para el fin de su utilización económica.

Sin aceptar la tesis que desconoce la legitimidad de la propiedad privada, hay sin embargo que abandonar el criterio individualista dentro del cual organizó la propiedad el derecho que floreció en los comienzos de la Edad Moderna, y acercarnos más bien a la doctrina de la propiedad, función social, preconizada en nuestros días.

En el desarrollo de nuestros estudios analizaremos, en los lugares respectivos, todas las reformas que se han dictado, con posterioridad al Código de 1861, cuidando de anteponer, cuando sea necesario, la exposición teórica de los principios concernientes al asunto que vaya a tratarse y las nociones previas que parezcan convenientes; y ocupándonos en seguida del estudio o ánalisis de las reformas expedidas, a la luz de aquellos principios.

180.—Del Estado Civil y sus pruebas

Nuestro Código destina el título XVII a las **pruebas del estado civil**, que define, diciendo en el Art. 342 que **"el estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles".**

El status o modo de existir de las personas, constituído por un conjunto de elementos o cualidades que individualizan al ser humano, que constituye su personalidad jurídica, que influye sobre su situación en relación con el derecho civil, se contrae fundamentalmente a lo que en derecho romano se denominaba status familiae, pero la vida social moderna lo amplía a todos aquellos hechos que determinan el principio y el fin de esa personalidad o modifican su estado. Entre esos hechos cabe anotarse los siguientes: la nacionalidad; el nacimiento; la tutela; la emancipación; la interdicción; la rectificación del nombre; el matrimonio y su nulidad; el divorcio; el fallecimiento; y las sentencias de presunción de muerte.

De los hechos relacionados, la nacionalidad está resuelta por nuestra Constitución vigente, que determina que son ecuatorianos "los nacidos en el territorio nacional" de suerte que existiendo esa presunción legal, el hecho mismo del nacimiento dentro de nuestro territorio está fijando la nacionalidad del nacido.

No pasa lo mismo, cuando se trata de un nacimiento ocurrido en el extranjero, en cuyo caso, para determinar la nacionalidad del niño, es indispensable, la declaración de la nacionalidad del padre o de la madre ante el funcionario diplomático o consular que corresponda, porque la declaración expresa de éstos, acerca de la filiación y por virtud de la inscripción, es que su nacionalidad se proyecta al hijo.

El nacimiento, el matrimonio y la muerte tienen particularmente una importancia decisiva; y debe procurarse, por lo mismo que puedan establecerse en forma segura y que no se preste a dudas. De aquí, la institución del registro civil a que hace referencia, sin nombrarlo, el título XVII del libro I del Código, de que vamos a tratar.

181.—Antecedentes históricos del Registro Civil

El origen de los registros del estado civil se remonta a la Edad Media, habiendo sido el clero católico el fundador de la institución, al encargarse de llevar el registro de los tres más grandes acontecimientos de la vida: el nacimiento, el matrimonio y la muerte.

En la forma que hoy tienen y para el objeto a que están destinados, estos registros no se conocieron en la antigüedad. El origen de éstos hay que buscarlo, como lo reconocieron los autores del Código de Napoleón, en el uso que tenía el clero católico de conservar la prueba escrita de ciertos actos religiosos que corresponden a hechos constitutivos del estado civil, el bautismo, el matrimonio y la sepultación.

Las leyes de Partida, con ser tan prolijas y ocuparse en detalle de los sacramentos, no hacen la menor referencia a los registros parroquiales, ni aluden a la obligación de los párrocos de llevar estos libros que les imponían los Sínodos y los Concilios diocesanos con anterioridad al concilio de Trento; y las leyes de India únicamente se preocuparon de los nacimientos con respecto a los indígenas y para lso efectos tributarios.

Así como en España, en las demás naciones de Europa, los únicos registros que servían para acreditar el estado civil fueron llevados por los párrocos, y producida la Reforma, los países que adoptaron la religión disidente, confiaron también a los ministros del nuevo culto el cuidado de comprobar el estado civil de los habitantes.

Francia vivió también durante una larga serie de siglos bajo este régimen que formaba el derecho común de la Europa cristiana; pero sus reyes se preocuparon de adoptar disposiciones para alcanzar regularidad y exactitud de los registros parroquiales y facilitar, a la vez que dar seriedad a la prueba del estado civil de las personas. Se puede decir que los primeros fundamentos de una organización laica de los registros del estado civil fueron dados por las diversas ordenanzas y edictos reales que hicieron obligatoria a los curas, aun desde antes del Concilio de Trento, la teneduría de los libros del bautismo, matrimonio y defunciones y que para evitar la necesidad de recurrir a las peligrosas declaraciones de testigos, establecieron que las pruebas de los hechos del estado civil debían hacerse por medio de los extractos de los asientos de estos libros.

Tal era la situación cuando estalló la revolución de 1789. La Asamblea constituyente adoptando sin excepciones el principio de la secularización del estado civil, lo consignó en estos términos: "La ley no considera el matrimonio sino como contrato civil. El poder legislativo establecerá para todos los habitantes, sin distinción, la manera cómo los nacimientos, matrimonios y defunciones serán comprobados; y designará los oficiales públicos que recibirán y conservarán sus actos". La ley indicada fue la de 25 de septiembre de 1792, que creó efectivamente un matrimonio puramente civil, confió exclusiva

mente a las Municipalidades los nuevos registros y decidió que en el futuro sólo éstos darían fe en juicio.

El Código de Napoleón mantuvo los principios consagrados por la Revolución.

Los redactores de nuestro Código de 1860 prefirieron no innovar en una materia en que, en la época en que fue promulgado habría encontrado muchas resistencias la variación de lo existente.

El sistema de Registro Civil fue establecido en el Ecuador por la Ley de 29 de octubre de 1900, y desde la fecha de vigencia, 1º de Enero de 1901, las oficinas de Registro Civil tienen a su cargo el registro de nacimientos, defunciones, matrimonios, y la anotación de reconocimientos, legitimaciones, divorcios.

182.—Del Registro Civil

A base del sistema están las oficinas cantonales del Registro Civil, a cargo del Jefe Político, funcionario que jerárquicamente depende del Ministerio de Gobierno y tiene, desde luego, varias otras atribuciones, pudiendo considerarse el representante de la Función Ejecutiva en el cantón.

Las oficinas cantonales del Registro Civil proceden directamente a la formación de las partidas inherentes a los hechos demográficos que se verifican en las parroquias urbanas.

En las parroquias rurales funciona, a cargo del respectivo Teniente Político, una oficina parroquial de Registro Civil, cuyas inscripciones tienen el carácter de provisionales, y no surten efecto jurídico sino bajo la condición de que se siente el acta definitiva en la correspondiente oficina cantonal. Los Tenientes Políticos cuyo carácter y funciones, en relación con la parroquia, son análogos a los atribuídos a los Jefes Políticos, en relación con el cantón, y son administrativamente subordinados a estos últimos, están en la obligación de remitir, dentro de quince días de verificada una inscripción, copia de la misma con los documentos probatorios originales, a fin de que se haga la inscripción definitiva en la Oficina Cantonal.

La dirección y superintendencia de todas las Oficinas del Registro Civil está a cargo de la Dirección General del Ramo, dependiente del Mnisterio de Gobierno, con sede en la capital de la República, que, como expresa el reglamento de 19 de julio de 1927, es "el centro a donde convergen los servicios, consultas, disposiciones, etc. de las oficinas cantonales, a la vez que el Archivo General en que se conservan las actas constitutivas del estado civil de los ecuatorianos.

Esta es, en breves rasgos, la estructura jurídico-administrativa de los servicios de Registro Civil, que presenta las siguientes características:

a) El Registro Civil tiene funciones exclusivas, por cuanto la ley no reconoce valor jurídico a ninguna otra registración de hechos constitutivos del estado civil y del movimiento demográfico.

b) Las oficinas de Registro Civil son especializadas desde el punto de vista funcional, no así desde el punto de vista orgánico, por cuanto sólo la Dirección General es un organismo destinado exclusivamente a la organización de los servicios de consagración legal de los hechos demográficos, mientras las Oficinas periféricas cantonales y parroquiales, están a cargo de funcionarios (Jefes y Tenientes Políticos) que tienen, además, otras funciones de carácter administrativo y de policía.

Por lo que se refiere al aspecto estadístico, el órgano centralizador de los datos del movimiento demográfico fue hasta la vigencia del Decreto Ley de 9 de Agosto de 1944, la misma Dirección General de Registro Civil. El citado reglamento (19 de julio de 1927) dispone, en efecto, en el Art. 1º, que la Dirección General "compilará las datos de estadística demográfica, relacionados con nacimientos, matrimonios, reconocimientos y legitimaciones, y defunciones".

Para los fines estadísticos la Direción General de Registro Civil recibe de los Jefes Políticos cuadros mensuales nominados de las inscripciones definitivas, en sus varias clases.

Este sistema, si es indudablemente mucho mejor que la práctica observada en períodos más atrasados de desarrollo de las estadísticas demográficas, por la cual la Oficina central recibía de las periféricas sólo totalizaciones mensuales de las varias clases de inscripciones en el Registro Civil, no puede sin embargo permitir un control eficaz de las lagunas e imperfecciones eventuales de las listas mensuales comunicadas, y de las mismas inscripciones. En esta forma, la Oficina centralizadora de los datos no puede ir más allá de las totalizaciones rutinarias, y de algunas clasificaciones limitadas por la misma naturaleza del material básico, y afectadas por las imperfeccio- de este material.

La Ley de 9 de Agosto de 1944, al crear la Dirección General de Estadística y Censos de la República, la declaró "único órgano directivo y centralizador para todos los trabajos estadísticos y censales de la Nación" (Art. 2). Esta Ley, que deroga expresamente todas las demás disposiciones contrarias sobre materia de estadística y censos, atribuye a la misma Dirección General también el control de las estadísticas demográficas, la dirección técnica de los servicios inherentes y la centralización de los datos relativos.

La Dirección General de Registro Civil mantiene el carácter y las funciones de órgano administrativo que supervigi-

la todas las oficinas del ramo y archivo central de las actas de estado civil. Además, según el Art. 4 de la Ley de Estadística, es órgano para las investigaciones ordenadas en la misma Ley, y está en la obligación de suministrar a la Dirección General de Estadística y Censos los datos de que se disponga, de ejecutar las recopilaciones estadísticas que se le requiera y de sujetarse a las disposiciones que la misma Dirección General establezca para las operaciones y recopilaciones estadísticas.

Para conocer la población, en la única forma en la cual es posible conocerla de un modo efectivo y substancial, es decir, estadísticamente, es preciso medirla en un momento dado, como si fuese estática, por medio del censo, y luego seguir sus movimientos, registrando con la mayor exactitud posible nacimientos, defunciones, matrimonios, y en general, todos los hechos que la modifican en su volumen, en su composición, y en las características y proporciones recíprocas de sus componentes.

Las dos formas de recolección estadística :censos demográficos periódicos a intervalos regulares de tiempo, y registración continua del movimento demográfico-son las dos piedras angulares del conocimiento estadístico de la población, y se proporcionan también apoyo recíproco. En efecto, sin base censal, las registraciones del movimiento demográfico son escasamente aprovechables para el estudio de la población, y es difícil controlar hasta qué punto sean exactas y completas; mientras que una buena registración del movimiento demográfico permite el cálculo de la población en los períodos intercensales, la preparación más eficiente del censo futuro, y, en ciertos límites, también el control y la eliminación de errores que puedan afectarlo.

183.—De las Oficinas de Registro Civil

En la sección del rubro, están agrupadas todas las disposiciones pertinentes a las clases de libros que prescribe la ley, cuyos motivos vamos a exponer a continuación.

Los artículos primero y segundo determinan cuáles son los organismos y las autoridades encargados de las funciones de Registro.

El artículo tercero limita los libros de los Registros del estado civil a los cuatro tradicionales, de nacimientos, matrimonios, reconocimientos y legitimaciones de hijos ilegítimos, y defunciones. Esta limitación habría sido criticable si no se hubiere creado el Registro donde se inscribirán otros actos modificatorios del estado civil de las personas, como son las declaraciones de incapacidad, inhabilitación, interdicción, etc.,

quedando para los Registros del estado civil, los de nacimiento, matrimonio, legitimaciones de hijos ilegítimos y defunción, con sus secciones independientes.

Es sensible, que se haya prescindido de los libros de domicilio y nacionalización.

Los puntos fundamentales se contemplan en las disposiciones siguientes al artículo tercero: a) la igualdad de los libros que deben llevarse por duplicado y las formalidades comunes a las inscripciones; b) la identificación de las personas que intervienen en la inscripción; y, c) la publicidad de las actas.

El estado civil de las personas envuelve derechos de tal magnitud que nuestra ley se ha preocupado de hacerlo constar auténticamente, estableciendo el número y forma de los libros destinados a ese objeto, las solemnidades con que se han de abrir y cerrar, la manera de llevarlos y las autoridades a quienes incumbe su manejo, inspección y custodia.

Para la identificación de las personas que intervienen en la inscripción, no basta que el funcionario dé fe de la concurrencia de aquella, que declare el hecho registrable o que lo atestigüen. Es menester que quede en el acta la constancia expresa de que se ha procedido a la inscripción de un estado con conocimiento de haberse verificado el hecho constitutivo del estado civil.

Se ha tratado en lo posible de impedir que se realicen en las actas de inscripción interpolaciones extrañas al hecho que se declara, o que se extiendan con abreviaturas, guarismos, raspaduras o correcciones dentro de la misma. Por eso, los modelos adoptados llevan un esqueleto impreso que facilita el asentamiento de las actas.

Como la inscripción puede verificarse no sólo a mérito de la declaración de una persona sino también con la comprobación auténtica de un hecho o en acatamiento de un mandato judicial, se ha dispuesto que los documentos respectivos sean agrupados en legajos independientes con su nota de pertinencia, a fin de hacer más fácil la búsqueda del instrumento comprobatorio de la inscripción. Esta formación de legajos obedece al propósito de resguardar la autenticidad de los hechos contenidos en los libros y permitir el fácil manejo y archivamiento de éstos.

Contempla asimismo la gratuidad de este servicio público, pero cautela los servicios del Estado, de acuerdo con lo previsto en las leyes fiscales. Garantiza la inviolabilidad de los Registros, destacándose las circunstancias y oportunidades de la intervención de la autoridad judicial para la rectificación de una partida ya extendida.

184.—Registro de Nacimientos

La inscripción del nacimiento de las personas es el documento más importante de su vida civil. Desde ese momento son reconocidos en su categoría de sujetos capaces de adquirir y transmitir derechos; y tal importancia se acentúa, de manera especial, en nuestra legislación, ya que el único requisito que al efecto se exige es que nazcan vivas, admitiendo, en consecuencia, a la vida civil, a todos los nacidos vivos.

Esta simplicidad de la ley exige que se tomen las mayores precauciones para la inscripción; y, de manera especial, cuando se trata de inscribir un niño que nació vivo y muere poco tiempo después; o la de un niño que nació muerto.

Los libros de inscripción de nacimientos llevan un margen suficiente, para que puedan asentarse los actos relativos a los hechos que modifican el estado civil del inscrito.

Se determina, a continuación, las formalidades con que debe hacerse la inscripción, los datos que debe contener la partida y las personas obligadas a hacer la declaración de nacimiento, sea que éste ocurra en una casa particular, o en un establecimiento público, o que se trate de un niño expósito o recogido.

También se prevé los casos de que tenga lugar el nacimiento de un niño en cualesquiera de los medios que para viajar permiten los adelantos de la ciencia, sea por tierra, por mar o por aire, hipótesis esta última, remota, pero no imposible, determinándose las posibilidades especiales que cada caso ofrece.

Como la legitimación se produce por el ministerio de la ley, en el caso previsto en el inciso primero del artículo 226 del Código civil vigente, es bastante, en nuestro concepto, la presentación del documento que acredite el matrimonio de los padres.

185.—Registro de Matrimonios

La institución del matrimonio civil no debemos considerarle entre nosotros como un reto al matrimonio religioso, ni como un afán sectario de sustituír el sacramento por el contrato. Debemos conceptuarlo simplemente como una medida tendiente a garantizar el compromiso contraído por el matrimonio y a cautelar las consecuencias jurídicas de ese acto trascendental de la vida del hombre. El Estado no puede sustraerse a la misión social que le incumbe de velar por la buena organización de la familia y está capacitado para establecer las normas o preceptos que juzgue necesarios, sin violen-

tar las conciencias para garantizar debidamente los derechos y obligaciones de los cónyuges y para asegurar la situación de la prole futura.

Las formas de los actos jurídicos, sean solemnes o menos solemnes, permitidas o prescritas por la ley para su celebración, tienen por objeto común probar la efectividad de ese acto jurídico. La ley conceptúa que el matrimonio es un acto de importancia tan considerable que lo ha rodeado de una serie de formalidades que deben cumplirse antes, en y después de su celebración. Participa de esa misma importancia la inscripción del acto matrimonial, porque esta inscripción es el instrumento que ha de servir para acreditar fehacientemente y sin necesidad de otra prueba, el matrimonio celebrado. Además, como la ley civil ha sustraído de la jurisdicción eclesiástica, para la cancelación de los efectos civiles del matrimonio, el conocimiento de las causas sobre su nulidad y separación de cuerpos, mantiene el divorcio absoluto, con ruptura de ligamen matrimonial y ha entregado la solución de esas cuestiones jurídicas al fuero civil, es natural e imprescindible la existencia de libros de matrimonio, perfectamente autenticados, en los que se inscriba no sólo el acto realizado, sino la sentencia judicial que modifique o altere el estado civil de los casados.

El procedimiento para la celebración del matrimonio está suficientemente detallado en la ley, hasta llegar al acto de la inscripción con la cual, no sólo se facilita la función de los encargados de realizar el acto y de inscribirlo, sino que también, se pone a cubierto la inscripción y el acto de que da fe, de cualquier riesgo de anulabilidad por omisión de las formalidades preceptuadas al efecto.

La ley contempla, pues, los requisitos para la celebración del matrimonio, determina las autoridades ante quienes puede verificarse, establece los datos que deben contener las actas y las personas obligadas a declarar la inscripción del matrimonio.

La ley se ocupa a continuación, de las actas de divorcio y de la nulidad de matrimonio. Es de lógica incontrovertible que la sentencia que pone final al matrimonio para los efectos civiles por nulidad o divorcio declarados, sea anotado en los libros de Registro de Matrimonios.

186.—Del Registro de Reconocimientos, de Legitimaciones y de Adopciones

En este Registro se inscriben los reconocimientos, legitimaciones y adopciones realizadas en el territorio de la República, o que conciernan a ecuatorianos, cuando se realizaren en el extranjero.

También se inscriben las sentencias que declaren la paternidad o maternidad ilegítima.

Este Registro se divide en cuatro secciones:

a) De reconocimiento;
b) De declaración judicial de paternidad o maternidad ilegítima;
c) De legitimaciones; y,
d) De adopciones.

De acuerdo con la ley, se prevé los casos de que el reconocimiento se otorga en el acto de la inscripción del nacido o después de verificarse dicha inscripción, determinándose las formalidades que deben observarse en uno u otro caso.

187.—Del Registro de Defunciones

La muerte —prescribe el artículo 70 del Código Civil— pone fin a la personalidad. Sin embargo esa personalidad se proyecta más allá de la muerte, pues, si bien es cierto que ese fenómeno extingue la personalidad física, a su vez, crea o da origen a modificaciones de gran trascendencia en los derechos dejados o habidos por el difunto, como son, las sucesiones hereditarias, porque las transmisiones "mortis causa" operan una sustitución de personalidad en la cual se ponen en juego los intereses de la familia y de la colectividad, y porque, por último, se relacionan con el hecho de la muerte, la transmisión de la patria potestad o la provisión de la tutela.

Además, siendo hoy una de las funciones primordiales del Estado, cautelar el capital humano, para cuyo fin se sirve de la estadística de sanidad, la inscripción de las defunciones, al contener el dato cierto de la enfermedad que ocasionó la muerte, puede prestar un servicio de colaboración muy importante a la economía de la salud pública.

Actualmente sólo se permite inhumaciones en determinados lugares, públicos por su naturaleza, lo que ha contribuído a que las inscripciones de muerte se practiquen con mayor regularidad que las de nacidos y casados. Por eso hay que

mantener las prácticas vigentes acerca de la prohibición de dar sepultura a un cadáver sin autorización del funcionario del Registro civil, cuya autorización tiene que constar en la papeleta que acredite el hecho de haberse verificado la inscripción.

La ley detalla, con relativa minuciosidad, quienes son las personas que deben declarar un fallecimiento en cualesquiera de las oportunidades en que pudiera ocurrir,, los datos que deben contener la partida de defunción, prevé los casos en que una persona hubiera fallecido sin asistencia médica, ordena a los jefes o directores o representantes legales de establecimientos de beneficencia que lleven un libro análogo al de los Registros oficiales, determina las formalidades para certificar una defunción ocurrida a bordo de un navío nacional, prescribiendo la intervención del médico de la nave en el otorgamiento del certificado de defunción.

También establece, en detalle, el procedimiento para la inscripción de la defunción de una persona que fallece de muerte violenta o en accidente, y para la inscripción de la partida cuando no fuera posible encontrar o reconocer el cadáver, prescribiendo en todos estos casos la intervención de la autoridad judicial del fuero correspondiente; y por último se autoriza la inscripción en los libros de defunciones de declaraciones judiciales, de presunción de muerte.

Las bases de la institución, son hoy, casi las mismas que tuvo cuando fueron secularizados los Registros parroquiales que llevaba el clero católico. Y como al Estado incumbe tutelar la vida civil del individuo, no puede desconocerse que existe un interés público en la determinación preventiva de sus distintas modalidades. Precisamente, en atención a ese interés público fue que se secularizaron los registros eclesiásticos.

188.—El 20 de agosto de 1925, la Junta de Gobierno Provisional, como lo propugna la doctrina y algunos países lo tienen establecido en su legislación positiva, siguiendo el espíritu progresivo del Código, implantaron una organización general de Registro.


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

CAPITULO VII

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA

Sumario:— 189.—Concepto general de la familia.— 190.— La familia y el Derecho de familia en los tiempos prehistóricos.— 191.—Teorías matriarcales y patriarcales.— 192.— Evolución posterior de la familia.— 193.—Legislación romana.— 194.–Legislación española.— 195–La familia en la España de la reconquista.— 196.—La familia castellana en la España moderna.— 197.—Legislación comparada española y ecuatoriana.— 198.—La familia en los diversos territorios de España, regidos por otras legislaciones que la de Castilla.— Aragón.— 199.—Navarra.— 200.—Cataluña.— 201.—La familia americana y la Legislación de Indias.— 202.—El Derecho patrio en la familia ecuatoriana hasta la vigencia del Código Civil.

189.—Concepto general de la familia

La familia, como sociedad total, es la de esfera más reducida y de primario origen respecto de las demás de su clase, la **tribu**, la **ciudad**, la **nación** y la **humanidad**, con las cuales se confunde si se atiende a la idea de totalidad de fines que en aquélla, como en éstas, se cumplen; y en cambio, se distingue atendiendo a que los elementos que integran la familia son más simples, mientras que los que constituyen las otras sociedades totales son sucesivamente más complejos; los de aquélla son siempre unidades individuales; los de éstas son más bien unidades sociales; en la familia son más intensas y menos extensas las relaciones que en las otras sociedades totales; y sobre todo la naturaleza del vínculo en la sociedad **familia**, es la comunidad personal de lazos de la sangre **(jus sanguinis)**, en tanto que las restantes sociedades totales es más bien el territorio **(jus soli)**, la convivencia o la identidad de condición genérica, como la de la especie humana, en la **Humanidad.**

La familia tiene un sentido **lato** y otro más **estricto** y apropiado. En el primero, que tiene más de jurídico y legal

que de filosófico y abstracto, representa la idea de relación entre las personas que proceden de comunes motivos familiares, más o menos próximos; es decir, que comprende no sólo las relaciones **conyugales** y **paterno-filiales**, sino también todas las que genéricamente se denominan **parentesco**, siendo producto de esta consideración **lata** de la familia multitud de instituciones jurídicas que de ellas derivan, tales como la **tutela legítima**, la **sucesión intestada** en los llamamientos de la línea ascendente de segundo o ulteriores grados y de los colaterales, el **retracto gentilicio**, etc.

Respondiendo a estos sentidos **estricto** y **lato** de la familia, cabría distinguir, cuando de las relaciones conyugal y paterno—filial se trata, las instituciones que las realizan, como el matrimonio, la filiación legítima por la generación y la patria potestad, por ejemplo. En la consideración estricta y más apropiada, la **familia** no es sino el organismo social, natural y total, compuesto de cónyuges y de padres e hijos; es decir, relaciones conyugales y relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en cuanto constituyen un **estado doméstico**, en el cual el elemento personal son los cónyuges y los hijos; el territorio, el hogar; su fundamento y ley de vida, el amor personal entre sus miembros; los fines familiares se sintetizan en el mutuo auxilio, asistencia y desarrollo de sus individuos; éstos obtienen la propia suficiencia y dirección de sus actos en el seno de la familia.

Si consideramos esta doble acepción **lata** y **estricta** de la familia en sus relaciones con la ley, resulta que puede ser **legítima** o propiamente tal, e **ilegítima** o meramente natural, según que su constitución se haya atemperado o no a las condiciones esenciales y formales, pero **positivas**, o preestablecidas por la ley.

Una y otra, especie de familia legítima o propiamente tal, e ilegítima o meramente natural, aunque con diferente extensión, tienen, sin embargo, existencia en el orden moral, y aun resonancia en el **legal**, siendo también la denominada familia **ilegítima**, o mejor dicho el parentesco ilegítimo o meramente natural, causa de aplicaciones importantes para el Derecho.

190.—La familia y el Derecho de familia en los tiempos prehistóricos

Atendida la importancia y complejidad de la familia y de su Derecho, tesis de este capítulo, según el civil ecuatoriano, no parece conveniente, en el estado actual de la ciencia, dejar de hacer mención de la existencia de una diversidad de teorías modernas que prescindiendo de la tradicional fun-

dada en los textos de la Biblia, que considera, según es sabido, a la sociedad humana como producto de la pareja primitiva formada por los primeros padres Adán y Eva, cuya descendencia se ha desenvuelto constituyendo progresivamente órdenes sociales más extensos que llegaron a denominarse de muy distinto modo— aspiran a darse cuenta del desarrollo y evolución social, tomando como punto de partida la existencia de agrupaciones de seres humanos, con caracteres de confusión e indeterminación, dentro de las cuales, y por motivos y modos diferentes, han ido reduciéndose después a grupos más limitados, hasta constituir el molde restringido de la familia moderna en su acepción más estricta, o sea el conjunto social formado por cónyuges e hijos. Sin embargo, claro es que nuestro propósito, al consignar algunas conclusiones del proceso histórico-científico de la familia como **hecho** e **institución social** que ha vivido y se ha desenvuelto en el tiempo y en el espacio, tiene por medida servir tan sólo de **preliminar** al presente capítulo del Derecho de Familia,, según las leyes civiles del Ecuador, conforme tenemos indicado.

191.—Teorías matriarcales y patriarcales

Hay muchas doctrinas contradictorias referentes a lo que podríamos llamar la infancia de la formación de la familia en el mundo, o sea el estado prehistórico de la especie humana. Pero todas las teorías modernas coinciden en el reconocimiento de una primera edad de la convivencia humana, entregada a la promiscuidad de los sexos, y por la consiguiente falta de seguridad en la imputación de la paternidad y evidencia contraria de la maternidad, en un primitivo estado de **matriarcado**, dentro del cual la mujer es considerada como la base y el origen de todas las consecuencias del orden familiar; viniendo después, a virtud del influjo de diversos motivos y por caminos diferentes, a la evolución del **patriarcado**, al cual se le niega el carácter de estado primitivo de lo sociedad y se le supone correspondiente, por el contrario, a un período más avanzado en la la historia de la humanidad, en cuyo sistema hay que sustituir el padre a la madre, para que sea aquél, y no ésta, el centro y el origen de la familia, el parentesco se regule bajo el influjo de las relaciones con el mismo padre y tome el carácter de **masculino** o de **agnación** el que antes era **femenino** o meramente **uterino**.

Limitado nuestro propósito en esta materia, según hemos dicho, a una exposición sintética de las principales teorías e investigaciones modernas dirigidas a explicar el origen y constitución de la familia primitiva, procede efectuar un inventario de doctrinas, consignando aquí cuanto de esencial e

indispensable a ese fin encontramos en lo que puede considerarse como la última palabra de la ciencia actualmente en este punto.

A juicio de **Starcke**, percíbese desde luego, en las sociedades primitivas, la existencia de pequeños grupos ligados por el vínculo de parentesco, y surge la familia como una institución completamente **arcaica**; sin que por esto pueda concluirse que la familia primitiva haya conservado idéntica organización en épocas posteriores, ni que mucho menos ésta se haya inspirado en iguales principios que los que determinan la existencia de la familia histórica ni de la actual.

Starcke declara previamente el significado que a su juicio debe darse a las palabras **familia**, **grupo de familias**, **clan** y **tribu**, como diferentes formas de familia.

Insistiendo sobre la diferenciación de esta idea, observa **Starcke**, que lo mismo la familia primitiva que la actual, se fundan en la noción del matrimonio, unión de personas de dos sexos que no siempre tuvo el carácter sagrado moral y preeminente de la civilización moderna, en tanto que el grupo de **familias** y el **clan** tendrán, por la índole de su base, que es el nacimiento, una mayor estabilidad, resultando el fenómeno de que las generaciones suceden a las generaciones, durando sólo un momento y desapareciendo después; las **familias** se funden y se extinguen, y únicamente el **clan** subsiste y se mantiene con fijeza y estabilidad.

Para **Starcke** es noción inicial, en la evolución social, la idea del **parentesco**, y punto previo a investigar, por consiguiente, su verdadero carácter y desenvolvimiento, como base del estudio de la **familia** propiamente tal. La noción moderna del **parentesco**, con su carácter doble y complejo, referido lo mismo a la línea **paterna** que la **materna**, es una idea extraña y desechada en la mayor parte de los pueblos primitivos por consecuencia del predominio del régimen **jurídico** del **clan**, que ya muestra al hijo relacionado por parentesco exclusivo con uno de sus procreantes, ya por lo menos, aunque perciba el parentesco doble con ambos, otorga al uno preferencia visible sobre el otro; deduciéndose de esta manifestación del parentesco filial, y según que prevaleciera el concepto de doble parentesco con el padre y la madre o con el padre sólo, la idea de organización **patriarcal**, o la del **matriarcado**, si predominaba sólo el de la filiación unilateral exclusiva, respecto de la madre.

Las teorías de la promiscuidad y del matriarcado primitivo han sido objeto de vigorosa impugnación en la **Historia del matrimonio humano** del profesor de Sociología de la Universidad de Helsingfors, **Eduardo Westermark.**

Del examen de todos los datos relativos a esta materia, infiere dicho escritor, que, en los tiempos primitivos, la familia es el núcleo de las agrupaciones humanas, y en ocasiones la única forma de sociedad.

Entre los salvajes que ocupan actualmente el grado ínfimo en la escala de la civilización, hay pueblos en los cuales no se conoce otra forma de organización social que la familia, y a quienes es enteramente desconocida la constitución en gentes y tribus, siendo la clave de esto la insuficiencia de los medios de alimentación.

La teoría de la promiscuidad primitiva se apoya en el supuesto de que algunos pueblos viven bajo el régimen de la comunidad de las relaciones sexuales y en ciertas prácticas extrañas que son consideradas como vestigios o supervivencias de una época en que no existía aún el matrimonio. Pero los datos relativos a la promiscuidad entre los salvajes son en su mayor parte inexactos, como lo demuestra un examen detenido y una crítica verdaderamente imparcial, y los restantes cuando menos son dudosos; mas, aunque se admita la veracidad de algunos, siempre resultará infundado el inferir de algunos casos excepcionales y aislados que la humanidad entera ha pasado por la promiscuidad, considerada como una etapa en su desenvolvimiento general; siendo de notar que precisamente los pueblos más salvajes son los más distantes de la promiscuidad en el orden de las relaciones sexuales.

El predominio exclusivo del parentesco de la línea materna, prosigue **Westermarck**, es considerado como consecuencia de la mayor incertidumbre de la paternidad consiguiente a la promiscuidad primitiva. Al afirmar esto, no se tiene en cuenta que la influencia del vínculo de la sangre entre los pueblos salvajes es menor de lo que generalmente se admite y que hay otras explicaciones más plausibles del hecho de llevar los hijos el nombre de la familia de la madre y ser tenidos como miembros de la familia materna. Entre estas explicaciones, es digno de especial mención el hecho de que en muchos pueblos es costumbre arraigadísima que, al casarse, el marido no lleva consigo a la mujer, sino que vive con ella en la morada del suegro. La libertad absoluta de las relaciones sexuales produce un estado psicológico de todo punto contrario a la reproducción de la especie, y el gran imperio de la pasión de los celos entre los salvajes, cuya existencia se desliza libre de toda influencia extraña, así como entre los mamíferos de todo género, depone contra la teoría de la promiscuidad originaria del hombre.

En resumen, si se prescinde del relato bíblico y del apoyo de la fe, y nos reducimos a datos y criterios científicos, el problema de los orígenes de la familia está hoy por hoy sin resolver.

y acaso lo esté siempre, por la insuficiencia de los materiales directos que suministra la prehistoria y por obscuridad y contradicción de los que ofrece la vida de los salvajes actuales, que, por otro lado, falta averiguar si puede tomarse como copia y reflejo de la vida primitiva de la humanidad, como pretenden muchos escritores de renombre y niegan otros no menos conspicuos y profundos.

192.—Evolución posterior de la familia

La historia es una sola, en consecuencia tendremos que referirnos dentro de lugares comunes a los que otros publicistas con mayor o menor extensión de narraciones estudian este punto. Nuestra primitiva legislación en su aspecto medular lleva su estirpe y su adaptación al proceso familiar, antes español, hoy con caracteres propios de ecuatorianidad, no por esto nos hemos emancipado de ese derecho, dado que nuestro legislador bebió en su fuente parte de la nomenclatura jurídica que hoy se aplica a nuestro derecho de familia, como así también lleva injertos esta rama, de otras legislaciones, como, luego lo veremos, habiendo formado su árbol propio. No podemos negar que el derecho español se inspiró en otras legislaciones de mayor antigüedad para crear su institución jurídica, de la cual enseguida haremos su estudio.

193.—Legislación romana

En la Roma de los primeros tiempos era evidente la distinción entre el **Derecho** y las **costumbres.** Al dominio del primero corresponde todo lo que representaba organizaciones jurídicas de carácter social externo y político, mientras que aquello que pudiéramos llamar hoy Derecho interno de la familia, estaba por completo sometido al dominio de las costumbres, a la influencia de la moral y a las relaciones de la naturaleza. El hogar era sagrado, ante cuyos umbrales desaparecía el imperio de de la ley y se detenía la acción del magistrado público que había de aplicarla. La fuerza de las costumbres se revela en la institución del consejo de parientes, especie de tribunal doméstico y órgano oficial de aquéllas, el cual, desprovisto de toda autoridad pública y fuerza coercitiva en sus determinaciones, tiene por código la equidad, y por sanción los dictados de la opinión pública. La única fuente del Derecho en la familia era la voluntad del jefe de ella, si bien ejercía siempre su autoridad bajo estos influjos moderadores de las costumbres, de la moral, de la naturaleza de la opinión. Conviene advertir que todo lo dicho se refiere a la organización de la familia **patricia** y **quiritaria**, que monopo-

liza en los primeros tiempos la plena condición jurídica de la **ciudadanía romana.**

Enfrente de ella existe la familia de los plebeyos, entregada en sus relaciones a vínculos naturales, y en cuyo seno, por consiguiente, no puede sentirse el influjo de aquella organización rigurosamente jurídica y civil, ofreciéndose más tarde el resultado de que estos sentidos familiares vinieran a resolverse en definitiva en el tipo de organización de familia romana que ofrece la Justinianea, templada de todos aquellos rigores primitivos, más influída por un sentido de igualdad civil de las personas que formaban la agrupación familiar, y mermado de atributos el poder de su jefe.

El concepto que para los romanos tuvo el matrimonio es muy superior a aquella época; bien lo prueba el concepto expresivo de las definiciones de **Modestino** y de las **Instituciones** de **Justiniano,** en las cuales se da claramente idea de la perfecta comunidad de vida que establecía, y de la identificación total de existencia que creaba entre los cónyuges. Palpita en aquellos conceptos de un modo expreso, dentro de la ley romana, el principio de unidad y monogamia; y, aunque no sea disposición expresa y terminante de la ley romana la nota de la **indisolubilidad,** es lo cierto que mucho la favorece aquella condición general absoluta y de permanente identificación que entre los cónyugues produce el matrimonio, y aquella tan fuerte constitución jurídica que el organismo familiar representa bajo el vínculo de derecho de la **agnación.** Es, además, un hecho comprobado que durante los cinco primeros siglos no se registraron casos de disolución del matrimonio por causa de repudio ni de divorcio. Más tarde, a medida que las costumbres ampararon menos la integridad moral del vínculo, el divorcio llegó a hacerse tan frecuente, que los padres de la Iglesia deploraron tal relajación, siendo de aquella época la frase de que los maridos cambiaban las mujeres como los vestidos.

Las variedades del matrimonio en Roma son las de **quiritario** y **libre.** El matrimonio **quiritario** traía consigo la **manus marital,** lo cual responde a aquella organización familiar esencial y exclusivamente jurídica y civilísima. Las variedades del matrimonio solemne son la **confarreatio,** la **coemptio** y el **usus.**

Enfrente de estas formas matrimoniales del Derecho **quiritario,** obsérvase en Roma la del matrimonio **libre,** de naturaleza esencialmente consensual; lo principal en él era la intención, la voluntad de los contrayentes de constituir la relación conyugal, siendo indiferentes para la validez del matrimonio, aunque usuales, diversas solemnidades, ritos o pompas nupciales.

El matrimonio en Roma, en sus dos variedades de **quiritario** y **libre**, y en todas las formas más o menos solemnes de aquél era eminentemente **civil**; la intervención de ritos, sacerdotes, y formas religiosas que aparecían en algunas de sus especies, como en la **confarreatio**, eran meramente accidentales y representaban más el carácter de Derecho público que aspecto alguno religioso.

Fuera de estas formas de relación sexual mediando el matrimonio, y como una evolución mejorada de la antigua **poligamia**, existe en Roma el **concubinato**, llamado en las fuentes de derecho **"licita consuetudo, non causa matrimoni"**, con reglamentación legal y efectos jurídicos correspondientes e incompatible con el estado matrimonial. El concubinario tampoco podía tener muchas concubinas a un tiempo y la infidelidad de la concubina liberta se equiparaba para su castigo al adulterio, debiendo vivir unida al patrono.

El matrimonio **solemne** o con la **conventio in manum** llevaba consigo el efecto de hacer entrar la mujer **in manu mariti**, lo cual significaba que la mujer perdía su condición familiar originaria, y entraba en la familia del marido y en la condición de hija de éste. No era, sin embargo, la **manus** cosa absolutamente igual a la patria potestad, por más que se tratara de poderes similares y cuyos efectos se confunden en algunas de sus aplicaciones, principalmente en las sucesorias.

El origen de la **manus** está en la antigua idea del dominio, constituyendo una forma de la propiedad respecto de las personas y bienes de las mujeres casadas por matrimonio solemne. Así es que en rigor de doctrina la **manus** producía verdaderos efectos de **soberanía dominical**, tales, como los relativos a todas las formas de la enajenación, incluso los monstruosos de prestar y ceder la mujer.

En el matrimonio **libre o sin manus**, la mujer no salía de la familia de su origen ni entraba con la condición de agnado en la del marido; sus bienes, sus derechos familiares y los recíprocos de la familia de que procedía, se conservaban en igual situación jurídica que si el matrimonio no se hubiese celebrado; subsiste el poder paterno, en defecto de éste la tutela de los agnados de su familia originaria y hasta los derechos sucesorios de ésta, en un extremo tal, que los agnados más remotos y los gentiles excluyen a los mismos hijos de la mujer, porque entre la una y los otros no hay parentesco civil alguno.

194.—Legislación española

Pueden distribuirse las indicaciones históricas respecto de la **familia española**, en tres grupos, según que se trate de la España **goda**, de la España de la **Reconquista**, o de la España **moderna**, partiendo de la primera, puesto que sólo desde esta época se ofrece España como una verdadera nacionalidad.

La institución familiar en la **España goda** está principalmente integrada por tres elementos: la base **romana**, el influjo y la modificación nacida de las costumbres **germanas**, y la doctrina **canónica**.

Como formas de organización de las relaciones entre los sexos en la época visigoda, aparecen las del **matrimonio**, **concubinato** y **contubernio**.

El **matrimonio** se manifiesta con un carácter meramente civil, sin que se registre ley ni decreto conciliar Toledano que haga depender de la Iglesia la eficacia **civil** del matrimonio, ni siquiera reglamenta los impedimentos ni demás condiciones necesarias para su celebración; lo cual no quiere decir que la Iglesia no intervino con las ceremonias del sacramento, pero generalmente con posterioridad, y limitado su influjo a la esfera propiamente religiosa, sin ninguna trascendencia declarada ni reconocida en las leyes respecto del orden civil.

Por el matrimonio no perdía la mujer su **personalidad**; por el contrario, la conservaba en juicio y fuera de él respecto de los bienes propios, de los cuales estaba vedado al marido disponer, y también representar a su mujer en cuanto a ellos, contra su voluntad. Tenía la mujer la consideración de compañera del hombre y participaba de las ganancias del matrimonio, produciéndose cierta comunidad de bienes, si bien limitada a las adquisiciones posteriores a la celebracón del matrimonio, y sin perjuicio de los particulares de cada cónyuge.

Eran condiciones para que se produjeran gananciales: el **pariter viventes**, la convivencia o unidad de domicilio; y que el matrimonio fuera de los llamados **nobles**, es decir, contraído con dote y mediación de la autoridad pública, por personas nobles o sea godos, hasta que se abolió la prohibición de celebrar matrimonio entre godos y romanos o naturales. Después se generalizó la institución de gananciales para todos los matrimonios siempre que cumplieran las otras dos condiciones de intervención de dote y autoridad pública.

A diferencia de Roma, no era la mujer la que aportaba la **dote**, sino el esposo. Tuvo esta dote para las mismas leyes godas el carácter de precio de la doncella que se casa, entrando la dote en poder del padre o de la madre, y no de la misma

desposada, puesto que ésta era, todavía en aquel tiempo, considerada como algo que formaba parte del **patrimonio** del padre o en su falta la madre.

Las primeras leyes visigodas admitieron el **repudio** de la mujer por el marido, con causa o sin ella, si bien cuando ésta faltaba la mujer ganaba la dote y el marido perdía todo lo recibido por donación de la mujer; pero con la doble injusticia de que la repudiada no podía contraer nuevo matrimonio sino con el permiso del primer marido que la repudió.

Respecto del **concubinato**, ninguna de las leyes godas sanciona ni organiza expresamente esta unión de los sexos, procedente de las leyes y costumbres romanas, y que los visigodos sin duda toleraron, toda vez que no las prohibieron y castigaron, como lo hacen con las relaciones sexuales que nacen de la **prostitución**, imponiéndose severas penas a la prostituta.

Algo análogo sucede respecto del **contubernio** o unión de los esclavos entre sí: las leyes no la reglamentaron, y subsistiendo en la España goda por la tradición romana, queda entregado al Derecho natural, sin que por eso fuera obstáculo para que, en el orden religioso, la Iglesia aplicara a las uniones de los siervos iguales doctrinas y ceremonias que a las de los hombres libres, por lo que hace al matrimonio como sacramento, puesto que para ella la condición de siervo era inadmisible.

195.—La familia en la España de la reconquista

Es ésta la época del sistema **foral**, de la **variedad legislativa** y de la distinción de las **clases sociales**, concertadas sólo en el interés común y supremo de la reconquista del territorio y de la restauración de la nacionalidad española.

El espíritu **feudal** de los tiempos, que tanto se dejó sentir en la condición de las personas y en el régimen de la propiedad, llevó esos influjos también a la familia. La dignidad de clase, el poder feudal de cada noble, que tiene algo de entidad de poder público, en cierto modo independiente, y el romanticismo de la época, contribuyeron no poco a enaltecer la condición de la mujer, a delegar en ella los honores y derechos de su marido en las frecuentes ausencias de éste, a elevar su consideración y autoridad en la familia, y hasta otorgarle la jefatura de sus hijos y vasallos, cuando sobreviene la muerte de aquél.

Entra en la familia española el principio de la **progenitura**, modificando el derecho hereditario con el propósito de dar mayores condiciones de desarrollo y poderío social al nombre y descendencia del poder **feudal** o al **señorío** del causante; y

atendiendo a otros motivos familiares aparecen las formas civiles de la troncalidad, de los mayorazgos y del retracto gentilicio.

Dentro de este período de la Reconquista, y aparte de esta dualidad legal de clases, consecuencia de las dos manifestaciones del sistema foral en las especies de nobiliario y municipal, los numerosos cuerpos legales que se sucedieron hasta principio del siglo, han venido consagrando constante atención a distintos puntos de vista de la organización familiar, sin que los fines de este capítulo permitan reproducir un análisis de aquéllos, ya hecho en otro lugar de esta obra.

196.—La familia castellana en la España moderna

La familia española en Castilla, hasta la Ley de Matrimonio Civil y la publicación del Código, no ofrece un carácter simple y definido, sino una condición compleja y mixta en sus tendencias, informada por las corrientes opuestas del elemento romano y del germano; el primero, sin la dureza de relaciones, absorción por el jefe y rigores de autoridad en éste, de la familia romana primitiva, ni tampoco el segundo, con aquella sencillez, sentido individual, mezclado con el gran principio de solidaridad familiar, y criterio de protección y tutela, que caracterizaban la familia germana.

Sin entrar ahora a una enumeración, aunque de expresión sintética —que tenemos anticipada en líneas anteriores— de las novedades que el Código civil trajo al régimen de la familia española, y juzgar acerca de ellas y, en general, respecto de su espíritu, tendencias y contenido en este punto, particulares todos ya examinados en otros pasajes de este libro y cuyo desarrollo corresponde al estudio de las distintas instituciones civiles familiares, resulta que, en cierta medida, reconoce el principio de secularización del matrimonio como institución social, distinguiendo las dos formas del matrimonio canónico y civil; lleva el principio de libertad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales; otorga la patria potestad subsidiaria a la madre, si bien no llega al debido reconocimiento por igual en favor del padre y de la madre de ser la patria potestad una función a la que ambos cónyuges tienen derecho, aunque de preferencia para la representación de ella pueda y deba corresponder al padre en ciertos aspectos; extiende la acción de la patria potestad a los hijos naturales; ampara la autoridad de los padres con el concurso del Poder público; niega la patria potestad a la madre, cuando contrae segundas nupcias; hace desaparecer las instituciones de tutela y curatela, unificándolas bajo el nombre de tutela, lo mis-

mo por razón de menor edad que de incapacidad, e introduce nuevas instituciones como el **Consejo de familia**, la **protutela** y el **Registro de tutelas**; reglamenta la ausencia; modifica el concepto de los hijos naturales; prohibe la investigación de la paternidad, por regla general; legisla con mayor extensión acerca de los principios de la deuda alimenticia; y deroga los beneficios de **restitución in integrum** que los menores, incapacitados y personas jurídicas gozaban según el Derecho anterior.

197.—Legislación comparada española y ecuatoriana

Haciendo una ligera comparación con algunos preceptos que aquellas leyes impusieron, nos encontramos con muchas que se han perpetuado, rigiendo hasta nuestros días en la legislación española como en la nuestra.

Preceptuaba el "**Fuero Real**" que la patria potestad debía ejercerla tanto el padre como la madre. Nuestro Código civil, apartándose del chileno, estableció que la patria potestal se transfiere a la madre cuando fallece el padre o cuando por cualquier otra causa no la ejerza. División de bienes gananciales por mitades entre los cónyuges o herederos del cónyuge fallecido (Art. 1830 del Código Civil vigente).

La "**Nueva Recopilación**" establece la disposición de que deben considerarse bienes gananciales todos aquellos que a la muerte de uno de los cónyuges no se justifique que son propios, ya sea como aportados al matrimonio o los adquiridos por herencia, donación o legado, precepto concordante con nuestro artículo 1779. Considera nulo todo matrimonio que se celebrara sin el libre y espontáneo consentimiento de alguno de los contrayentes, en forma idéntica a la de nuestro Código Civil (Art. 111, inciso 1º).

La "Novísima Recopilación" entre las disposiciones más destacadas de la legislación que perdura en la actualidad, podemos citar, licencia de los padres o guardadores, para el matrimonio de los púberes menores de edad (Art. 113 del Código civil).

Cada uno de los Estados de la península española difiere en su legislación del derecho civil que cada uno crea, antes de la unidad de la nación y unificación de la ley española.

En los Estados peninsulares que enseguida estudiaremos dice la historia de la legislación hispánica.

198.—La familia de los diversos territorios de España, regidos por otras legislaciones que la de Castilla.— Aragón

Se ha hecho referencia a los principios fundamentales o generales que informan el Derecho civil de Aragón. Un trabajo de síntesis sobre sus normas permite formular algunos de tales principios, los bastantes para justificar la afirmación de que aunque no constituyen un cuerpo ordenado de Derecho civil, sí revelan la existencia de un sistema de Derecho privado positivo.

No hay en el Derecho aragonés, a pesar de sus manifestaciones varias en la vida, exceso de instituciones y figuras jurídicas. Mejor es que sean pocas, bien definidas y mejor conocidas del pueblo, que muchas, algunas meramente técnicas y poco conocidas. El Derecho se ha hecho para el pueblo y no para la escuela de juristas.

Resalta, en primer término, el principio de unidad familiar que produce trabazón y enlace entre sus instituciones muy apartadas unas de otras a primera vista. Un examen en conjunto de todas ellas revelan la fuerza que en la sociedad tiene la familia aragonesa y el propósito en sus normas jurídicas de proteger las relaciones familiares, tanto las personales como las patrimoniales. La vida familiar, el hogar familiar, no se rompe fácilmente, ni siquiera cuando desaparecen los vínculos de la sangre. En el hogar familiar conviven los huérfanos con la madre binuba y aun con la madrastra; en el hogar viven y a expensas de su patrimonio los segundones ya mayores de edad, solteros; el hogar acoge, aun habiendo descendencia legítima, adoptados y donados, es decir, personas extrañas, pero vinculadas a la familia por el afecto o por su trabajo; el hogar es asilo, refugio, fundado sobre los sólidos cimientos de una casa y de un patrimonio que a todo trance se conserva, sin desmembraciones dañosas, con sus elementos mínimos, pero indispensables, para perpetuar la familia dentro de un orden social y económico beneficioso para los intereses generales de la nación.

Manifestaciones de este principio de unidad son, entre otras varias, la troncalidad en la sucesión intestada, la viudedad, la libertad de testar, los pactos sucesorios y singularmente la institución hereditaria contractual, la continuación del consorcio conyugal entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto aun durante segundas y ulteriores nupcias, el consorcio foral, etc.

Muchos otros preceptos del cuerpo legal responden a otro principio muy desarrollado dentro del sistema: el de seguridad jurídica.

199.—Navarra

En este Estado los derechos entre los cónyuges se establecieron como nuestra actual sociedad conyugal. En cuanto a los bienes gananciales las disposiciones legales que rigieron tienen muy poca diferencia con la legislación vigente entre nosotros. Respecto al matrimonio, en la primera época del derecho instituído, no se ralizaba con la unción de la Iglesia. La patria potestad no se conocía, más bien no fue legislada. Empero se instituyó la reglamentación de los bienes reservados que era análoga a la nuestra, vale decir, la obligación que el cónyuge supérstite tiene al contraer nuevas nupcias, de conservar los bienes que la ley determina que deben ser reservables para los hijos de las anteriores nupcias.

Se reglamentó legalmente la tutela y la curatela. La primera hacia las veces de la patria potestad, la que terminaba cuando los hijos cumplían la edad de la pubertad.

El grupo familiar estaba organizado bajo la autoridad del marido cuya venia era necesaria para que la mujer pueda realizar cualquier acto de disposición y administración de sus bienes, o adqusición. Regía también la troncalidad, es decir, que los bienes troncales volvían al tronco de los parientes de quienes procedían, con preferencia a los mismos ascendientes, lo que demuestra el profundo carácter patrimonial de la familia.

200.—Cataluña

Examinadas las instituciones familiares de Cataluña, se observa que sus fuentes, casi exclusivas, son el Derecho romano y el canónico.

El matrimonio, como acto y como vínculo, o sea en todo lo relativo a su celebración, disolución y divorcio, se rigió siempre por las prescripciones canónicas. Se admitieron los esponsales, garantizando su eficacia con cláusula penal estipulada en favor del contrayente que se mantuviera fiel a la promesa, estimando suficiente la licencia de la Iglesia para contraer matrimonio con distinta persona de aquella con quien se celebraron los esponsales.

El marido era de condición superior en lo que se refiere al patrimonio de la familia, que respondía a la organización de Justiniano, si bien en la capacidad civil de la mujer casada no tenía las limitaciones que contenían las leyes de Toro, desde que ella podía proceder como dueña en lo que a bienes parafernales se refiere y que tenía capacidad bastante para contratar, aceptar herencias y suceder en ellas, por testamento y abintestato, y hasta para comparecer en jucio, sin necesidad de licencia del marido.

En la organización patrimonial de la familia subsiste gran libertad; los propios contrayentes y sus padres son los que mediante capitulaciones matrimoniales fijan las normas, la constitución de la nueva familia; y los sistemas que se admite y que en la práctica se llevan a cabo en Cataluña, van desde el de la comunidad absoluta de bienes hasta el de la separación más completa.

Pero la familia, única reconocida por el Derecho, es la que nace del verdadero matrimonio. Las relaciones con aquellos que han nacido de la unión legal no pueden desconocerse, pero la ley las regula a los efectos del derecho u obligación a alimentos, pero dejándoles al margen de toda consideración familiar.

Constituída la familia, instalada en la casa, las reglas de Derecho catalán, como norma general, no van más allá, ni invadían el recinto del hogar, el poder legislativo pasaba al que en éste actuaba de verdadero monarca, al cabeza de familia.

El poder que el padre de familia tiene sobre los hijos es el de la patria potestad romana. Y su autoridad perduraba después de la muerte, faltando su esposa, nombraba personas que cuidaran de la educación de sus hijos, hasta que éstos, por haber llegado a su plenitud, pudieran actuar y defenderse por sí solos; los hijos no podían exigir a sus padres rendición de cuentas por lo que a la administración de sus peculios hacía referencia, ya que ello hubiera repercutido en su prestigio.

Faltando el padre, era la madre la que ejercía la autoridad familiar, no en virtud de patria potestad, que el Derecho no le reconocía, sino por delegación de su esposo; permaneciendo viuda, acostumbra nombrársele tutora de sus hijos, con facultad de dotar a las hijas con bienes del patrimonio familiar; nombrar heredero entre sus hijos y distribuir la herencia de su marido entre los propios hijos, según las condiciones de los mismos y el comportamiento que con ella hayan guardado durante la viudez.

201.—La familia americana y la legislación de Indias

La familia americana se regía por la legislación española, con las modificaciones introducidas por la Legislación de Indias, en atención a sus características especiales, derivadas del desarrollo y evolución de las costumbres nacidas del derecho de conquista, en conexión con las que imperaban en los pueblos americanos.

El matrimonio tenía sus restricciones no obstante la amplia libertad que se le dio.

Podían casarse: españoles con indias, negras y mulatas; prohibióseles solamente a los militares que llegaban a ser oficiales del ejército en actividad o que pudieran desempeñar funciones de cierta representación oficial, y como penalidad se les imponía, para los que contrajeran matrimonio con las citadas mujeres, el no poder desempeñar ningún cargo o función social de importancia y se llegó hasta postergarlos en los ascensos a muchos de los oficiales que estaban casados con indias, negras o mulatas.

Todo menor de 25 años para contraer matrimonio debía tener el consentimiento de su padre o madre, según quien tuviera su patria potestad. En caso de no tener padres, debían darla sus ascendientes o descendientes o colateral más cercano en grado de parentesco o en su defecto los tutores, con conocimiento del juez competente.

Los indios o negros que no podían llenar esta formalidad, la daban los "curas o doctrineros" que los habían confesado o preparado para el matrimonio dentro de los mandamientos de la religión.

Cuando la oposición de los padres, parientes o tutores no era justificada, el juez podía otorgar la autorización contra la voluntad de aquéllos.

Para los funcionarios de cierta categoría (Virreyes, Presidentes, Oidores, Gobernadores, Corregidores, Fiscales, Alcaldes mayores y del Crimen y sus Tenientes Letrados), era indispensable la autorización real o la de ciertas dignidades, con mujeres que habitaran en el mismo distrito, sin cuyo requisito el matrimonio no tenía "efectos civiles", como así las leyes de partidas lo preceptuaban. Todo matrimonio que se realizara sin llenar los requisitos del derecho impuesto por la legislación civil y la canónica no era reconocido ante los derechos que la ley otorgaba con respecto a los derechos y obligaciones de cónyuges, sucesión con respecto a la porción legítima del parentesco, tutela de los hijos, etc.

Se fomentó y se regló el casamiento entre indígenas y hasta se exigía contrajeran matrimonio con sus concubinas. Esta misión estaba confiada al clero, el que previo al matrimonio las hacía cristianas. Se fomentó en forma intensa la unidad y amor a la familia, creándose en el indígena el concepto y necesidad del reconocimiento legal de los hijos, y se legitimaban a aquéllos nacidos de padres que no tenían impedimentos para poder casarse con sus concubinas en el momento que nació el hijo.

También esta legislación instituyó y reglamentó la tutela y curatela, a quienes la ejercían se les llegó a exigir garantías reales o sean valores o bienes, dado los abusos que se habían cometido por algunos tutores que habían despojado de sus bienes a sus pupilos.

En resumen, vemos que la legislación Indiana tuvo como misión condicionar las leyes de acuerdo a las familias que habitaban las provincias que estaban bajo el régimen y tutela española. En América, de la cual es parte integrante nuestro país, la familia ecuatoriana fue condicionada en sus relaciones de derecho y costumbres por esas leyes indianas, en aquellas familias originarias de nuestro suelo formado por indios, españoles, negros y mulatos, habitantes primarios de nuestra incipiente y embrionaria generación.

202.—El derecho patrio en la familia ecuatoriana hasta la vigencia del Código Civil

A nadie se le escapan las fuentes de nuestro Derecho positivo en cuanto a la familia, como institución legal en el Derecho Civil Ecuatoriano: el Derecho español, la legislación especial que dictó España para sus colonias de allende los mares, propiamente llamada Legislación de Indias, y la Legislación Nacional, desde que se inició la era de nuestra emancipación hasta la expedición del Código civil patrio.

Pasamos a dar una concreta referencia, de las leyes y decretos que desde 1809, hasta la sanción de nuestro Código Civil en 1860, se han expedido sobre la materia; leyes y decretos que fueron el prólogo de nuestra legislación civil hasta nuestros días.

Supresión de la servidumbre indígena, de las vinculaciones y mayorazgos (derecho hereditario), por el Congreso de 1824 (10 de julio.

El Patronato continuó ejerciéndose por la antigua Colombia, y la Iglesia siguió también ejerciendo la jurisdicción en todo lo referente a las causas matrimoniales. En julio de 1824, por decreto Legislativo, se declaró que tocaba a la República de Colombia el ejercicio del Patronato.

En 1851, separado el Ecuador de Colombia, fue aclarado, por Decreto Legislativo de junio 12, el de 28 de julio de 1824.

En 1837 (17 de abril), el Congreso de la República determinó la situación legal de los hijos naturales.

En 1851 (15 de julio) el Gobierno del General José María Urbina, a los pocos días de haber asumido el Poder Supremo, abolió la esclavitud.

Supresión de las **encomiendas** y **yaconazgos**, todo lo cual tenía atingencia con los derechos y obligaciones de los individuos y familiares. La **mita** era otra servidumbre indígena similar a las anteriores que también se suprimió.

En 1857 se decretó la abolición del tributo personal de los indios.

Muchas otras leyes podríamos enunciar que, como la de sucesiones, no estarían dentro del estudio que aquí hacemos; empero nos hemos limitado a enunciar las que encarnan más en las relaciones de los derechos de la familia.

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

CAPITULO VIII

LA FAMILIA COMO INSTITUCION LEGAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Sumario: 203.—Indicaciones geenrales a este propósito.— 204.—El matrimonio es la base de la familia.— 205.—El matrimonio en sus aspectos: **natural, religioso (canónico) y civil.**— 206.—Efectos civiles respecto de la personas de los cónyuges: a) Efectos civiles del matrimonio, comunes a ambos cónyuges; b) Efectos especiales del matrimonio respecto de la persona del marido; c) Efectos civiles especiales respecto de la persona de la mujer.— 207.—Evolución histórica.— 208.—Grecia.— 209.—Israel.— 210.—Japón.— 211.—India.— 212.—Turquía.— 213.—Legislación romana.— 214.—Influencia del cristianismo.— Legislación española.— 215.—Legislación patria antes de que se dictara la Ley de Matrimonio Civil.— 216.—Secularización del matrimonio.— 217.—Circunstancias que motivaron la reforma.— Ley sancionada el 23 de Octubre de 1902.— 218.—Antecedentes parlamentarios de la Ley de Matrimonio Civil y que comenzó a regir desde el 1º de Enero de 1903.— 219.—Texto de la Ley aprobada por el Congreso Nacional.— 220.—Comentario.— 221.—La ley no reconoce otro matrimonio que el civil.

DEL DIVORCIO ABSOLUTO

Sumario:— 222.—Acepciones de la palabra divorcio.— Definición.— 223.—Reforma de 29 de octubre de 1904.— 224.—Comentario.— 225.—Reforma de 30 de septiembre de 1910.— Comentario.— 226.—Decreto Supremo Nº 112, de 4 de diciembre de 1935.— 227.—Reformas posteriores.— 228.— Juicio social y legal sobre el divorcio.— 229.—Examen analítico de las causas que originan el divorcio: 1ª—Adulterio.— 230.— 2ª—Sevicia.— 231.— 3ª—Injurias graves.— 232.— 4ª— Amenazas graves y frecuentes de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice.— 233.— 5ª—Tenta-

tiva de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice.— 234.— 6ª—El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes.— 235.— 7ª—Actos ejecutados por el marido para corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges para prostituír a los hijos.— 236.— 8ª—Enfermedad grave, incurable y contagiosa.— 237.— 9ª—El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano.— 238.— 10ª—Impotencia o deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges que vuelva imposible la procreación.— 239.—Impotencia y esterilidad.— Esterilidad.— 241.—Esterilidad en el hombre.— 242.—Esterilidad en la mujer.— 243.—Frigidez.— 244.— 11ª—La condena ejecutoriada a tres años de prisión, por lo menos, a causa de delito.— Delitos que comprende la causal.— 245.— 12ª—Arriesgar, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos con relación a la fortuna de que dispongan.— 246.— 13ª—Separación ilegal de los cónyuges con total abstención sexual entre ellos por más de tres años.

DEL DIVORCIO TEMPORAL

Sumario:— 247.—Orígenes históricos.— 248.—Historia sobre esta materia en el Ecuador.— Resumen y paralelo.— 249.—Patronato eclesiástico en las tierras de América.— 250.— En julio de 1824, por Decreto Legislativo se declaró que tocaba a la República de Colombia el ejercicio del Patronato.— 151.—En 1962 se firmó en Roma el Concordato entre la Santa Sede y la República del Ecuador.— 252.—En 1865 se dictó la Ley Orgánica del Patronato.— Por Decreto Ejecutivo de 1866 se declaró Ley del Estado el Concordato.— Por ley de 19 de septiembre de 1899, el Congreso dictó una Ley de Patronato, que implícitamente derogó el Patronato.— La Constitución Política de 1906 derogó el Concordato y el Patronato.— 253.— El matrimonio, institución laica.— 254.—Formas de matrimonio.— 255.—Celebración del matrimonio civil antes del matrimonio religioso.— 256.—Del matrimonio celebrado en país extranjero.— 257.—Matrimonio de extranjeros en país extranjero.— 258.—Matrimonio de ecuatorianos en el extranjero.— 259.—Conflicto de Leyes concernientes a la aptitud para divorciarse.— Aplicación de la ley nacional.— 260.—Esposos de nacionalidad diferente.— 261.—Matrimonio putativo.— 262.— Prueba de la buena fe.— 263.—Buena fe de uno de los esposos.— 264.—Efectos de la nulidad: en cuanto a los esposos y a los hijos.— 265.—Derecho comparado.— Derecho eclesiástico.— 266.—Derecho francés.— 267.—La Ley ecuatoriana.— 268.—Competencia de los jueces ecuatorianos.

203.—Indicaciones generales a este propósito

Destinado el capítulo anterior al estudio de la familia en en su consideración filosófica general, al de su concepto jurídico esencial, o sea el Derecho de familia, y al examen de las principales conclusiones del proceso histórico de la familia, en su organización jurídico-positiva a través del tiempo y en las principales civilizaciones, es llegado el momento de concretarse a tratar de ella como institución legal en el Derecho Civil del Ecuador.

Es usual en los expositores de Derecho distinguir entre lo que se llama **familia natural** y **familia civil**: estableciendo como hechos que originan la primera, el **matrimonio** y la **legitimación**; y como causa que da lugar a la segunda, la **adopción**. Esto no quiere decir que, desde el punto de vista de la ley nuestra, aquellos dos hechos que se reputan causa de la familia natural, deban sólo a la naturaleza su existencia, ni el que se considera origen de la famlia civil sea el único que tenga su razón de ser en la ley. Por el contrario, los tres hechos que se suponen productores de la familia legal ecuatoriana: **matrimonio, legitimación y adopción, son instituciones legales** de toda realidad en la esfera del Derecho Civil Ecuatoriano, y aquella distinción entre la familia natural y la familia civil, no puede significar otra cosa sino que la primera encuentra en la naturaleza una realidad que la ley condiciona y reglamenta, y la segunda carece de base en la realidad natural, aunque la ley la suple, partiendo de una ficción que imita a la naturaleza, fundamento de la adopción, suponiendo por ministerio de la ley, hijos de una persona a quienes naturalmente no lo son.

No es rigurosamente exacta esta enumeración y distinción usuales de la familia y de sus hechos productores, que ofrecen los tratadistas. Los tres hechos: **matrimonio, legitimación y adopción**, no pueden todos decirse indistintamente, modos de constituirse la familia: la **sociedad conyugal** se constituye por el matrimonio; la **paterno-filial legítima**, se origina por el nacimiento de prole procedente de justas nupcias, la **legitimación** y la **adopción**, y tanto la sociedad conyugal, como la paterno-filial, son, según se ha dicho, los dos elementos que integran la noción de la familia en su concepto más propio y comprensivo.

204.—El matrimonio es la base de la familia

El matrimonio es, sin duda, la más importante de las instituciones sociales, por ser base y fundamento de todas las demás, y, en definitiva, de la sociedad misma, ya que sin aquél no puede concebirse una permanente organización de ésta. En todos los tiempos se ha entendido así por los más eminentes filósofos, y por eso Cicerón decía que el matrimonio era **principium urbis et causi sminarium rei publicae.** El matrimonio, es pues, la institución jurídica más importante del derecho privado, puesto que constituye la base de la organización de la sociedad civil; la familia organizada por el matrimonio es la que prepara a los hombres para la vida social, porque mediante él se crean afectos y relaciones mutuas de intimidad que no se tienen fuera de él, y vínculos éticos que tienden al mejoramento del individuo y al bienestar social.

El matrimonio es, escribe Valverde, la base fundamental de la familia, es el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el Derecho de la familia no son más que consecuencias o complementos de aquél.

Por esta razón, es lógico que el Estado se procupe de regularlo debidamente, elevándolo a la categoría de verdadera institución jurídica, aunque concediendo a los contrayentes una gran autonomía, dado su carácter predominante espiritual, para regir las relaciones entre los mismos.

205.—El matrimonio en sus aspectos: natural, religioso (canónico) y civil

En el primero es una institución que responde a la ley biológica de la reproducción de la especie, una unión de personas de sexos diferentes para formar una comunidad perfecta, en la que se complementan el hombre y la mujer.

Representa en este sentido el matrimonio un principio de necesidad social, combinado con el de libertad individual para celebrarlo, cosas que no se contradicen, pues es compatible que el matrimonio sea libre en cuanto a los individuos, y necesario en cuanto a la especie: lo primero por lo que afecta a la libertad individual para contraerlo o no, para celebrarlo con una persona o con otra persona; lo segundo, por lo que se refiere a la función social que constituye el matrimonio como único medio moral de perpetuar la especie humana.

El aspecto religioso del matrimonio tiene abundantes comprobaciones en la historia, cualquiera que sea el sentido religioso de los diversos pueblos y tiempos, resultado de hecho, en la esfera positiva e histórica, conforme, por cierto, con

la naturaleza, importancia y fines del acto matrimonial, y con la disposición espiritual y propósitos morales de los contrayentes de este vínculo. Elevado a la categoría de **sacramento** en el Cristianismo, es de dogma en la religión católica el carácter de tal.

Como institución civil, el matrimonio tiene un aspecto de convención jurídica, como medio formal y externo de declarar la existencia de una nueva personalidad mediante el concurso unánime de los dos órganos reveladores de la misma, que son los contrayentes, dando lugar a esta elevada institución social del matrimonio.

Es fin esencial del matrimonio la constitución legítima de la sociedad conyugal, base de la familia, con arreglo a las leyes que rigen su celebración; y como relación ya constituída, el mutuo auxilio de los cónyuges.

La perpetuidad de la especie, mediante la procreación en el matrimonio, y la consiguiente conservación, defensa y educación de la prole, que de ordinario se anotan como fines de éste, aunque mediatos e hipotéticos resultados del mismo, no son de referir a la sociedad conyugal, sino a la paterno-filial, considerada también en sus dos aspectos de constitución por la generación legítima, mediante el nacimiento de prole dentro del matrimonio y a la relación ya constituída, a cuyo contenido pertenece el cumplimiento de esos fines de conservación, defensa y educación de la prole y relativa reciprocidad de deberes de ésta para con los padres.

Una vez constituída la sociedad conyugal mediante el matrimonio, hay que proceder al estudio de su contenido, o sea al de las relaciones a que da lugar, que es lo que en el uso de juristas y leyes se viene llamando efectos civiles relativos a las personas de los cónyuges y a sus bienes y derechos.

Son la expresión de lo que pudiéramos denominar relaciones personales y patrimoniales; total contenido de la sociedad conyugal, y resultado, al fin, del hecho base, que es el matrimonio, en cuyo sentido es como se dicen efectos civiles de éste.

Son dichos efectos **comunes** a ambos cónyuges y **especiales** a cada uno de ellos.

a) Efectos civiles del matrimonio, **comunes** a ambos cónyuges: vida común, fidelidad y mutuo auxilio, que corresponden a la naturaleza ética del matrimonio y están aceptadas por todas las legislaciones.

La **vida en común** es consecuencia de las relaciones naturales, morales y jurídicas mismas entre los cónyuges y de la nueva personalidad que ambos reunidos constituyen, así como de los fines de la propia relación conyugal y de todo el orden familiar, de que aquélla es base.

"Matrimonio, dice el artículo 91 de nuestro Código civil, es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente". Y la ley se reputa cumplida en lo de vivir juntos, que es uno de los caracteres esenciales del matrimonio como institución jurídica, llamada a constituir la familia sobre la base estable del afecto y de los recíprocos sacrificios; y es que el matrimonio no tiene por único objeto la procreación de los hijos, la conservación de la especie humana, sino esa comunidad de vida y de sacrificios que constituyen el honor y la moralidad de la unión conyugal.

Fidelidad

Esta obligación de guardarse fidelidad los cónyuges, es también legal y expresamente consignada en la ley, como moral del hogar, filiación de los hijos, pudor, dignidad y respeto de los cónyuges, lo que afirma la unidad y consagración del hogar de la familia.

Debido a tales consideraciones es que la ley exige la fidelidad como una obligación esencial en el matrimonio y hace del adulterio una de las causas legítimas para el divorcio, independientemente de la sanción penal que al efecto se establece.

Mutuo auxilio

La idea de auxilio mutuo no se limita al auxilio físico de los alimentos, sino que representa la idea de una asistencia mutua y de socorro recíproco completado en todas las esferas de la vida común de ambos cónyuges: ocurriendo con esta obligación legal lo que con todas las relaciones naturales y éticas del matrimonio, que no pueden encontrar en la ley medios eficaces bastantes para su cumplimiento, porque su índole es, más que legal, de orden moral, afectivo y de personal discreción de los cónyuges.

b) **Efectos especiales** del matrimonio respecto de la persona del **marido** (la autoridad marital).

La autoridad marital concede derecho al marido:

Primero. Para **designar el domicilio** de la sociedad conyugal.— Siendo el marido sobre quien pesa la obligación de sostener o dirigir la familia, la ley le concede el derecho de opción a establecerse donde su profesión, oficio o empleo, o cualesquiera otros medios de vida, le proporcionen condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines familiares; y como la mujer tiene el deber de hacer vida común con él, ha de seguirle donde quiera que fije su residencia.

Segundo. Para **exigir obediencia** a la mujer.

Tercero. Para **representar** a su mujer en los actos judiciales y prestar su autorización en los extrajudiciales. La primera aplicación del derecho de representación de la mujer por el marido tiene estas excepciones: cuando la mujer litigue con el marido; cuando tenga que defenderse en juicios penales o de policía; en litigios sobre asuntos relativos a la profesión o industria de la mujer; en el caso de separación y exclusión de bienes; cuando tenga que ejercer la representación de los hijos de matrimonio anterior; o cuando fuere nombrada curadora del marido o de sus bienes. Respecto a la segunda debe observarse que la mujer no necesita la licencia del marido: 1º, para otorgar disposición testamentaria; 2º, para ejercer los derechos y cumplir los deberes que le corresponden respecto de los hijos legítimos o ilegítimos que hubiese tenido de otro y a los bienes de los mismos; 3º, en las compras al contado de cosas muebles, o al fiado para el consumo de la familia.

Cuarto. Para administrar los bienes de la sociedad conyugal.

La **patria potestad** otorgada en primer término al marido sobre sus hijos legítimos no emancipados, en los términos y con los derechos y obligaciones respecto de las personas y bienes de los mismos que se indicarán más adelante.

Quinto. **Emancipación.**

Cuando se casa el hijo varón, se constituye en jefe de la familia, adquiere potestad marital sobre los hijos, y de todo punto incompatible todo esto con la absoluta subordinación al padre.

Si la hija es quien contrae matrimonio, pasa a la potestad del marido, y está llamada a cumplir deberes incompatibles con la patria potestad.

En cuanto a los bienes, éstos deben proveer a la subsistencia de la nueva familia, y nada fuera más absurdo que el usufructo correspondiese al padre de uno de los cónyuges, y que la familia careciese aún de lo estrictamente necesario.

En virtud de tal obvias razones, todos los Códigos modernos declaran que el matrimonio emancipa al hijo por el ministerio de la ley.

c) Efectos civiles **especiales** respecto de la persona de la **mujer**: (ingreso bajo la autoridad marital y limitación de su capacidad civil, adquisición de la patria potestad subsidiariamente al marido y padre).

El **ingreso bajo la autoridad marital** se resuelve en **derechos** y **deberes** de la mujer respecto del marido.

Son sus derechos, en este concepto: 1º, que el marido atienda a su subsistencia y a la defensa de su persona y bienes, teniéndola en su compañía, protegiéndola y siguiendo

ésta su condición; 2º, a realizar por sí válidamente ciertos actos civiles de compraventa en los casos de excepción antes mencionados, otorgamiento de disposiciones **mortis causa** y ejercicio de derechos respecto de hijos que tuviese fuera de aquel matrimonio de la manera ya expresada.

Son sus **deberes** con relación a este punto: 1º, el de obediencia al marido, y el de vivir en su compañía, siguiéndole adonde traslade su residencia, con la excepción antes indicada; 2º, no poder comparecer en juicio por sí, sino bajo la representación del marido, fuera de los casos de excepción antes expresados; 3º, no poder contratar, ni apartarse de los contratos celebrados, ni aceptar herencias, a no ser a beneficio de inventario, sin licencia de su marido, ya expresa, ya tácita, ya solemne, ya menos solemne, ya anterior, ya posterior al acto de que se trata; debiendo advertir que sólo el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia del marido, o en su defecto, sin la autorización judicial que la supla.

207.—Evolución histórica

El matrimonio desde sus comienzas en el orden universal se le da un carácter de gran solemnidad en las pre-ceremonias nupciales, rodeándosele por lo general de una fantasía originaria y poco común en los demás actos humanos. En la noche del acto sexual, se busca la espontaneaidad, el rapto, la sorpresa, dándole al acto del matrimonio una característica sobresaliente y propia como a ningún otro hecho de la vida familiar y social. Veámoslo a través de las primitivas costumbres hasta la actualidad en algunas razas.

208.—Grecia

En esta nación, formada en ese entonces por varias repúblicas, cada una tenía sus costumbres, difiriendo entre muchas de ellas la forma de efectuarse el matrimonio. En Atenas se singularizaba por precederle una serie de violencias y actos de sacrificio a los futuros esposos. El día que se debía contraer matrimonio el novio ataviado raptaba a la novia a toda fuerza, acompañado por amigos y parientes de ambos contrayentes a los que capitaneaba la madre de la novia, llevando ésta, una antorcha para alumbrar el camino de la casa o salón donde debía efectuarse la ceremonia del casamiento, el cual se realizaba de noche. Era costumbre también dejar en el dormitorio que iban a ocupar los desposados la antorcha de Himeneo, lo cual era retirada por los parientes o invitados al estar los esposos acostados.

209.—Israelitas

En esta raza aún se practican las costumbres originales de antaño, como ser: un pariente o el Rabino llena una copa de vino, una vez que toma un sorbo invita a los novios que hagan lo mismo; de inmediato hace un esponso rogando felicidad, amor y mucha dicha para los contrayentes dirigiéndose a la alta Divinidad; al terminar tiran hacia al espacio un puñado de trigo que es el "símbolo de la fecundidad" y un pariente cercano o niño hace trizas en el suelo a una copa o vaso, símbolo de fidelidad de la novia o esposa para con su esposo. La fiesta nupcial en aquellos tiempos duraba siete días; hoy también dura varios. Después del matrimonio se realizaban los esponsales. Existía de tiempos remotos el divorcio, que significaba la anulación del matrimonio.

210.—Japón

En este país, los novios ponían en la puerta de los padres de la novia una rama; si era aceptado el candidato sacaban la rama, si era rechazado la dejaban. El matrimonio se realiza en una iglesia, los novios van vestidos de blanco que es el color que en ese país representa la pureza. La novia va cubierta de un velo toda tapada, el cual demuestra que ha muerto para la familia debiendo vivir sólo para su esposo. En la iglesia un religiso pronuncia las palabras de costumbre, haciendo jurar la conformidad que dan los contrayentes, la que es ratificada por las luces de dos antorchas que prenden los desposados, los que quedan unidos ante Dios y la ley.

211.—India

En este país se ejecutan ritos y solemnidades complicadísimas, dice **Mr. de Lanneye** en su obra: "La India contemporánea". Antes de salir el sol del primer día (que suele escogerse hacia el equinoccio de primavera, cuando Marte y Venus se halla en conjunción entre los astros), una gran comitiva de parientes y amigos van a buscar a los prometidos y los llevan al sitio más renombrado del Ganges, para recibir allí una serie de abluciones solemnes, seguida de diferentes plegarias y de la práctica del **alrati** que se hace con el fuego y con el fin de conjurar los efectos del mal de ojo. De vuelta en su casa se le hace sentar sobre una piel de antílope, con la cara vuelta hacia el Oriente debajo de un dosel o palio sostenido por doce columnitas y adornado con profusión de guirnaldas de flores, banderines y pedrerías. Allí les están fro-

tando todo el día con azafrán, lavándoles los pies con miel, les hacen y desatan millares de nudos alrededor de las muñecas, friccionándoles con aceites y perfumes, y les pasan piedras magníficas por todas las regiones del cuerpo, suplicando a los dioses que se dignen favorecer a los jóvenes contrayentes con algunos de los destellos de la llama celeste que animó a la primera pareja humana. Y continúa diciendo, que al segundo día el brahmán les lee los preceptos de su religión llamados **mantras**; en este acto, los padres después de juntar las manos de sus hijos, les tiran sobre los cuerpos siete porciones de agua, igual cantidad de trigo y otro tanto de leche. Al terminar el brahmán les dice: "El esposo es el Dios de su mujer; por viejo, feo y malo que sea, o que se vuelva, debe ser el ídolo del corazón de su mujer; todos los deseos de ésta han de ser conformes a los del marido; esto es, reír si el marido ríe, llorar si llora, guardar silencio si calla". Terminada la lectura de las obligaciones y los derechos de los casados, el celebrante echa sobre las espaldas del novio un zena (cordón brahamánico), dándole nueve vueltas en lugar de tres, y cuelga del cuello de la novia un tahalí (un gran anillo, emblema de matrimonio). Sigue al tercer día de la ceremonia, y después de otros rituales dan siete vueltas alrededor de una hoguera. El cuarto día se realiza un gran banquete, comiendo juntos los contrayentes delante de toda la concurrencia, como demostración del vínculo íntimo que se realiza. El quinto día se quema arroz como homenaje a los Dioses y manes, después se hacen procesiones con antorchas desfilando por las calles, yendo todos muy bien vestidos y ostentando y haciendo alarde de lujo y generosidad en todo; se dan limosnas, obsequios, etc., en lo que se derrocha un platal cuando el casamiento es de personas adineradas.

212.—Turquía

Le legislación musulmana permitía al hombre tener cuatro mujeres y en otras épocas más, considerándosele a cada una como legítima. Se le dio el derecho a las personas pudientes y príncipes a tener todas las que pudieran sostener, de aquí el **Harem** y la llamada poligamia.

En Oriente la mujer nunca tuvo valor ante el hombre, en muchas provincias, como ser en Circasia, los padres pagaban las contribuciones de sus campos o propiedades con mujeres, hijas o mujeres compradas; la venta de mujeres se generalizó; éstas muchas veces eran compradas por bajaes que las hacían sus esposas legítimas, llenando para ellos algunos rituales tradicionales, como ser, que el novio conozca después de casado a su novia, dado que el charchas le impedía

hacerlo y las costumbres a que conociera la cara de su futura esposa antes de contraer matrimonio. La peor ofensa que se le puede hacer a una turca es levantarle el charchas para verle el rostro como a los hombres hacerle indagaciones de las mujeres de su harem.

213.—Legislación romana

En Roma, que representa una civilización mucho más adelantada, no se encuentra vestigios de una vieja promiscuidad; pero la forma matrimonial más antigua se asemeja a las uniones sexuales de los tiempos primitivos. La plebe, que formaba la mayoría de la población, para contraer justas nupcias hacía una compra solemne de la mujer al padre o al tutor por medio de la **emancipación**, en presencia de cinco testigos y del **librepens**. Y que la mujer fue considerada en Roma en los primeros tiempos, como un objeto de su propiedad, dice **D'Aguano**, lo prueba el matrimonio por **usus**, según el cual con la posesión continua de la mujer durante un año se adquiría la autoridad marital y la mujer **in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat.** La poligamia no perduró mucho en Roma; pero el concubinato fue muy difundido y constituyó una verdadera institución legal.

214.—Influencia del cristianismo

Entretanto, apareció el cristianismo y su influjo se hizo sentir en la legislación. Elevando el matrimonio a la categoría de sacramento, levantó la condición de la mujer y condenó el adulterio del marido.

Las Partidas reprodujeron las leyes canónicas sobre el matrimonio, y el matrimonio católico pasó a ser el único reconocido, como consecuencia de la íntima unión entre la Iglesia y el Estado. Sin embargo, el concubinato no fue proscrito de la legislación civil a pesar de la condenación que recibió de la Iglesia, y el título XIV de la Partida IV trató expresamente "de las otras mujeres que tienen los omes que no son de bendiciones", a las cuales llama **barraganas**, dando como razón y fundamento que "los sabios antiguos que fizieron las leyes consintiéronles que algunos las pudiesen auer sin pena temporal".

Lo mismo que en España, en todos los países en que el Catolicismo llegó a ser la religión del Estado, la legislación canónica sobre el matrimonio fue sucesivamente consagrada por la legislación civil y la celebración del matrimonio entregada a la Iglesia.

215.—Secularización del matrimonio

La revolución religiosa producida por el protestantismo vino a manifestar, sin embargo, los inconvenientes prácticos que ofrecía este consorcio de ambas legislaciones. La Revolución Francesa proclamando la libertad de cultos secularizó la legislación: la Constitución de 1791 estableció como principio que la ley no considera en el matrimonio sino el contrato civil y la Ley de 20 de septiembre de 1792 confió a oficiales puramente civiles el cuidado de comprobar los nacimientos, los matrimonios y las defunciones.

Estos principios de la Revolución Francesa han penetrado hoy casi en todas las legislaciones modernas, las cuales, como tendremos ocasión de manifestarlo, reconocen el matrimonio civil como único o admiten, al mismo tiempo el religioso, pero sometiéndolo a las disposiciones de la ley civil.

216.—Legislación patria antes de que se dicte la Ley de Matrimonio Civil

Al proclamarse la Independencia regían en el Ecuador en materia de matrimonio las disposiciones de las leyes de la Partida, y, por consiguiente, el matrimonio católico.

El Código Civil de 1860 adoptó las reglas de la Iglesia para la celebración del matrimonio y eran los tribunales eclesiásticos los que debían conocer las causas relativas al divorcio y al matrimonio.

Las personas de las creencias religiosas distintas de la católica se encontraban en la República en una situación bien desfavorable, pues las leyes vigentes entonces no reconocían ni atribuían efectos civiles sino al matrimonio celebrado con arreglo a las prescripciones del Concilio Tridentino. Semejante estado de cosas debía cesar, por justicia, en nombre de la libertad de conciencia y de cultos; pero era preciso no olvidar que esas mismas consideraciones y las conveniencias sociales mejor entendidas exigían que, proveyendo a los disidentes del medio de legitimar sus enlaces, debía respetarse al mismo tiempo, como se hizo, la creencia católica, al reglamentar el matrimo civil, sin menoscabo alguno de las prerrogativas de la Iglesia, y que acaso contiene, permítasenos decirlo, una solución de las graves dificultades que en todos los pueblos modernos ha suscitado y sigue suscitando la cuestión de secularización del matrimonio.

217.—Circuntancias que determinaron la reforma. Ley de 1º de Enero de 1903

Los principios del nuevo sistema de Gobierno y más que todo las dificultades práticas que presentaba el matrimonio de las personas de otra religión que se habían establecido en el país, y la necesidad que el Ecuador tenía de una corriente poderosa de inmigración que comunicara nueva savia a su organismo, pusieron luego de manifiesto la urgencia de completar la legislación vigente y amoldarla a las nuevas exigencias de la vida social.

Sancionada por el Ejecutivo, el 3 de Otcubre de 1902, la Ley de Matrimonio Civil empezó a regir el 1º de Enero del año siguiente. Hasta esta fecha sólo regían las disposiciones del Código Civil de 1860, según el que, si bien se distinguían en el matrimonio el contrato y el sacramento, se los consideraba como indispensables para la formación de esa entidad jurídica.

La autoridad eclesiástica era la única competente en esta materia, y había delegado parte de sus atribuciones a la autoridad civil, para los efectos civiles del matrimonio; efectos que, según se desprende del texto legal correspondiente, son aquellos que conciernen a los bienes de los cónyuges a su libertad personal, a la crianza y educación de los hijos.

Mas, de acuerdo con la legislación vigente y que, a principios del siglo XX era ya casi universal, y con la doctrina de ilustres y católicos tratadistas, como **Pothier**, se estableció en nuestra legislación la distinción entre el contrato y el sacramento, llegándose a la conclusión de que son independientes, y que, en cuanto el matrimonio es una institución social muy anterior a los sacramentos y base de la familia, depende exclusivamente de la autoridad civil que ha legislado siempre sobre esta institución.

El matrimonio civil existe, como el único reconocido por la ley, en Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Suiza, Méjico, Venezuela, el Código de Colombia, apartándose del nuestro, había establecido también el civil como único matrimonio destinado a producir efectos civiles; pero la ley 57, de 15 de abril de 1887, declaró también válidos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y se aplicó esta disposición aun a los matrimonios católicos anteriores, por ley 153 de 24 de agosto del mismo año. Y continuando en la reacción, la ley 30 de 1888, estableció que el matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula **ipso jure** el matrimonio puramente civil celebrado antes por los contrayentes con otra persona, disposición chocante, que "no hace sino autorizar la desobediencia de la ley, legitimar la violación de

una promesa y validar un acto inmoral". (Angarita, Código Civil Nacional Concordado, edición de 1888).

La rápida reseña que dejamos hecha manifiesta el empeño que los legisladores han tenido en todas las épocas y en todos los países para reglamentar la constitución de la familia.

218.—Antecedentes parlamentarios de la Ley de Matrimonio Civil

Recordemos las varias fases por las que fue atravesando nuestra Ley de Matrimonio Civil.

En la sesión del 19 de agosto de 1901, la Cámara de Diputados conoció el siguiente Proyecto de Ley de Matrimonio Civil que le enviara el señor Ministro de Fomento.

PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Presentado en la sesión del 19 de agosto de 1901:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,

Decreta:

Art. 1º—Establécese desde el 1º de enero de 1902 el matrimonio civil en la República.

Art. 2º—Para que el matrimonio produzca efectos civiles es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones de esta ley.

La consagración religiosa, según la religión a que pertenecieren los contrayentes, puede efectuarse en el mismo día, o al siguiente, de verificado el acto que constituye e matrimonio civil.

Los ministros de cualesquiera religiones que procedieran a la bendición nupcial sin que se les haya hecho constar la ceremonia civil, por medio del certificado expedido en forma por el respectivo funcionario, incurrirán en la pena de $ 200 de multa o tres meses de prisión, y en caso de reincidencia en la pena de $ 900 o un año de prisión, impuesta en juicio sumario verbal por el funcionario civil de la jurisdicción correspondiente.

Art. 3º—Cesa el conocimiento y decisión de los juzgados eclesiásticos en los asuntos pendientes sobre matrimonios, debiendo pasar a los tribunales comunes, quienes conocerán, en lo sucesivo, de cuanto diere margen a la observancia de esta ley.

Art. 4º—No se tomará en cuenta las formalidades o requisitos que prescribe la religión a que pertenecieren los cónyuges, en los casos de nulidad o divorcio de los matrimonios contraídos antes de la presente ley.

Art. 5º—La ley mira al matrimonio como una unión indisoluble, por la cual un hombre y una mujer se unen para toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse recíprocamente.

Art. 6º—La ley reconoce como impedimentos dirimentes para el matrimonio:

1º—La falta de edad esto es, que no tenga dieciocho años cumplidos el varón y dieciseis la mujer, y

2º—La falta de un permiso por parte de las personas llamadas por la ley a darlo.

Art. 7º—No podrán contraer matrimonio:

1º—El cónyuge sobreviviente con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer;

2º—El hombre o mujer con su co-rreo en el delito de adulterio;

3º—Los impúberes;

4º—Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;

5º—Los que sufrieren de impotencia incurable;

6º—Los incapacitados físicamente para expresar su voluntad de palabra o por escrito;

7º—Los dementes;

8º—Los parientes entre sí, por línea directa hasta el tercer grado de consanguinidad inclusive;

9º—Los parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive; y

10º—Los parientes de afinidad en primer grado.

Art. 8º—Están obligados a obtener licencia:

1º—Los que no hayan cumplido veintiún años. En este caso la licencia concederá el padre legítimo o natural, a falta de éste la madre legítima o natural, a falta de ambos el ascendiente o colateral legítimo o natural de grado más próximo;

2º—El tutor o curador; y

3º—Los descendientes legítimos o naturales del tutor o curador.

Aparte del permiso del ascendiente del grado inmediato, será necesario en los casos 2º y 3º que la cuenta de la administración de bienes haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores.

Art. 9º—Si la persona que debe prestar el consentimiento exigido en el Art. 8º lo negare, se podrá ocurrir ante el juez competente, para que califque y falle sobre la causa del disenso.

Art. 10.—Las causas que justifiquen el disenso, no podrán ser otras que éstas:

1º—La falta de aprobación por el juez, de la cuenta de la administración de los bienes del pupilo;

2º—La falta de inventarios solemnes de los bienes del viudo o viuda, que teniendo hijos de matrimonio precedente, bajo patria potestad o curaduría, quisiere contraer segundas nupcias; para este inventario se dará a dichos hijos un curador especial;

3º—Grave peligro para la salud del menor a quien se niegue la licencia, o de la prole;

4º—Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse; y

5º—El ser culpada ésta, el padre o la madre, de un crimen por el que se aplique la pena de cuatro años de reclusión u otra igual o mayor. Si el viudo o viuda con hijos bajo patria potestad o curaduría que quisiere contraer segundas nupcias, no tuviere bienes, deberá comprobar por medio de una información sumaria rendida ante un Alcalde Municipal.

Art. 11.—El matrimonio no se disuelve por el divorcio, que suspende únicamente la vida común de los cónyuges.

Art. 12.—El divorcio es temporal o perpetuo. El divorcio temporal podrá durar hasta diez años.

Art. 13.—Son causas de divorcio:

1º—El adulterio de la mujer o del marido;

2º—Tentativa de unc de los cónyuges contra la vida del otro;

3º—Sevicia o malos tratamientos graves de palabra del un cónyuge respecto del otro;

4º—Ser uno de los cónyuges autor, investigador o cómplice en la perpetración de un delito contra la honra, vida o bienes del otro cónyuge, o de sus hijos;

5º—La tentativa del marido para prostituir a la mujer o a sus hijos;

6º—Negarse la mujer a seguir al marido, sin causa legal;

7º—Abandono del hogar común;

8º—Impotencia;

9º—Ausencia por más de cinco años sin causa justa;

10º—Resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin motivo justificable;

11º—Pasión por el juego;

12º—Embriaguez habitual;

13º—Disipación;

14º—Condenación a uno de los cónyuges por delito o crimen;

15º—Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, a punto de poner en peligro su vida;

16º—Enfermedad contagiosa e incurable.

Art. 14.—Las causales 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 15, no dan lugar para pedir y decretar el divorcio perpetuo.

Art. 15.—El juez, atendiendo a la naturaleza de las causales probadas, fijará la duración del divorcio temporal.

Art. 16.—La acción del divorcio corresponde a los cónyuges y deberá proponerla el cónyuge inocente.

Art. 17.—La acción del divorcio es irrenunciable; y comienzan los efectos de ella desde el día en que se ejecutoría la sentencia pronunciada en el juicio respectivo.

El divorcio y sus efectos cesarán luego que los cónyuges convinieren en volverse a reunir.

Art. 18.—La acción de divorcio prescribe en un año contado desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho en que se funda.

Art. 19.—El matrimonio celebrado sin embargo de lo dispuesto en el Art. 7, o sin alguna de las formalidades prescritas en los artículos 8 y 10 es nulo.

Art. 20.—Además de lo preceptuado en el artículo anterior, son causas de nulidad las siguientes:

1º—Si en la celebración no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre y espontáneo consentimiento;

2º—Si ha habido error en cuanto a la identidad del otro contrayente;

3º—Si ha habido rapto y al tiempo de celebrarse el matrimonio no ha recobrado la mujer su libertad; y

4º—Si no se ha celebrado el matrimonio ante el funcionario civil correspondiente, con el número de testigos y con las solemnidades estatuídas en el Art. 30.

Art. 21.—La acción de nulidad pueden proponer los cónyuges, sus ascendientes, el ministerio público y las personas que tengan interés actual en ello.

La acción no se deducirá si uno de los cónyuges ha fallecido.

En el caso de los incisos 1, 2 y 3 del Art. 20, la acción corresponderá únicamente al cónyuge que ha sufrido la fuerza o el error.

Art. 22.—En el caso de nulidad de un matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción corresponde a los herederos del cónyuge difunto. Siempre será oído el ministerio público.

Art. 23.—Un matrimonio se disuelve:

1º—Por el fallecimiento de uno de los cónyuges;

2º—Por sentencia pronunciada en el juicio de nulidad; y

3º—Por muerte presunta de uno de los cónyuges, si transcurridos diez años a contar desde las últimas noticias que se tuviera de su existencia, se probare haber transcurrido sesenta años desde el nacimiento del desaparecido.

4º—Por haber pasado treinta años sin tener noticias del cónyuge ausente, sea cual fuere la edad de éste.

Art. 24.—El impedimento que por esta ley anula un matrimonio ha de haber existido a la fecha de la celebración de él.

Art. 25.—El matrimonio civil se celebrará ante los Jefes del Registro Civil, concurriendo personalmente los contrayentes o sus apoderados constituídos con poder judicial especial.

Art. 26.—Quienes traten de contraer matrimonio comparecerán por sí o por apoderado con poder especial, ante el funcionario antes dicho, de la jurisdicción de cualquiera de ellos y expresará de palabra o por escrito.

1º—La voluntad de contraer matrimonio;

2º—Sus nombres, apellidos, nacionalidad, estado, profesión u oficio y domicilio;

3º—El nombre, apellido, nacionalidad, estado, profesión u oficio y domicilio de los padres;

4º—El nombre, apellido y nacionalidad del cónyuge difunto si uno de los futuros contrayentes fueren viudos;

5º—El nombre y edad de los descendientes legítimos, si los hubiere, del matrimonio disuelto;

6º—La circunstancia de haberse verificado la facción de inventarios de los bienes suyos y de los menores sujetos a su patria potestad o curaduría, o, en su defecto, presentarán la información sumaria comprobadora de que no posee bienes, ni tiene descendencia legítima;

7º—Los nombres de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, caso de ser menor o menores de 21 años, y si aquellas no estuvieren presentes al acto de la manifestación, se consignará a la vez la constancia fehaciente del permiso;

8º—La circunstancia de no tener impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio; y

9º—El ofrecimiento de recibir en el acto la información de dos testigos, por lo menos, sobre el hecho puntualizado en e inciso precedente.

Art. 27.—El Jefe de Registro Civil decretará inmediatamente después, que se reciba la información y rendida ésta, mandará fijar carteles en las puertas de su despacho o los publicará por la prensa en tres veces distintas en el término de ocho días, anunciando el matrimonio proyectado, y el día y la hora en que deba verificarse de todo lo cual dejará constancia en el expediente.

Art. 28.—Llenadas estas formalidades y no habiendo oposición alguna, se procederá a la celebración del matrimonio, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se hizo la manifestación.

Art. 29.—Si transcurrido el plazo fijado en el artículo anterior, no se hubiere verificado el matrimonio, por cualquier motivo, salvo los casos de juicios, por disenso, no podrá procederse a la celebración del matrimonio sino repitiéndose las solemnidades prescritas en los artículos 26, 27 y 28.

Art. 30.—El día y a la hora designados, el Jefe de Registro Civil, ceñida la banda tricolor, distintivo de su autoridad para dicho acto, procederá a celebrar el matrimonio en el local de su oficina, o en casa de uno de los contrayentes y ante los testigos, parientes o extraños, en la forma siguiente:

Leerá o mandará leer la manifestación de que habla el Art. 26, la información de testigos puntualizada en el Art. 27, y los demás documentos habilitantes.

Preguntará a los futuros cónyuges si se reciben el uno al otro por marido y mujer, y recibiendo la contestación afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley.

Inmediatamente levantará a continuación de la última diligencia del expediente, acta de todo lo obrado, relatando con prolijidad las circunstancias del acto de la celebración del matrimonio; el lugar, día y hora en que se verificó y la designación por sus nombres y apellidos, estado y domicilio de los testigos y de las demás personas concurrentes que lo deseen.

El acta será firmada por los contrayentes si saben, por los testigos y demás personas que lo quisieren, y finalmente, por el Jefe de Registro Civil y su Secretario. Si los contrayentes no supieren firmar, lo harán a su ruego, los testigos.

Art. 31.—Luego después procederá al registro del matrimonio, en conformidad a las prescripciones de la ley respectiva, y dará el primer certificado en papel común y libretas de familia, aun cuando no lo pidan.

Estos certificados serán válidos para probar en juicio su estado civil.

Los demás certificados serán expedidos en papel de sello de cuarta clase.

Art. 32.—El expediente foliado, rubricado así como todos los documentos habilitantes, con su respectiva carátula, será archivado bajo el número de orden correspondiente.

Las actuaciones se harán en papel común.

Art. 33.—No podrán ser testigos en las dilgencias previas al matrimonio, ni del acto de su celebración:

1º—Los menores de 21 años;

2º—Los que se hallaren en interdicción judicial;

3º—Los dementes;
4º—Los ciegos, los sordos y los mudos;
5º—Los notoriamente vagos o menesterosos;
6º—Los conocidos por rufianes o meretrices;
7º—Los culpados de algún delito que merezca pena corporal;
8º—Los condenados por perjurio u otro delito o crimen;
9º—Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador; y
10º—Las personas que no entienden el idioma castellano.

Art. 34.—Para que un Jefe de Registro Civil pueda proceder a celebrar matrimonios en peligro de muerte, es necesario la presentación previa del certificado del médico que acredite el peligro de muerte de uno de los contrayentes.

En el punto donde no hubiere médico o en caso difícil de encontrarlo, se suplirá el certificado con la declaración jurada de dos testigos que recibirá el mismo funcionario.

Art. 35.—El acto se verificará, en la forma prevenida en el inciso 2º del Art. 30, debiendo en el momento levantar el acta indicada en el inciso 3º del mismo artículo.

Art. 36.—Sin embargo de lo preceptuado en los dos artículos anteriores, para que tales matrimonios produzcan efectos civiles es indispensable que el funcionario del Registro Civil mande fijar y publicar edictos anunciando el acto practicado, y que se llenen las formalidades indicadas en el Art. 26.

Después de cumplidos todos estos requisitos pasarán los antecedentes al Alcalde Municipal, quien no teniendo reparo que oponer al procedimiento seguido, y no habiendo interpuesto oposición justificada, declarará válido el matrimonio civil celebrado in extremis.

Art. 37.—Los miembros de cualquier religión pueden dar la bendición nupcial in extremis; pero, para que este acto produzca efectos civiles, es indispensable llenar los requisitos que prescribe el artículo anterior. El Ministro dará parte del acto religioso practicado, para que el funcionario respectivo mande fijar y publicar los edictos y se llenen las demás solemnidades.

Art. 38.—Los agentes consulares del Ecuador en el extranjero reemplazan a los Jefes de Registro Civil para el acto de la celebración del matrimonio civil, cuando se verifique entre ecuatorianos.

Art. 39.—Si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, no podrá sin embargo contravenir a los artículos 7 y 8 de esta Ley, y la contravención producirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en él.

Art. 40.—Los Jefes de Registro Civil podrán cobrar hasta $ 10,00 por su concurrencia y la de su Secretario a la casa de uno de los contrayentes, para la celebración del matrimonio.

Art. 41.—Las actuaciones correspondientes al matrimonio civil no causan derechos.

Art. 42.—Quedan derogados los artículos 99 a 119 inclusive del Código Civil.

Dado, etc.

Aprobado en primera discusión, se dispuso pasarlo a la Comisión Primera de Legislación.

SEGUNDA DISCUSION

INFORME

"Sr. Presidente de la H. Cámara de Diputados:

Estudiado imparcial y detenidamente el "Proyecto de Ley de Matrimonio Civil", vuestra Comisión encargada de informar sobre el asunto, opina: Que no sólo se discuta, sino que, de un modo o de otro, se establezca a todo trance el matrimonio civil; esto es, que el Estado reivindique, por honra propia, un derecho inherente a su naturaleza, como pasamos a demostrarlo en dos palabras.

El hombre tiene dos poderosos instintos que dominan toda su vida y dan el primer impulso a todas sus acciones, dice Max Nordeau: el instinto de la conservación personal, y el instinto de la conservación de la especie.

Este designio divino, agrega Taparelli, muéstrasele al hombre por el organismo con la diferencia de sexos, por la pasión con su recíproca simpatía, por los sentidos con la tendencia del apetito al placer. Y como quiera que esta propagación pide de suyo una sociedad particular, añade el mismo autor, el hombre racional inferirá que también el Creador ha querido, para cumplimiento de esos designios, la existencia de esa sociedad.

Ahora bien: debiendo, según dicho autor, determinarse toda tendencia y toda obra por el objeto, o sea por el fin a que se dirige, la asociación formada por el intento o tendencia encaminada hacia este designio, sólo de él puede recibir este carácter propio. Así, en efecto, se especifican y distinguen en el lenguaje vulgar las sociedades particulares para las letras, el comercio, la música, etc. Es así que el fin de la sociedad conyugal, o sea la reproducción de la especie humana,

es un bien de orden esencialmente finito; luego la sociedad conyugal, esencialmente finita, pertenece, según naturaleza, a la autoridad temporal, es a saber, al Estado.

Tal es el parecer de vuestra Comisión, salvo el mejor parecer de esa H. Cámara.

Quito, setiembre 13 de 1901.

Abelardo Posso.— César D. Villavicencio.— Rafael Aguilar.— Luis E. Bueno.

SALVAMENTO DE VOTO

Señor Presidente:

Prescindiendo de entrar en consideraciones acerca del Proyecto del Matrimonio Civil en sí mismo y de las contradicciones que tiene con nuestra ley sustantiva civil; creo que no es de conveniencia ni cortesía diplomática discutirlo, en tanto no se conozca el resultado de las gestiones iniciadas en Santa Elena con el Delegado Pontificio, y continuadas hoy con Monseñor Bavona en esta Capital.

Estas razones han influído en el ánimo del suscrito, Miembro de la Comisión de Legislación, para separarse del dictamen de sus ilustres colegas.

Quito, setiembre 16 de 1901.

Angel R. Ojeda".

Durante las discusiones de esta Cámara (Diputados), se llegó a establecer que si el matrimonio es una institución social, en su aspecto fundamental, también es un contrato, una entidad jurídica cuyos componentes, hombre y mujer, la forman por medio del consentimiento legalizado, debiéndose someter al régimen o estatuto que la ley impone.

De la Cámara de Diputados pasó al Senado, el 19 de agosto de 1902, y la Comisión respectiva, formada por los doctores Francisco Andrade Marín y César D. Villavicencio, dijo: "El Proyecto de Ley sobre Matrimonio Civil discutido en la Cámara de diputados adolece de algunos defectos en la forma y en el fondo; pero ellos, una vez reparados por la ilustración de la H. Cámara, no impiden ni menos destruyen la conveniencia de expedir la ley, por cuanto ella conduce a llenar un vacío que, de tiempo atrás, se viene sintiendo en la Legislación patria".

"La Comisión le ha dado al proyecto un nuevo orden en la disposición de sus partes, a fin de consultar la mejor correspondencia y armonía entre todas ellas, lo cual se ha de notar fácilmente al ir comparando el proyecto original con el que presenta la Comisión. Mas, respecto a ciertos puntos sustanciales, como el de las causas de disolución del matrimonio civil; jurisdicción para conocer de éstas, orden de celebración del matrimonio civil y eclesiástico, etc., etc., la Comisión no se ha creído autorizada para alterarlo y reformarlo todo, sino, únicamente, para suprimir, adicionar o variar aquellas cosas respecto de las cuales ha presumido fundadamente que habrá conformidad en gran parte de los HH. miembros de la Cámara; y así ha dejado en salvo los demás puntos, para que una serena discusión, opte por aquello que contribuya acertadamente a conseguir la bondad reativa de la ley en tan delicada materia".

"El Matrimonio Civil es ya una institución universal, establecida en todos los países cultos de Europa y América; y si bien es verdad que hay discrepancia relativamente a la extensión y detalles de las legislaciones en tan importante asunto, esto no puede obstar para que la República del Ecuador expida también su ley, la cual no hay razón para temer que sea desacertada, desde que para alcanzar un buen resultado se reduce todo a una mera y discreta labor de selección, en lo que ya se ha hecho en naciones más adelantadas que la nuestra".

De seguida se puso en segunda discusión el siguiente Proyecto modificatorio del Matrimonio Civil, y presentado por la misma Comisión.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,

DECRETA LA SIGUIENTE LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Art. 1º—Se establece el Matrimonio Civil en la República.

Art. 2º—Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se lo haya celebrado con arreglo a las prescripciones de esta ley.

Art. 3º—No podrán contraer matrimonio:

1º—El cónyuge sobreviviente con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer;

2º—El hombre o mujer con su correo en el delito de adulterio;

3º—Los impúberes;

4º—Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;

5º—Los incapacitados físicamente para expresar su voluntad de palabra o por escrito;

6º—Los dementes;

7º—Los parientes por consanguinidad en línea recta;

8º—Los parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad; y

9º—Los parientes en primer grado civil de afinidad.

Art. 4º—El matrimonio contraído por personas comprendidas en cualquiera de los casos puntualizados en el artículo precedente, es nulo.

Art. 5º—Son igualmente causas de nulidad de un matrimonio:

1º—Si por parte de alguno de los contrayentes no ha habido libre y espontáneo consentimiento, al tiempo de la celebración del matrimonio;

2º—Si ha habido error en cuanto a la identidad del otro contrayente;

3º—Si ha habido rapto de la mujer, y si ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no ha recobrado su libertad;

4º—Si no se ha celebrado el matrimonio ante el funcionario civil correspondiente, el actuario y dos testigos.

Art. 6º—En los cuatro casos precedentes, el matrimonio puede volver a celebrarse válidamente, una vez removidas o subsanadas las causas que lo invalidaron. Mas, en los casos del art. 3º serán perpetuamente insubsanables los de los números 1º, 2º, 7º, 8º, y 9º. Las demás causas de dicho artículo 3º, al desaparecer, no impiden la celebración del nuevo matrimonio.

Art. 7º—Los púberes menores de edad no pueden contraer matrimonio, sin la respectiva licencia de sus padres o guardadores, con arreglo al Código Civil; pero el matrimonio celebrado sin esta formalidad, no es nulo si el contrayente tiene más de diez y ocho años de edad.

Art. 8º—En los nueve casos del art. 3º y en el caso 4º del art. 5º, la acción de nulidad puede proponerse por los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público. En todos los demás casos, la acción se concede personalmente, a sólo el cónyuge perjudicado.

Art. 9º—El Matrimonio Civil tiene que celebrarse ante un Alcalde Municipal del domicilio de cualquiera de los contrayentes, y con la intervención de un Escribano y de dos testigos hábiles. El matrimonio celebrado de otra manera, es nulo.

Con autorización escrita del respectivo Alcalde, cualquiera otra persona puede celebrar válidamente un matrimonio, llenando las demás formalidades expresadas en el inciso anterior.

Art. 10.—Los contrayentes pueden oponerse al acto de la celebración, bien sea personalmente o por escrito o por medio de un apoderado, con poder especial otorgado ante Escribano público, en todo caso.

Art. 11.—Antes de celebrarse el matrimonio, los contrayentes, por sí o por medio de sus procuradores, expresarán ante el Alcalde, Escribano y testigos, de palabra o por escrito:

1º—La voluntad de contraer maarimonio;

2º—El nombre, apellido, nacionalidad, estado, profesión, oficio y domicilio de los contrayentes.

3º—El nombre, apellido nacionalidad, estado, profesión, oficio y domicilio de los padres de los contrayentes;

4º—El nombre, apellido y nacionalidad del cónyuge difunto, si el contrayente actual fuere viudo;

5º—El nombre y edad de los descendientes legítimos de los contrayentes, si los hubiere, de algún matrimonio anterior disuelto;

6º—La circunstancia de hallarse formado los inventarios de los bienes de menores que se hallaren bajo la guarda o la partia potestad de alguno de los contrayentes, o de la prueba de que éstos no tienen descendientes ni pupilos bajo su cuidado; todo según el Código Civil;

7º—El nombre de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad, o la constancia fehaciente del permiso por escrito, si el que debe darlo no se hallare presente;

8º—La manifestación que han de hacer los contrayentes de que no tienen prohibición ninguna legal para contraer matrimonio; y

9º—Que los contrayentes presenten información de dos testigos, por lo menos, sobre lo contenido en el presente número 8º, información que será recibida en legal forma.

Art. 12.—La omisión de las diligencias prevenidas en el artículo precedente, no anula el matrimonio, salvo lo dispuesto en el Art. 7º; pero el Alcalde Municipal que hubiere procedido a celebrarlo sin exigir el cumplimiento de ellas, será castigado con una multa de $ 50,00 a $ 200.00 la cual será impuesta por el Gobernador de la respectiva provincia.

Art. 13.—Llenadas estas formalidades, y siempre que no haya oposición alguna, se procederá a la celebración del matrimonio, inmediatamente, o hasta dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se haya practicado lo dispuesto en el Art. 11.

Art. 14.—Si transcurrido el plazo fijado en el artículo anterior, no se hubiere verificado el matrimonio por cualquier motivo, para llevarlo a cabo, se repetirán las solemnidades prescritas en dicho artículo 11.

Art. 15.—Podrán ser testigos de las diligencias previas al matrimonio y del acto mismo, todos los que sean mayores de dieciocho años, varones o hembras, menos las siguientes:

1º—Los dementes;

2º—Los ciegos, los sordos y los mudos;

3º—Los notoriamente vagos y los mendigos;

4º—Los rufianes y las meretrices;

5º—Los condenados por crimen, o por delito que haya merecido más de cuatro años de prisión;

6º—Los que no entienden el idioma castellano o el quichua, en su caso.

Art. 16.—Para que un Alcalde Municipal pueda proceder al matrimonio de una persona que se halle en peligro de muerte, no se necesita más diligencia previa que el certificado médico que acredite el peligro de muerte de ella.

En donde no hubiere médico o en caso difícil de encontrarlo, se suplirá el certificado con la razón sentada por el Alcalde, el Escribano y firmada por los testigos.

En caso de peligro de muerte y en las parroquias que disten más de diez kilómetros de la cabecera del cantón, un juez civil puede efectuar el matrimonio, aun cuando no sea el del domicilio de los contrayentes.

Art. 17.—El matrimonio se celebrará en esta forma: Una vez presentados los contrayentes por sí o por medio de apoderados, ante el Alcalde Municipal, el Escribano y los dos testigos, el Alcalde leerá o hará leer con el actuario los documentos que contienen las diligencias preceptuadas en el Art. 11. Después de esto, el Alcalde preguntará a los contrayentes si se reciben voluntariamente el uno al otro por marido y por mujer; y si ellos contestaren afirmativamente, les dirá: "Ya que así lo queréis, yo en nombre de la República y por autoridad de la ley, os declaro legalmente casados". Inmediatamente, a continuación de la última diligencia de las de dicho Art. 11, el actuario extenderá el acta de todo lo obrado, expresando con prolijidad, todo lo concerniente al acto de la celebración del matrimonio; el lugar, día y hora en que se verificó; el nombre, apellido, domicilio, estado, profesión, oficio u ocupación de los contrayentes, y el de los testigos en la misma forma.

El acta será firmada por los contrayentes, o sus apoderados, por los testigos, por el Alcalde y por el Escribano. Si los contrayentes, sus apoderados o los testigos no supieren o no pudieren firmar, se expresará esta circunstancia; y, por ellos, firmarán otro u otros a ruego, pudiendo una sola persona firmar por varias.

Son requisitos esenciales para el efecto de la validez del matrimonio:

1º—La presencia de los contrayentes o de sus apoderados;
2º—La del Alcalde, del actuario y de los testigos;
3º—La constancia de que los contrayentes se recibieron como esposos mutuamente;
4º—La de que el Alcalde los declaró casados; y
5º—La constancia en acta de esos particulares, bajo la firma del Alcalde, del actuario, de los contrayentes y de los testigos, por sí o por otros a ruego, en su caso, respecto de los contrayentes y testigos.

Art. 18.—La copia del expediente que contenga las diligencias preceptuadas en el Art. II y la del acta de la celebración del matrimonio, serán remitidas al respectivo Jefe de Registro Civil, dentro del término de ocho días, bajo la multa de $ 10 a 100, la cual será impuesta por el Gobernador de la provincia.

Art. 19.—Lo que en el Art. 9º se dice del Alcalde y del Escribano, se entenderá del Juez Civil y del Secretario ad-hoc juramentado, en su respectivo caso.

Lo actuado ante el Juez Civil se remitirá al Alcalde 1º Municipal del cantón para que ordene la protocolización en el Registro de un Escribano, sin perjuicio de que éste remita la copia al despacho del Jefe de Registro Civil.

Art. 20.—Una vez celebrado el matrimonio, el Alcalde Municipal mandará fijar edictos que pongan en conocimiento del público el acto practicado a fin de que se llenen las formalidades contenidas en el Art. 11.

Art. 21.—Los Agentes Consulares del Ecuador en el Extranjero, reemplazarán a los Alcaldes Municipales para el acto de la celebración del matrimonio, cuando se verifique entre ecuatorianos.

Art. 22.— Si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en país extranjero, de conformidad a las leyes del mismo país, no podrá, sin embargo contravenir a lo dispuesto en el Art. 4º de esta Ley. La contravención producirá en el Ecuador los mismos efectos que si se la hubiere cometido en él.

Art. 23.—El matrimonio termina:
1º—Por la muerte natural de uno de los cónyuges;
2º—Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3º—Por sentencia ejecutoriada que declare la muerte por presunción en el caso de desaparecimiento por más de diez años;
4º—Por divorcio que disuelva el vínculo matrimonial declarado por sentencia ejecutoriada.

Art. 24.—Son causas de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial:
1º—El adulterio de la mujer;

2º—La elefancia superveniente del matrimonio, y la sífilis procedente de disipación.

Art. 25.—Producen divorcio de mera separación de vida marital, las causas siguientes:

1º—El adulterio del marido;

2º—Sevicia atroz;

3º—Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro;

4º—Tentativa del marido para prostituir a la mujer o a sus hijos;

5º—El vicio del juego;

6º—La embriaguez habitual;

7º—Disipación habitual;

8º—Grave enfermedad contagiosa; y

9º—Condena a la pena de más de cuatro años de reclusión o presidio a cualquiera de los cónyuges.

Art. 26.—La acción de divorcio de vínculo o de mera separación matrimonial, corresponde al cónyuge inocente, y es solamente personal.

Art. 27.—Tanto la acción de nulidad de matrimonio como la de divorcio, son irrenunciables; y comenzarán los efectos de ella, desde el día en que llega a ejecutoriarse la sentencia pronunciada en el juicio respectivo.

Art. 28.—La acción de nulidad no prescribe mientras vivan los cónyuges; mas, la de divorcio prescribe en un año contado desde la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho o de la causa en que se funde.

Art. 29.—En ningún caso se podrá proponer la acción de divorcio cuando hubiere transcurrido cuatro años desde que haya comenzado a existir la causa en que se la pretenda fundar.

Art. 30.—El matrimonio civil precederá al que los contrayentes puedan contraer después, con arreglo a los preceptos de la religión que profesen. Mas la autoridad civil accederá a que ambos matrimonios se contraigan simultáneamente, si así lo pidieren los contrayentes. En este caso, el lugar de la celebración será el designado por el Alcalde Municipal o por el Juez Civil, en su caso.

Los Ministros de cualquiera religión que procedieren a la bendición nupcial, sin que se les haya hecho constar la ceremonia civil por el respectivo funcionario, incurrirán en la pena de doscientos sucres de multa, la cual será impuesta por el Gobernador de la Provincia respectiva. En caso de reincidencia, la multa se sustituirá por prisión de tres meses. Esta pena se impondrá previo juicio verbal sumario, en la forma prescrita para las contravenciones.

Art. 31.—El Alcalde Municipal del cantón en que se haya celebrado el matrimonio civil, es el competente para conocer acerca de la validez o nulidad del matrimonio contraído, así como de los divorcios y de todas las demás incidencias de este contrato.

Art. 32.—Las causas matrimoniales son siempre asuntos de mayor cuantía indeterminada y tendrán tres instancias, cuando se trate de validez, nulidad o divorcio. Además, al tratarse de su validez, intervendrán necesariamente, como partes en el juicio, el Ministerio Fiscal y un defensor de matrimonios, fuera de los contrayentes o de quien los represente, según los casos puntualizados en esta ley.

Art. 33.—Las causas de los matrimonios puramente eclesiásticos, seguirán ventilándose ante la autoridad eclesiástica que haya intervenido en la bendición nupcial del respectivo matrimonio anterior a la vigencia de esta ley.

Art. 34.—Se derogan los Arts. 163 y 164 del Código Civil; y el Art. 165, en vez de "decreto" dirá "sentencia" y en vez de reconoce dirá "declara".

Art. 35.—Las actuaciones correspondientes al matrimonio civil no causan derechos y deberán tramitarse en papel común.

Art. 36.—El Poder Ejecutivo reglamentará la manera especial como debe celebrarse el matrimonio de la clase indígena, sin alterar la parte sustancial de la presente ley.

Art. 37.—Quedan derogadas todas las leyes en cuanto se opongan a la presente.

Dado, etc. Francisco Andrade Marín.— César D. Villavicencio.

Por indicación del H. Franco aceptada por la Comisión, el Art. 9º quedó redactado en los siguientes términos:

"El matrimonio tiene que celebrarse ante el Jefe Político, su Secretario y dos testigos hábiles en las ciudades cabeceras del cantón de cualquiera de los contrayentes o ante el Teniente Político y un Secretario ad hoc en las parroquias rurales. El matrimonio celebrado de otra manera es absolutamente nulo".

Con autorización escrita del respectivo Jefe o Teniente Político cualquiera otro funcionario del orden administrativo puede celebrar válidamente un matrimonio, llenando las demás formalidades expresadas en esta ley.

Por efecto de la aprobación dada a esta reforma, se dispuso que en todos aquellos artículos en que el proyecto habla de Alcalde Municipal y Escribano se sustituya, en su caso, con Jefe o Teniente Político y sus secretarios.

La legislación comparada indica que la mayoría de los pueblos que han adoptado el matrimonio civil confieren la

facultad de autorizarlo al Oficial del Registro Civil, o sea al funcionario a cuyo cargo está la inscripción de las actas del estado civil (nacimiento, matrimonio y defunción) imponiéndole la obligación de inscribir el matrimonio inmediatamente después de celebrado. Entre esos podemos citar en América: la Argentina (Art. 37), Bolivia (Art. 10), Chile (Art. 16, ley de 10 de enero de 1884), Uruguay (Art. 97); y en Europa: Alemania (Art. 1320), Francia (Art. 165), Italia (Art. 93), Holanda (Art. 131), Portugal (Art. 1081).

En el Brasil (Art. 192), Colombia (Art. 135), Cuba (Art. 86), Guatemala (Art. 145), México (Art. 128), Panamá (Art. 109) y España, el matrimonio civil se celebra ante el Juez del domicilio de cualquiera de los contrayentes. En Costa Rica (Art. 60), Ecuador (Art. 9, ley de 3 de octubre de 1902) y Venezuela (Art. 106) ante la autoridad política; y en Honduras y en el Perú, ante el Alcalde Municipal, que es también el funcionario encargado de llevar los Libros del Registro del Estado Civil.

Puede afirmarse, pues, que la mayoría de las legislaciones consideran la facultad de autorizar los matrimonios civiles, como una función del Gobierno local, del Gobierno de la ciudad.

En esto, parece que los pueblos modernos ceden al concepto que el derecho romano atribuía, con razón, al matrimonio.

La plenitud de la capacidad jurídica aparecía integrada en Roma por los tres estados de **libertad, de ciudad y de familia.** El segundo (**status civitatis,** ciudadanía) consistía en aquella relación que liga al individuo con la ciudad, por virtud de la cual formaba parte de esta y se le reconocían ciertos derechos. Tenia por base el estado de libertad, ya que para ser ciudadano se necesitaba ser hombre libre, y, a su vez constituía la base del estado de familia, ya que para ser **pater familias** se necesitaba ser ciudadano, puesto que sólo éste podía contraer **justas nupcias.** El **jus connubii** o sea el derecho de celebrar el matrimonio conforme a las leyes correspondía a los ciudadanos y su consagración, cuando cayó en desuso la **confaerratio** y fue substituída por la **convenio in manu,** debió corresponder al magistrado **Pretor urbanus** que ejercía el Gobierno de la ciudad.

El artículo 10 fue aprobado, y, por partes el 11, añadiendo en el número 2º "la condición de edad".

El Art. 12 fue aprobado, introduciéndose como parte final y en virtud de moción hecha por los HH. Román y González Córdova, la siguiente frase: "Sin perjuicio de la acción criminal".

Los Arts. 13, 14 y 15 se aprobaron sin ningún cambio y el Art. 16 con exclusión del inciso final que fue negado; fueron también aceptados los Arts. 17 y 18 y negados los 19 y 20.

El Art. 23 cuyos números se discutieron y votaron por partes, fue aprobado, añadiéndose como final y parte integrante del número 4º: "El cónyuge culpable queda inhabilitado para casarse en la República por el término de diez años", en virtud de la moción propuesta por el H. Franco con apoyo de los HH. Aráuz y Borrero.

Al leerse el Art. 24 el H. Aráuz pidió la palabra y al concedérsela, dijo: "Discútese en este día la Ley de Matrimonio Civil; ley que va a convertir el matrimonio en un simple contrato, el cual debe comprender en sus disposiciones y conveniencias, tanto al hombre como a la mujer. Y sin embargo, HH. Senadores, veamos lo que este proyecto de ley que está en debate, establece en su Art. 24".

"Son causas del divorcio, dice:

"1º—El adulterio de la mujer.....".

"Difícil se me hace consentir, señor Presidente, que este artículo lo hayan redactado dos abogados liberales, sacerdotes de la justicia, hombres ilustres que debieron recordar que todo contrato debe contener o encerrar iguales derechos e iguales deberes para los contratantes....."

"Disposición liberal sería esta: Son causas del divorcio:

"1º—El adulterio de cualquiera de los cónyuges".

Concluyó haciendo la moción siguiente: "Que el Art. 24 diga: "son causas del divorcio que disuelve el matrimonio: 1º—El adulterio de la mujer, y el concubinato público del marido que ha dejado su hogar abandonado".

Los HH. Andrade Marín, Vela, González Córdova, Franco, Cárdenas, Moncayo y Borrero, tomaron también la palabra haciendo en pro y en contra observaciones con respecto al artículo en debate. Después de otras intervenciones y cerrada ya la discusión, el H. Aráuz pidió la palabra, y como la Presidencia le observara que la discusión se había terminado, apeló a la Cámara, la que confirmó lo resuelto. La moción fue negada.

El Art. 25, por moción del H. Terán con apoyo de los HH. Andrade Marín y González, quedó el número 1º concebido en esta forma:

"El concubinato público del marido".

Se aprobaron los números 2º, 3º y 4º. Fueron negados el 5º, 7º y 9º.

En el número 6º, en lugar de "habitual" se puso "consuetudinaria", y el número 8º, después de larga y sostenida discusión, quedó redactado en esta forma: "Enfermedad grave contagiosa e incurable".

Leído el Art. 26, el H. Terán manifestó que no lo creía concebido en una forma jurídica, y que para mayor claridad pedía se lo redactara así: "La acción de divorcio es sólo personal y corresponde al cónyuge inocente. Elevada a moción, y apoyada por el H. Valdivieso, fue aprobada.

El Art. 27, a petición del mismo Senador Terán, se redactó en esta forma, por haberlo aceptado la Comisión: "Son irrenunciables las acciones de nulidad y de divorcio, y tanto la nulidad como el divorcio producirán sus efectos desde el día en que llegue a ejecutoriarse la sentencia que se diere en el juicio respectivo".

El Art. 28 fue aprobado, negándose el 29.

El inciso primero del Art. 30 fue aprobado, con las siguientes modificaciones: en lugar de: "simultáneamente" se puso "inmediatamente el uno después del otro", y la parte final quedó redactada así: "En este caso el lugar de la celebración del matrimonio podrá ser el salón municipal o la casa de cualquiera de los contrayentes".

Finalmente, el 16 de setiembre, quedó aprobado el proyecto de Ley sobre Matrimonio Civil, con las modificaciones que se expresan:

En el inciso 2º del Art. 30, se pusieron: "$ 500 de multa y tres meses de prisión, en la primera vez, y $ 1.000 y seis meses de prisión, en la segunda, por moción del H. Franco con apoyo del H. Aráuz.

En este mismo artículo se añadió, por indicación del H. Andrade Marín, el siguiente inciso: "El certificado no es necesario si los matrimonios se celebran en un solo acto, en cuyo caso será suficiente que haya constancia de este particular en el acta respectiva".

El Art. 31 empezará así: "El Alcalde Municipal del domicilio de cualquiera de los contrayentes, etc., etc.", por moción del H. Andrade Marín, con apoyo del H. Valdivieso.

En el primer inciso del Art. 32 se suprimieron las palabras: "son siempre asuntos de mayor cuantía"; y se añadió al final del último inciso, lo siguiente: "El defensor de matrimonios será nombrado anualmente por el respectivo Concejo Municipal".

Al final del Art. 35, se añadió lo siguiente, por moción del H. Valdivieso con apoyo del H. Vásconez C.: "Pero sí causarán derechos las actuaciones correspondientes a los juicios de divorcio. Para estas actuacicnes se usará el sello de 3ª clase".

El Art. 36 fue negado.

En el lugar correspondiente se añadió, a propuesta del H. Moncayo A., este artículo: "El Poder Ejecutivo suministrará los libros del caso y los formularios de esta ley, a las autoridades de las parroquias rurales".

A petición del H. Franco se puso este artículo, a continuación del undécimo: "El Jefe o Teniente Político respectivo hará fijar en las puertas del Despacho por ocho días consecutivos, anuncios en que se haga saber el matrimonio que vaya a celebrarse".

"Queda facultado el Jefe Político para dispensar este requisito por las causas que juzgare conveniente y a solicitud de las partes".

El H. Andrade Marín, expresando que en su concepto faltaba un artículo final en la Ley de Matrimonio Civil, hizo con apoyo de los HH. Vela y Villavicencio, la siguiente moción que fue aprobada:

Añádase, como artículo final de la Ley de Matrimonio Civil, el siguiente: "Esta ley empezará a regir desde el 1º de Enero de 1903".

CAMARA DE SENADORES

Sesión del lunes 15 de setiembre de 1902 (Acta Nº 24)

Presidencia del Doctor Aurelio Noboa.

En tercera discusión el proyecto de ley sobre Matrimonio Civil, y puesto en debate el artículo 1º, el **Honorable Banderas,** leyó el siguiente razonamiento:

"Sr. Presidente: Yo negaré mi voto a todo el proyecto que hoy va a discutirse en tercer y definitivo debate. Como católico no puedo contribuir con mi cooperación ni remotísima, a la expedición de una ley que mi conciencia la reconoce anticatólica en todas sus fases. Muy breves razones aduciré, no para convencer a uno siquiera de mis ilustres Colegas que sostienen el proyecto, sino únicamente para que la Nación conozca por qué me he opuesto a su aprobación en el Senado. ¿Ni cómo había yo de tener la pretensión de convencer a los sostenedores del proyecto para sacarlos de su resolución ya formada de antemano, de aprobar esta ley que el radicalismo la considera como una de sus mejores conquistas, a virtud del derecho que le han otorgado los triunfos de la fuerza?

Debo principiar, Sr. Presidente, por declarar que no desconozco, y que sí acato el derecho que tiene la potestad laica para reglamentar, por medio de leyes apropiadas, los efectos civiles del matrimonio; esto es, todo lo que dice relación a los bienes de la sociedad conyugal, a los que los esposos aportan al matrimonio o durante él los adquieran, etc., etc., pero sí niego que la autoridad civil pueda legislar acerca del matrimonio cristiano, considerado bajo su divina y sustancial institución.

El matrimonio considerado como contrato y como sacramento, cae exclusivamente bajo el imperio de la autoridad y de la jurisdicción eclesiástica, sin que a la civil le sea facultativo inmiscuirse en su celebración, sin atribuirse arbitrariamente una potestad muy ajena de su naturaleza y de sus facultades.

En efecto: apenas el primer hombre abrió sus ojos a la vida que le infundió Dios Creador, no estuvo en la mente divina dejar a ese hombre, creado a su imagen y semejanza, solo y errante en el paraíso de las delicias, en el mundo que acababa de salir de sus manos providentísimas. La omnipotencia del Creador resolvió dar al rey de la naturaleza una compañera: dormido Adán, extrae Dios una de sus costillas y del fondo del mismo, de la sustancia íntima del primer hombre que lo destinaba para progenitor de la especie humana, formó a la que, siendo la esposa reina de ese rey, había de ser también su cooperadora en la propagación del humano linaje.

Vuelto Adán del sueño misterioso halló a su lado la compañera que Dios le diera: la reconoció como a la carne de su carne y al hueso de sus huesos, y la amó con profundo, con bendecido amor.

Consumada la creación de los dos primeros padres, quedó por el mismo hecho, instituído, por Dios, no por el hombre, si bien, no como sacramento, porque aún no había llegado la época, sí como oficio de la naturaleza, si me he de valer de la expresión del Angel de las Escuelas.

Así creados esos cónyuges fueron el principio natural del linaje humano, linaje que debía conservarse multiplicándose de generación en generación hasta el fin de los tiempos.

Podemos, pues, asegurar, sin temor de errar, que ese matrimonio natural bendecido en el paraíso por el Creador, fue el fundamento y el origen de la familia, esto es, de la sociedad doméstica y por ende de la sociedad política, porque ésta se compone de las familias reunidas en agrupación social y pública, con sujeción a una autoridad visible que la gobierne. Por eso quiso Dios que esa institución, la del matrimonio, fuese bendecida por El para que fuese santa, prescribéndole leyes y preceptos, cuya perpetuidad e inviolabilidad recomendó a la Religión. Llegados los tiempos proféticos, Jesucristo Redentor dio al matrimonio nuevo y magnífico esplendor, elevándolo a Sacramento, abrogando todo aquello que Moisés, por la naturaleza de los tiempos, había permitido a los Judíos, y anatematizó el libelo de repudio. La potestad que Jesucristo recibió de su Padre, se la comunicó a su Iglesia y no a los príncipes temporales, para que su Iglesia únicamente,

por medio de su Concilio y Pontífices dictara leyes e impusiera los preceptos y condiciones para el gobierno y la administración de los Sacramentos que dejaba instituídos, siendo uno de ellos el Sacramento del Matrimonio.

Síguese de aquí, ilación lógica, que sólo a la Iglesia corresponde por divina institución bendecir la celebración del matrimonio de los cristianos, establecer los impedimentos que como dirimentes lo anulen, y que como impedimentos estorben su celebración, entre tanto la Iglesia renueva el óbice, con su poder de dispensarlo.

Es, pues, preciso que no perdamos de vista este principio fundamental del matrimonio cristiano, y es, de que en él es inseparable el contrato del sacramento; en una palabra, que si no hay sacramento no hay contrato, ni viceversa.

Este dogma católico es naturalmente mirado con aversión por los antiguos y modernos librepensadores porque su inconcusa evidencia y su fuerza irresistible combaten y destruyen la falsa distinción que los seudo-radicales han tratado de establecer entre el contrato y el sacramento matrimonial, considerando el uno independiente del otro, para deducir de aquí que el matrimonio es un contrato puramente humano, sujeto sólo a la jurisdicción civil y en el que la Iglesia de ninguna manera tenía que intervenir, aun en la hipótesis de que fuera sacramento, porque esta condición sobrenatural sobreviene al matrimonio después de su perfecta celebración en el orden civil. El siglo XVIII abundó en escritores y magistrados que difundieron esta misma doctrina, hasta que alcanzaron que la Corte de Austria declarase por una Ley que el contrato civil debe ser anterior al Sacramento, esto es que el contrato era separable del sacramento, error que aun fue aceptado en el Código de Napoleón.

Esta malhadada distinción campea en el proyecto puesto en debate, distinción de la cual el radicalismo impío de otros países, así como del nuestro, ha hecho la tajante espada con que ataca y hiere la doctrina católica invadiéndola en lo más íntimo de sus inalienables instituciones. Cúmpleme, pues, al impugnar el proyecto, manifestar brevemente la falsedad de tal distinción, y para esto no hay más que examinar con calma y desapasionado criterio, la naturaleza misma del matrimonio cristiano y el modo con que, en todos los tiempos, ha procedido la Iglesia Católica.

Para que haya matrimonio es necesario que haya consentimiento expresado con libertad y voluntad de los futuros esposos. Al punto mismo de haber hecho la espontánea manifestación del consentimiento ante el párroco respectivo, según precepto del Tridentino, se han realizado el contrato y el sacramento, porque el Párroco no concurre al matrimonio

como Ministro sino como testigo autorizado por la Iglesia y designado como tal por el Concilio de Trento. Convenidos como tenemos que convenir, en que son el consentimiento y la bendición nupcial lo que hace al matrimonio cristiano, no puede considerarse como cosa distinta y separable el contrato del sacramento, ni éste de aquél.

El mismo matrimonio instituído por Dios en el Paraíso antes de la prevaricación de nuestros primeros padres, es el que fue elevado a Sacramento por Jesucristo. El Matrimonio instituído por Dios en el estado de la naturaleza pura, fue un signo figurativo de la conjunción de Jesucristo con la Iglesia; y como en esta unión consiste el sacramento instituído por el Redentor, se sigue lógicamente que es inseparable el sacramento del contrato.

Si elevamos nuestra consideración a las cosas del orden puramente civil, de lo que racionemos respecto de los contratos que celebramos y para cuyo perfeccionamiento la autoridad civil ha establecido ciertos requisitos y condiciones, veremos que esos pactos no llegan a ser efectivos, mientras no se llenen esas condiciones, la de la escritura pública, por ejemplo, para las capitulaciones matrimoniales. En tales casos las solemnidades y requisitos exigidos por la ley nada añaden a lo pactado: lo único que acontece es, que faltando al cumplimiento de esas condiciones legales, no se ha perfeccionado el contrato, o en otros términos, no existe el contrato. Sería, pues un absurdo radical afirmar que son dos cosas distintas y separables el contrato y la escritura. Cosa idéntica pasa en el matrimonio cristiano. Según ineludible mandato del Concilio de Trento no hay matrimonio si no se lo contrae a presencia del Párroco propio o de su delegado, manifestando ante él su consentimiento los contrayentes; luego, pues, el consentimiento y la presencia del Párroco constituyen el matrimonio indivisiblemente; luego el consentimiento y el sacramento no son dos cosas distintas y separables.

Previos estos antecedentes que he creído debía sentarlos para dar vuelo, aunque demasiado corto, a mis convicciones en contrario del proyecto, entro a impugnarlo considerándolo en su naturaleza misma.

Prescindo de hablaros de la inconstitucionalidad del proyecto porque alguno de los honorables Senadores, lo impugnará bajo este aspecto.

Digo pues, yo, señor Presidente: 1º Que el matrimonio civil por su naturaleza es un funesto concubinato, en los países como en el Ecuador donde está vigente el Concilio de Trento.

2º—El matrimonio civil por su naturaleza es contrario a la indisolubilidad del matrimonio cristiano, y favorece al divorcio.

3º—El matrimonio civil por su naturaleza se opone a la unidad del matrimonio cristiano, y favorece la poligamia; y

4º—El matrimonio civil por su naturaleza tiende a la ruina de la familia y de la sociedad.

Pruebo primero: Entendiéndose por matrimonio civil el que según el proyecto, se contrae en presencia de los magistrados civiles solamente, prescindiendo en absoluto de lo establecido por el Concilio de Trento, síguese que tal matrimonio, para los católicos es nulo, porque existe el impedimento dirimente, cual es, el de la falta del Párroco o de su delegado.

Así como en el contrato civil de compra-venta de bienes raíces no existe legalmente el contrato si no se ha otorgado por escritura pública, de igual manera al faltar en el matrimonio entre católicos, la presencia del Párroco, el matrimonio es nulo, y siendo írrito y nulo, los que viven en vida maridable, solamente en razón del matrimonio contraído ante la judicatura civil, viven en público concubinato, con las circunstancias que a los católicos no puede ocultárseles que la potestad civil al establecer el dicho matrimonio usurpó osadamente una jurisdicción que no la tenía, sustrayéndolos de la jurisdicción y del imperio de la Iglesia Católica, que al matrimonio lo considera cosa santa, cosa sagrada por ser sacramento y no cosa profana como lo considera el Proyecto.

Al legislar el Estado sobre lo intrínseco y sustancial del matrimonio traspasa la esfera de sus atribuciones e invade los derechos y prerrogativas de la Iglesia Católica, poniendo mano intrusa para segar en mies ajena, abusando del poderío de la fuerza y de la lenidad y debilidad material de la Iglesia que no cuenta como los Poderes del Estado, con cañones y ejércitos para repeler a sus usurpadores armados.

Para la prueba de mis proposiciones tengo, pues, que apelar a las fuentes purísimas de donde emana la verdad en raudales inagotables a la doctrina católica, esto es, el magisterio infalible de la Iglesia; y por cierto no llamará la atención de que acuda a él a cada paso, así como a mí no me tomará de nuevo que los sostenedores del proyecto, abunden en citas a los propagandistas de la reforma luterana.

Así para dar la última mano a la prueba de mi primera proposición, copio aquí una parte de la carta que la Santidad de Pío IX, de venerada recordación dirigió al Rey de Cerdeña el 19 de setiembre de 1852.

Dice así: "Es un dogma de fe que el matrimonio ha sido elevado por Nuestro Señor Jesucristo a la dignidad de Sacramento y es un punto de la doctrina de la Iglesia Católica

que el sacramento no es una cualidad accidental sobreañadida al contrato sino que es de la esencia del matrimonio; de tal suerte que la unión conyugal entre cristianos no es legítima sino en el matrimonio-sacramento, fuera del cual no hay más que un puro concubinato".

"Una ley civil que, suponiedo el sacramento divisible del contrato del matrimonio para los católicos, pretende reglar su validez, contradice la doctrina de la Iglesia, usurpa sus derechos inalienables, y en la práctica pone en la misma categoría el concubinato y el sacramento del matrimonio, sancionando ambos como igualmente legítimos".

"Que el César conservando lo que toca al César, deje a la Iglesia lo que es de la Iglesia; no hay otro modo de conciliación .....".

"Disponga el Poder Civil acerca de los efectos civiles que se derivan del matrimonio, pero deje a la Iglesia reglar la validez del matrimonio mismo entre cristianos .....".

El mismo Pontífice en la alocución pronunciada el 27 del mismo mes y año citados, deplorando y condenando los ataques que infirieran a la Religión en la Nueva Granada y al ocuparse de la Ley de Matrimonio Civil, dijo: "Nada decimos de aquel otro decreto en que despreciando de todo el misterio del matrimonio, su dignidad y su santidad, e ignorando absolutamente su institución y su naturaleza, menospreciando y echando por tierra la potestad de la Iglesia acerca de él se proponía, siguiendo de los errores condenados de los herejes, y oponiéndose a la doctrina de la Iglesia Católica que se considerase y tuviese el matrimonio como un contrato civil y no más: que en varios casos se estableciese el divorcio propiamente tal y que todas las causas matrimoniales se llevasen a los tribunales civiles y se juzgasen por ellos, siendo así que ningún católico ignora ni puede ignorar que el matrimonio es verdadero y propiamente uno de los siete sacramentos de la Ley Evangélica, instituído por Jesucristo, que por tanto, no puede haber entre los fieles, matrimonio que al mismo tiempo no sea sacramento; que, lo mismo, cualquier enlace de varón o mujer cristianos fuera del sacramento, aun celebrado en virtud de cualquiera ley civil, no es otra cosa que un torpe y funesto concubinato tantas veces condenado por la Iglesia; que el sacramento nunca puede separarse del contrato conyugal, y que a la Iglesia pertenece decretar todo lo que al mismo sacramento de cualquier modo le toque".

El matrimonio civil por su naturaleza es contrario a la indisolubilidad del matrimonio cristiano y favorece al divorcio.

Por las siguientes palabras de Jesucristo: "Lo que Dios unió el hombre no lo separe"; la indisolubidad del vínculo

matrimonial, está fuera de toda duda, porque el matrimonio cristiano es real y verdadero sacramento, y por lo mismo, el matrimonio civil se opone a esta indisolubilidad absoluta porque lo hace disoluble por medio del divorcio.

Como el matrimonio civil considerado en sí no es sacramento y esto lo dice el Art. 24 del proyecto y como tal vínculo indisoluble sólo existe en el matrimonio cristiano porque la religión le comunica el fundamento de la indisolubilidad, síguese que el llamado matrimonio civil se opone a esta indisolubilidad.

Es un hecho histórico muy conocido, sin duda alguna, por todos los que me escuchan, el siguiente: "Federico II Rey de Prusia en 1780, observando que en aquel reyno se presentaban dificultades para la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges estaban en desacuerdo de seguir en la vida conyugal, y considerando que aquellas dificultades se oponían al aumento de la poblacón, por cuanto los cónyuges no se unían, expidió disposiciones encaminadas a facilitar el divorcio y que éste disolviera el vínculo.

Tales disposiciones produjeron el resultado apetecido, pues hubo época que en un solo año, el de 1837, los tribunales de Prusia decretaron 2.392 divorcios de 3.888 demandas.

A este respecto registra L'Univers de 18 de mayo de 1855 un artículo referente al periódico protestante Kirchelage y dice: "Todo el mundo sabe que la Legislación Prusiana ha venido a relajar de tal manera el vínculo conyugal, que basta la menor incompatibilidad de genio para romperlo y aun para reanudarlo con la misma consorte, cuando uno se cansa de la segunda. Lástima es que Enrique VII no hubiera podido aprovecharse de un Código tan cómodo, pues hubiera economizado tanta sangre como derramó y podido añadir uno o dos nombres más a la lista de sus concubinas. Mirando esto a la luz del Evangelio, semejante Legislación consagra el adulterio; y se concibe fácilmente que se alarme todo el que tenga sentimientos cristianos, cuando el que lo tiene de moralidad no mas, no puede menos de alarmarse. El estrecho lazo que une en Alemania a la Iglesia con el Estado le condena consagrar estos adulterios legales. En confirmación de esto véase el catálogo de los divorcios que tuvieron lugar durante un período de tres años, anterior al de 1854: el término medio es de 2.841 por año en el territorio de la monarquía Prusiana. En este número se comprenden 875 que tuvieron lugar en la parroquia de Brandeburg, al paso que en la Rhenana que se rige por el Código de Napoleón sólo hubo veinte y cuatro, es verdad que en ella hay pocos protestantes. En 1854 la Legislación se hizo más severa; sin embargo en aquella provincia el término medio es de 744 por año, aún hoy día.

3ª Proposición. El matrimonio civil por su naturaleza se opone a la unidad del matrimonio cristiano y favorece la poligamia.

He manifestado ya, Sr. Presidente, que los católicos, según el Concilio de Trento, no pueden contraer matrimonio sino en la forma prescrita por él y que al celebrarlo de otra manera el matrimonio es nulo. Ahora bien, según el dogma católico "no es lícito a los cristianos tener al mismo tiempo varias mujeres porque Dios lo prohibe". Síguese de aquí que existiendo un matrimonio, no puede ni el esposo ni la esposa contraer otro porque se lo estorba absolutmaente la existencia de un impedimento dirimente llamado ligamen. En el matrimonio civil no acontece lo propio desde que se establece la disolución del vínculo por el divorcio, declarado el cual, los cónyuges pueden contraer cuantos matrimonios sucesivos lo quieran. Siendo, pues, tan fácilmente disoluble el vínculo queda legal y materialmente establecida la poligamia; y tendremos quizá que presenciar el terrible escándalo de que viviendo aún la primera mujer, el esposo tenga una segunda, como puede tener una tercera, etc., que es en lo que consiste la poligamia, según la doctrina católica. Pero se me replicará, si disuelto el primer matrimonio no puede tener lugar la poligamia, porque los cónyuges han quedado hábiles para contraer otro nuevo. Contesto que este argumento no tiene fuerza alguna, ya porque la misma disolución del vínculo entre cristianos es absolutamente opuesta a la indisolubilidad del matrimonio, y ya porque la disolución del primer enlace, porque el divorcio daría a la segunda y ulteriores nupcias el carácter de una poligamia material, aunque no formal, por el mismo hecho que el matrimonio civil es en sí mismo nada más que un funesto concubinato.

Por esto es que la Iglesia Católica declara írrito y nulo un matrimonio entre cristianos que no se haya celebrado con arreglo al Tridentino; y como el matrimonio civil que se trata de establecer en el Ecuador echa por tierra lo establecido por la Iglesia por medio de sus Concilios y sus Pontífices, es lógico concluír que el divorcio que disuelve el matrimonio consagra la poligamia sucesiva. A esos casados civilmente y que pueden repudiar a sus mujeres, a sus maridos, puede decirse lo que Jesucristo dijo a la polígama samaritana: "Cinco maridos supuestos tuviste y aún el que ahora tienes no es tu marido".

4ª Proposición. El matrimonio civil por su naturaleza tiende a la ruina de la familia y de la sociedad.

Todo aquello que relaja los vínculos de la sociedad, ya que ésta se compone de las familias reunidas en agrupación civil.

El matrimonio del proyecto, ya en sus relaciones, ya en sus efectos, con respecto a la religión, a la autoridad paterna, y a la autoridad pública, produce, por el germen de inmoralidad que encierra en sí, los resultados que enuncia mi proposición. En efecto: examinada la cuestión como nos presenta el Cristianismo, hallaremos que el fundamento más sólido sobre el cual descansa la sociedad doméstica y la política, es sin duda, la religión, pero la religión verdadera que es la católica. Esta, por la sabiduría y la moralidad de los preceptos que establece y enseña, ejerce una decisiva influencia en la voluntad y en la inteligencia del hombre, pues penetrando hasta en los más recónditos repliegues del corazón humano le sirve de guía para marcar sus acciones y sus determinaciones con el sello de la honestidad, encaminando su libertad por la senda del bien obrar. Quien contrae, pues, un matrimonio, haciendo desprecio de los mandatos de a Iglesia, echando en saco roto sus decisiones y amonestaciones, ha dañado su corazón y ha pervertido su concienda; y donde la religión no ejerce ya su benéfico y saludable influjo, se ha debilitado, si es que no se ha extinguido totalmente la virtud y la noción del bien. Una familia, pues, formada por padres que no pueden inspirar a sus hijos los sentimientos del temor al mal que deben evitar: un padre incrédulo y concubinario; una madre que ha recogido las alas del pudor cristiano para desplegar las del gananismo, no puede jamás crear una familia cristiana; y una familia educada sin los estímulos que infunden sólo la religión, no puede tampoco hallar la dicha en el hogar, ni dar hombres útiles para la sociedad, ni mujeres virtuosas para formar un nuevo hogar. Es la religión la que enseña a los hijos a respetar y amar a sus padres y a éstos a crear, educar y sostener a sus hijos; pero desterremos la religión del hogar y tendremos que los hijos formados y desarrollados bajo el pernicioso ejemplo de sus padres libertinos, convierten la sociedad doméstica en un laberinto de discordias y emulaciones, de soberbia y desafecto, de irrespeto y de insubordinación, porque se ha perdido la noción del bien y se han relajado los vínculos del amor cristiano, ocupando su lugar los inmorales apetitos de la más repugnante prostitución. Y estas familias amamantadas con leche de vívoras, salen a formar la sociedad política y ya podemos hacernos cargo de qué clase de sociedad será aquella compuesta de hombres que primero se divorcian de la religión para divorciarse de la familia.

La religión de Jesucristo enseña a los hombres el respeto y sometimiento a la autoridad pública, desde que pregona la máxima social de que: "Los Reyes reinan y los Príncipes imperan por Dios, porque todo poder viene de Dios". Esa reli-

gión de la cual hace sacrílego desprecio el proyecto de matrimonio civil, declara y enseña que el que resiste a la potestad, resiste a la ordenación de Dios; y por eso dijo el Apóstol de las Gentes: "Estad sujetos en todo tiempo a los señores, no sólo a los buenos sino también a los díscolos"; y luego después impone a los fieles terminantemente este precepto: "Temed a Dios y honrad al Rey", con el cual nos da a conocer que la doctrina precedente enseñada por el Hombre-Dios, inspira al hombre humano un sagrado y religioso respeto a la autoridad y que dentro de la religión católica andan juntos el amor a Dios y el amor a los magistrados. Pero toda esta divina, esta sublime economía, la relaja todo aquel que hace menosprecio de la religión y forzosamente menosprecia la autoridad pública de una Nación católica que enseña a sus súbditos no someterse a los mandamientos de la Ley de Dios y de su Iglesia, el caso concreto de que vengo hablando, la ley del matrimonio civil hace desprecio del sacramento del matrimonio, menospreciando la ley eclesiástica conforme a la cual debe contraerse este sacramento. La irreligión es la que más eficazmente desorganiza familias y por consiguiente sociedades; porque la irreligión no inspira jamás en los ciudadanos el temor de Dios, ni honradez, ni probidad, ni el hogar doméstico está bien tenido, ni la República puede considerarse segura con semejantes súbditos.

"Todos los que han escrito de política, dice un eminente escritor contemporáneo, para formar sus juicios, acerca de la estabilidad de un imperio o de sus más o menos próxima ruina, a lo que principalmente se atuvieron y lo que especialmente consideraron, fue el estado de las costumbres públicas de los ciudadanos; y su pureza o corrupción fueron sobre los que fundaron su juicio. Pues donde la religión está en observancia, donde perseveran inalterables la moral y la pureza de las buenas costumbres, el pueblo es fuerte, es poderoso, tiene vida y fuerza y no debe temer de los extraños; porque donde todos conspiran a un objeto parece que no hay sino un solo hombre. Pero cuando el pueblo se extravía, cuando comienza como a deslizarse en su seno el desprecio a la religión, cuando se vilipendian las leyes y se forman partidos y facciones, cuando se conculca la moral pública y se anda como a caza de novedades que lisonjean los vicios, semejante pueblo ha decaído de su dignidad y todos lo consideran como próximo a su ruina y en vía de perecer".

Concluyo, señores, por ahora repitiendo las palabras del inmortal Pontífice León XIII, dichas al hablar de las leyes semejantes a las del proyecto en discusión introducidas en las Cámaras de Italia: "Ante la inminencia de estos peligros, se puede comprender tanto más nuestros sentimientos cuanto

menos merecen pasar por calamidad tanta: la gran mayoría de ellos conserva fielmente por la gracia de Dios, las buenas costumbres y las reglas católicas, al ejemplo de sus padres y de sus abuelos".

Esperamos con todo, que aquellos que deben definir acerca del proyecto en cuestión, terminarán por aceptar mejores designios. Sean en ellos cualquiera el ardor de las pasiones políticas, no han cerrado por completo los oídos a la voz de la religión de sus antepasados, y no rechazan por lo mismo, completamente aquel buen sentido y la sabiduría que debe ser innata en el Senado ecuatoriano.

Es de mi deber dejar constancia, como ya lo dije hace un momento, de que los razonamientos con que he fastidiado a esta H. Cámara, no son de mi propio peculio exclusivamente: era pues necesario tomar ideas en algunas de las obras de notables escritores de Derecho Público Eclesiástico, para persuadirlos a lo menos de que no he impugnado el proyecto por un motivo de intransigencia política, sino por hallarme convencido de la inconcusa verdad de los principios que he sostenido; y al hacerlo así lo he hecho con la misma libertad con que los corifeos de la reforma lo hacen acudiendo a las doctrinas de los escritores radicales. Espero no me tacharéis de irrespetuoso al acatamiento que debo a la más augusta de las instituciones democráticas, el Senado de la República, de cuya sensatez espera el pueblo ecuatoriano que no pasará a ser ley del Estado el proyecto en discusión.

EL H. RIOFRIO.—Sr. Presidente: Un solo argumento se había aducido contra mis anteriores razonamientos al tratarse de la tan compleja como vital cuestión sobre matrimonio civil; este único argumento, sin añadir ni quitar una palabra, consiste en que rigiendo en los demás países la ley sobre matrimonio civil, debe regir en el Ecuador. Limítome a citar el testimonio de la Escuela Radical persuadido de que él pesará fuertemente en el ánimo de los autores del proyecto y sus reformas; mas el resultado no ha correspondido a mis esperanzas y véome obligado a entrar en el fondo de la cuestión en el terreno filosófico; ojalá mis contrarios no se apartaran en su calidad de legisladores, un solo punto de él. Por lo demás, señores, en la defensa que emprendo no tiene parte alguna la política: trátase de las bases fundamentales de la sociedad ecuatoriana y los hombres de todos los colores políticos están interesados en su conservación. Mas si, lo que yo no pienso, para terciar en esta clase de debates se requiere algunas ejecutorias, puedo presentarlas con orgullo a la H. Cámara. Si mis HH. Colegas se glorían de rendir culto a la libertad, de amarla con ardor, yo también la he amado y la amo con delirio, yo también la he erigido un altar en mi co-

razón desde mi niñez, y porque la respeto y la amo no la he deshonrado jamás: nunca he pactado con la tiranía, dígolo en alta voz sin temor de ser desmentido por cuantos conocen mi vida pública y aun mi vida privada. Prosigo: todos los países civilizados tienen ley sobre matrimonio civil, luego debe tenerla el Ecuador. Yo invertiría la proposición en esta forma: los países bárbaros han tenido matrimonio civil, nótese que hablo de tal matrimonio en oposición al matrimonio cristiano, y me es permitido desde luego sacar esta consecuencia: el Ecuador es país civilizado, luego no debe tener matrimonio civil.

En efecto, señores, lo que había distinguido sobre todas las naciones civilizadas de aquellas que habían quedado envueltas en las tinieblas de la ignorancia y el vicio, era su constitución social, poniendo por fundamento el matrimonio cristiano, y por ende la familia. Sin esto, señores, nosotros mismos que pregonamos el proyecto, aún permaneceríamos rodeados de sombras.

Pero las circunstancias, el modo de ser social del Ecuador difiere sustancialmente de las circunstancias y modo de ser social de los demás países civilizados, sin que por esto aquélla haya descendido un solo grado en la escala de la civilización. Esto quedará probado en el curso de mi argumentación.

La Constitución de la República, en su Art. 12 dice: "La religión de los ecuatorianos es la católica, apostólica, romana ..... los Poderes Públicos están obligados a defenderla y respetarla". Dos partes tiene esta disposición constitucional: la primera es el reconocimiento de un hecho preexistente, que desde luego nadie puede poner en duda; la segunda impone una obligación, derivada, como rigurosa consecuencia de la primera.

He aquí, señores, el fundamento, el punto de partida de todas las leyes secundarias en el orden político-religioso. Y nótese de paso que tal disposición constitucional no es obra mía, ni en su origen, ni en reciente ocasión en que se propuso las reformas constitucionales, obra es de los mismos defensores del proyecto que se discute. No es obra mía, porque en la terrible disyuntiva de tener una Iglesia esclava bajo la conyunda de una ley falsamente interpretada, o una Iglesia libre, no cabe vacilación.

Sentada, pues, la base de la legislación en materias que conciernen al orden religioso, es rigurosamente lógico que la ley civil no puede poner trabas al libre ejercicio de esa religión que los legisladores están obligados a proteger y respetar; y desde luego, al matrimonio, reconocido como uno de los sacramentos de la Iglesia Católica.

Descendiendo a la aplicación de este principio, podría objetársememe que la ley civil no impide la celebración del sacramento, limitándose en la esfera que le es propia, a establecer reglas según las cuales ha de tenerse por válidamente celebrado el contrato. Por desgracia, señores, no es así: allí están las disposiciones encaminadas a prohibir el matrimonio eclesiástico en tales o cuales ocasiones bajo las más severas penas.

En tal conducta hay la más monstruosa inconsecuencia. Una de dos: o el Estado está obligado a respetar los dogmas de la Iglesia Católica, o no. En el primer caso nadie puede poner en duda que con el proyecto de matrimonio civil, se quebranta abiertamente la Carta Fundamental; y en el segundo, esto es, supuesta la independencia de la Iglesia, más claro, la separación de ésta del Estado, doctrina profesada por muchos, el proyecto en cuestión es un atentado contra la libertad.

Pero a lo menos pudiera creerse que para llegar a estos extremos condenados por la razón y el buen sentido, existen poderosísimos motivos de interés público. Me permitirán los HH. Legisladores interrogarles: ¿La intervención del sacerdote católico es contraria a la esencia del contrato matrimonial? ¿No es acaso doctrina de la Iglesia Católica que en el matrimonio existe un verdadero y formal contrato, revistiendo a éste de todas las formalidades que pudiera apetecerse? La Iglesia, señores, tratándose de la base fundamental de la familia y de la sociedad, va mucho más lejos; a ese contrato de suyo inseguro, como todas las obras humanas le ha puesto un sello divino que asegure la unidad y la perpetuidad del matrimonio, dos caracteres esenciales que afianzan la familia y la sociedad.

Pero no es esto todo: abiertas las puertas del divorcio, se las abre de par en par a la más espantosa corrupción; se degrada a la mujer redimida por el matrimonio cristiano; se priva a los hijos de las dulzuras y encantos del hogar, se afloja, se nulan los derechos de la paternidad, y se destruye la familia. Y todo esto por qué, señores? —Porque no hay país civilizado que no tenga matrimonio civil; y bien podéis reducir a esfera ese cúmulo inmenso de crímenes de que son teatro aquellos países que están en vía de descomposición social. Enumerad si podéis, los divorcios que sólo en Francia registra anualmente la Estadística: allí como en todas partes puede decirse que ya no existe el hogar, ese santuario bendito cuyo recuerdo hace palpitar fuertemente el corazón de todo católico hasta los últimos instantes de la vida, que forma su carácter y decide su porvenir.

Se ha dicho que el Ecuador debe allanar el camino a la inmigración facilitando el enlace de los extranjeros. Pesad os ruego la fuerza de este argumento. Conque con sólo la expectativa de la inmigración se ha de dar una ley que desquicie el edificio social? Por sóla esta esperanza se ha de ir sobre la Carta Fundamental, se ha de herir la conciencia pública, se ha de obligar al católico a abjurar sus dogmas y al sacerdote a conculcar sus deberes?

No legisláis, señores, por los ecuatorianos y para los ecuatorianos ¿Y creéis que habrá uno solo que no mire con horror una ley que favorece la perfidia y la mala fe de que será víctima, sobre todo, la candorosa mujer cristiana?

No concluiré sin rectificar uno de los conceptos del H. Andrade Marín, quien dice que en el Perú se halla establecido el matrimonio civil. Puede ser que en este último año se haya sancionado la ley; lo que yo sé es que se ha establecido, no para los católicos sino para los disidentes.

Bien convencido estoy, señor, que mi palabra forma nota discordante en el Senado; mis ideas, mis pensamientos y temores son reputados como fútiles preocupaciones, como intemperancia partidarista; pero que conste a lo menos esa palabra para el día, no muy lejano tal vez, en que la Nación ecuatoriana se vea amenazada de una catástrofe social. Por lo que hace a mí, penetrado como me hallo de la verdad en fuerza de la independencia de mi carácter, y de mis creencias profundamente arraigadas en mi alma, declaro ante el Senado y ante la República entera que no acepto ni aceptaré jamás ninguna de las disposiciones contenidas en el proyecto que se discute.

EL H. MONCAYO. H.—Sr. Presidente: Ya que ninguno de los HH. Senadores que llevan el título de abogado, y que por consiguiente deben tener mejores conocimientos sobre el trascendental punto que hoy se trata, han tomado la palabra; lo haré yo, pero únicamente para combatir el principio que como fundamento de su discurso ha sentado el H. Dr. Banderas: Que el matrimonio, siendo santo y divino, emanado del mismo Dios, no puede ser bueno sino cuando lo bendice ese mismo Dios. Para esto se ha remontado al origen bíblico de nuestros primeros padres, y dice: que creados Adán y Eva, los unió Dios en matrimonio, echándoles su bendición divina, de donde deduce que para que el matrimonio sea válido y bueno debe estar santificado por la bendición de Dios o por la del sacerdote, como su representante en la tierra.

Voy, pues, a probar con el Génesis mismo, sin apartarme de la doctrina de Moisés, siguiendo en sus distintas épocas la larga historia de los tiempos bíblicos, tenida como sagrada por la Iglesia Romana, que después que Dios unió a

Adán y Eva en el Paraíso, jamás vuelve a aparecer interviniendo en ninguno de los matrimonios de su pueblo escogido.

No quiero hacer suposición ninguna sobre cómo se verificarían los matrimonios entre los primeros hijos de Adán; y dejando un largo lapso de tiempo voy al de los Patriarcas. El primero y muy notable matrimonio de que hace mención la Biblia, es el de Isaac con Rebeca, y lo que de él se refiere es: que Abraham, queriendo casar a su hijo Isaac despachó a su siervo Eliezer a la Mesopotamia, a buscarle esposa, de su propio linaje; que el padre de Rebeca halagado por los presentes que recibió, entregó a su hija para que fuese conducida al país a casa de Abraham, donde se celebró el matrimonio, sin ceremonia en que interviniese ningún sacerdote. El segundo matrimonio entonces mencionado, es el de Jacob, a quien su tío Labán le entrega dos hijas sin más ceremonias que introducirlas en la obscuridad de la noche en el dormitorio de Jacob de las que tuvo doce hijos, uno de éstos, Judá, base de la casa de sus padres; y pasando a lo que ellos llamaban Nación de Hombres, contrae matrimonio sin pedir consentimiento al padre ni bendición sacerdotal. Judá tuvo tres hijos: el primero casóse conforme a las costumbres israelitas, haciendo que los padres de la joven se la entregaran por esposa, sin que sacerdote alguno interviniera en ello. Muerto su primer hijo Judá entrega el segundo a la viuda, cumpliendo con la ley que así lo ordenaba, cuando la viuda quedaba sin descendencia; y en todos estos no vemos que haya intervención alguna sacerdotal, prueba inequívoca de que todo pende de los usos de los hombres o de las leyes por ellos establecidas. Esto, en los tiempos patriarcales: vamos al de los Reyes: Saúl promete la mano de su primera hija al que venciere al gigante Goliat; y aunque no cumple su palabra entregando su primera hija al vencedor David, le da la segunda, deciéndole: "te la doy en precio de tu valor". Y no se arguya que en esos tiempos no hubo sacerdotes: los hubo: pues que a la vez la Historia nos habla de las faltas de Saúl y de las represiones que el Sacerdote Samuel le hizo.

Después persuadido por Saúl, pasó David a Gaza y allí se vuelve a casar con la princesa Tamar, sin bendición sacerdotal.

Vuelto a la Judea toma una tercera esposa, a Abigaíl, también sin intervención de sacerdote. Todo esto está probando que si Dios unió a Adán y Eva en el Paraíso diciéndoles: "Creced y multiplicaos", no les puso como condición indispensable que esa unión había de ser bendecida por una mano sacerdotal. Y así, si recorriera toda la Historia Antigua, llamada Sagrada, y que sirve de Canón a la Iglesia, hasta llegar a los tiempos venturosos de José y María, encontraríamos que nun-

ca se necesitó de bendición de sacerdote para que haya matrimonio. Si pues, en esos tiempos y entre los pueblos que se llamaban hijos de Dios, para que fuese válido el matrimonio no se necesitaba la ceremonia sacerdotal, ¿por qué ahora ha de ser indispensable que un sacerdote bendiga a los desposados para que el matrimonio produzca los efectos de que ha hecho mención el H. Banderas? ¿Por qué cuando el Jefe Político, mediante las leyes que el Congreso ecuatoriano expida, les diga a los contrayentes: "Os declaro casados en nombre de la Ley, puesto que tal es vuestra voluntad", ha de dejar de producir los efectos el matrimonio, de tener hijos, adquirir fortuna e invertir en los negocios de la Administración Pública?

El H. Banderas ha cerrado su discurso, diciendo que las naciones en donde no impera el matrimonio eclesiástico son débiles, desgraciadas, impotentes; ésto es ir contra lo que nos demuestra la historia de todos los pueblos:: En Inglaterra, Francia, Alemania, en esas naciones las más poderosas de Europa; en los Estados Unidos del Norte, la nación más civilizada del Continente Americano, no existe el matrimonio civil? ¿No es conforme a las leyes civiles que se casan? Y se ha de decir que esas naciones, porque tienen matrimonio civil son desgraciadas, débiles, impotentes? No señor; que son las más ricas y poderosas del Mundo. Estos dos puntos solamente he querido combatir en la argumentación del H. Dr. Banderas, dejando que los HH. que son abogados traten de los puntos jurídicos que contiene su discurso.

EL H. BANDERAS.—Una rectificación tengo que hacer. En cuanto a que hayan faltado sacerdotes que presencien el matrimonio, en la ley antigua, creo que no he podido sentar un anacronismo. Si la presencia del párroco venía después de la bendición del matrimonio como sacramento en las bodas de Canaan. Si instituyó antes del cristianismo por Dios, no como sacramento sino como oficio de la naturaleza, por consiguiente, cae pues, la réplica del H. General Moncayo, en cuanto a este hecho histórico. En cuanto a otros puntos, no es cierto que en Inglaterra y en otros países hayan reconocido el matrimonio civil. En Inglaterra se casan ante el Ministro de la Iglesia Anglicana, los que son protestantes, y cada cual ante su respectivo Ministro, quedando sólo la obligación de dar cuenta en el Registro Civil. En Estados Unidos no está reconocido ni establecido el matrimonio civil; allí existe como norma general en estos puntos, un **jus** consuetudinario que consiste en una ampliación de las reglas que estuvieron vigentes al tiempo de la emancipación.

En los Estados locales que se han formado, los Estados confederados, es tan positivo que quien ha visto las leyes gene-

rales de esos Estados, encuentra que está permitido, que a falta del ministro de la respectiva religión, concurra a la ceremonia un funcionario del orden laico con la obligación igualmente de dar parte al Jefe de Oficina de Registro Civil.

EL H. ANDRADE MARIN.—Sr. Presidente: Soy ecuatoriano y además Legislador sin merecerlo, y tratándose de un asunto de tanta importancia, justo es también que exponga ante la H. Cámara y ante el público mis razonamientos, para ver si con ellos, puedo conseguir que se justifique el proyecto de ley que se discute. Yo creo, Sr. Presidente, que como ecuatoriano estoy en la estrictísima obligación de procurar por todos los medios lícitos posibles que el Ecuador se parezca a todos los demás países civilizados. Consta, Sr. Presidente, que hasta hoy el Ecuador no se parece a ninguna de las otras naciones. Con el objeto de poner en claro esta afirmación, séame permitido hacer esta suposición: supongo que esta Asamblea se compone no de los pocos ciudadanos que aquí están presentes, sino de seiscientos ciudadanos que están representando a seiscientos millones de habitantes y que en Asamblea tan respetable se presente la cuestión sobre si es o no aceptable el matrimonio civil. Supongo que los quinientos noventa y nueve dijeran "es aceptable" y que uno solo se levantara de entre ellos y dijera: "protesto porque se vienen encima las puertas del infierno, y se contraría a la moral y al orden público". Se dirá a primera vista que ese que protesta de esa manera, es una nota discordante en el gran concierto armónico de la vida social. Ese es precisamente el caso en que nos encontramos. La América se compone en su totalidad de ciento cuarenta millones de habitantes; Europa con todas sus colonias de cuatrocientos sesenta millones, poco más o menos con la Oceanía Colonial, de manera que el número de ciudadanos puede extenderse a cosa de seiscientos millones, y estos seiscientos millones menos el Ecuador están diciendo que el matrimonio civil es una reivindicación de los Derechos del Hombre, de esos derechos que fueron malamente tomados ya por los emperadores, ya por la Silla Romana. Y no quiero hacer ostentación de ninguna erudición; hace algunos días que he manifestado la fuente de donde he tomado todos mis argumentos; y revisándola, estudiándola, he visto que la Gran Bretaña y la mayor parte de Alemania, la Polonia y Dinamarca, mucho tiempo antes del siglo XV, por lo menos en el siglo XVI, se separaron absolutamente de la Iglesia Romana, y por consiguiente, desde entonces, ese matrimonio no pudo llamarse Católico, Apostólico, Romano, ese matrimonio es esencialmente civil porque el orden eclesiástico y el civil están mezclados en esas naciones; sin perjuicio de decir que la Alemania acaba de dar un gran Código en el

cual se encuentra establecido el Matrimonio Civil; allí con gran talento propio de esos pueblos, el Gobierno Civil no prejuzga las obligaciones de sus contrayentes, en cuanto a sus creencias religiosas, es decir, que respeta en toda su magnitud las creencias de los religiosos, ya sean católicos, apostólicos, romanos, o como se llamen; pero todo lo que tienen de temporal, de civil, se reglamenta por esa autoridad. ¿Qué diremos ahora de Norte América, de ese pueblo que precisamente nos da la ley en todo sentido: en lo civil, en lo eclesiástico y en lo militar, en lo económico, absolutamente en todo? La República de Norte América nos está diciendo que a nadie se le constriña, ella está dejando en la más plena y completa libertad para que todo creyente contraiga su matrimonio como le parezca, sin perjuicio de los efectos temporales. Mal creen los HH. que el que habla y los demás que se encuentran en un corazón en esta materia, que estamos por imponer la necesidad de que un individuo siendo apostólico, romano, no pueda casarse ante el párroco y los testigos y no pueda seguir los dictados de su conciencia.

Lo que yo creo es que la autoridad civil reglamenta los efectos temporales y una vez reglamentados, bien inmediata o simultáneamente, o en dos actos distintos, puede celebrarse el matrimonio católico, apostólico, romano. Vamos a otro punto: la Iglesia alguna vez se ha creído con jurisdicción para poder reglamentar el matrimonio de los infieles, es decir, de los no creyentes? Nunca jamás, porque la Iglesia Católica ha dicho siempre: "El que no ha entrado por la puerta del Bautismo, ese no pertenece a mi jurisdicción, de ellos no me ocupo, ellos serán juzgados por Dios exclusivamente". De aquí se sigue que el origen del matrimonio civil no va pues a tener cabida según la Iglesia Católica, Apostólica, Romana, sino exclusivamente sobre sus creyentes, es decir, sobre los católicos; y los que son infieles, los que son protestantes, los que son disidentes, ¿cómo celebrarían este matrimonio? La autoridad civil tendrá jurisdicción sobre los no creyentes?; indudablemente que sí. Me tomaré la libertad de ir por casos enteramente específicos: El Sr. Salomón Sturmann estará bajo la jurisdicción de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana? Claro que no. ¿Estará bajo la autoridad civil? Sí señor, tiene que estar bajo esta potestad, y no puede aquí contraer matrimonio que podía ser un contubernio público, puesto que esto sería completamente escandaloso. Tenemos que celebrarlo el contrato del matrimonio civil que es una unión tan natural, como se ve por ejemplo en todo el reino animal y vegetal; celebrado digo este contrato inmediatamente, se ha de producir el efecto en los gananciales, respecto de los cónyuges, en la legitimidad de los hijos y en el derecho de éstos para

exigir la crianza y educación de ellos, el derecho de éstos para poder heredar los bienes de los padres, el derecho de la mujer para ser alimentada por el marido, el derecho de exigir litis-expensas, etc., etc. Estos casos por quién tendrían que ser reglamentados? Indudablemente por la Autoridad Civil. Y si antes durante la Edad Media, en donde la potestad eclesiástica absorbía, completamente los derechos civiles, se ha procedido de otra manera, esto no es regla, bajo ningún aspecto, porque todas las naciones naturalmente han visto que no se puede soportar por más tiempo esta usurpación de los derechos del hombre. La túnica inconsútil de la libertad de los derechos humanos fue rota en la Edad Media, ya por los emperadores, ya por la Silla Pontificia; y la emancipación humana ha venido a completarse en los siglos XVIII y XIX, y naturalmente tocará a su apogeo y perfección en el siglo XX. El Matrimonio Civil se encuentra establecido en todas las naciones: México lo tiene desde hace cosa de veinte y cinco años; las repúblicas centroamericanas, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, lo tienen; recorro la República Dominicana y lo encuentro; en la República de Venezuela encuentro el matrimonio civil; igualmente en la Argentina, Chile y aun en Colombia, a pesar de que hoy está modificada en razón de esa guerra terrible de los dos partidos políticos; Colombia lo ha tenido; el Perú tiene su matrimonio civil de una manera limitada como lo ha expresado el H. Riofrío. ¿Cuál es pues la nación que no tiene matrimonio civil? Yo no encuentro ninguna; hasta Bolivia acaba de dar leyes enteramente liberales en este sentido; respecto del Paraguay no he encontrado nada, sin duda por estar aislado; pero hasta donde han alcanzado mis fuerzas he visto que todas las naciones tienen incuestionablemente matrimonio civil. Esto es en punto de principio, es decir, en cuanto al derecho que la autoridad civil tiene para establecer ese matrimonio.

Ahora, la manera de desarrollar su establecimiento, esta es cuestión secundaria que la trataremos después; allí se verá cuál es el que quiere que tenga tales o cuales impedimentos o si por el contrario la República ecuatoriana en lo que tiene de Gobierno civil se conforma con los impedimentos dirimentes de la autoridad eclesiástica.

He registrado a todos los canonistas, y todas ellas guardan absoluta conformidad sobre un punto: la potestad civil tiene derecho pleno y perfecto para establecer impedimentos dirimentes y estos han existido siempre entre nosotros, establecidos por la España; me refiero a lo que he leído de Felipe II y Carlos V, que establecieron que los Presidentes que vinieran de España no podrían casarse dentro del recinto de

su jurisdicción.— Ahora, respecto de la manera cómo se celebra el matrimonio en la actualidad, el H. Banderas creo que no podrá refutarme un punto de mucha importancia. En el siglo XVI se celebró el Concilio de Trento y sólo entonces se dijo que el matrimonio debía celebrarse ante el párroco y dos o tres testigos. Antes, era válido aunque no se celebrase así; era válido porque se le consideraba como un asunto temporal, si como he dicho, no es extraño porque también la autoridad eclesiástica se absorbió tanto poder que hasta la potestad jurídica cayó en sus manos. Dijo que todo contrato tenía algo de pecado y que por tanto a ella le pertenecían todos los asuntos relativos al matrimonio, testamentos, contratos; en suma, todas las cosas temporales. De esta manera, vino a absorberse todo de parte de la autoridad eclesiástica. Ahora, pues, que están reivindicados todos los derechos por parte de todas las naciones que he indicado, me parece que el Ecuador tiene facultad para establceer el matrimonio civil. Yo tengo hijos e hijas y no podré permitir que mis hijas se casen con un Norteamericano, sin perjuicio, por cierto, de que se respeten las convicciones tanto del padre como de los hijos. Por todas estas consideraciones, estaré por el proyecto.

EL H. TAMAYO.—Sr. Presidente: En la segunda discusión voté negativamente por el proyecto en debate. Ahora voy a manifestar los motivos que entonces determinaron y que actualmente determinan mi conducta en cuestión de tanta trascendencia.

No niego al Estado la facultad de regular las relaciones de la familia, desde que la conservación y la prosperidad de ella son la base de la conservación y de la prosperidad de la sociedad civil; puede ésta vigilar y ordenar a aquélla, procurando por el bienestar de la unidad social el bienestar general que es el fin esencial del Estado.

Si éste fija las relaciones jurídicas entre cónyuges, entre padres e hijos legítimos, y si determina los derechos hereditarios entre parientes, también legítimos es obvio que puede establecer reglas respecto del matrimonio como contrato civil, puesto que el matrimonio es la fuente de donde emanan esas relaciones y derechos. Más aun cuando la sociedad civil tenga esa facultad, está en el deber de aplazar su ejercicio, si de él hubiere de resultar un mal para la comunidad. Las ideas arraigadas desde largos años no pueden ser arrancadas con violencia, porque se produce choques entre el pueblo y la autoridad, haciéndose inestables las reformas y alejándose el dia de implantarlas sólidamente.

Ninguno de nosotros podrá negar que el establecimiento del matrimonio civil encontrará hoy en el país serias resis-

tencias. Nosotros, como representantes de la Nación no debemos herir el sentimiento nacional.

No olvidemos que es principio de legislación universal no dar leyes que sean opuestas a las costumbres de los pueblos para los que se legisla, pues la ley no crea los hábitos sino solamente los sanciona. No debemos obligar al país a aceptar la reforma que queremos imponerle, sino prepararlo para recibirla.

Antes, pues, de realizar esta reforma, estamos en el deber de llevar el convencimiento por medio de la propaganda a los ánimos alarmados, de que no queremos relajar los lazos de la familia, porque atacaríamos la existencia misma del Estado.

Cuando el país conozca que sólo se trata de fijar las relaciones civiles del matrimonio; cuando se convenza de que no nos proponemos profanar el hogar ni romper los sagrados vínculos consagrados por el amor y por la comunidad de nobles sentimientos; entonces será oportuna la ley, porque entonces y sólo entonces será la expresión de la voluntad soberana a la que debemos entera sumisión.

Yo que no ambiciono sino única y exclusivamente el bienestar del país, no puedo votar por un proyecto a que se opone general resistencia, y de la cual pueden resultar graves males a la Nación.

Puedo equivocarme; pero de todas maneras prefiero la expectativa del error a la de una enorme responsabilidad.

EL H. TERAN.—Su discurso favorable al proyecto, no consta en este lugar, por no haberlo tomado el taquígrafo respectivo.

EL H. MORAN.—Yo por mi parte, Sr. Presidente, no estaré porque se postergue la discusión de este artículo, pues que la Cámara ha formado ya su juicio y veo buena disposición para aprobarlo. Quizás personas interesadas en que cambie de opinión, pretenden dar tregua al asunto, espantadas tal vez de haber aprobado el primer artículo, temerosas ahora del anatema de los Obispos y del Clero. Si no aceptamos las causas por las que se disuelve el vínculo, casi no habremos hecho nada. He tenido ocasión de ver la ley de matrimonio civil que rige en Francia y Alemania, y en ésta última sobre todo, nación tan seria y civilizada, hay cuatro motivos de disolución. Sé que lo mismo sucede en casi todos los Estados de Europa y América: ésto, no es, pues, nuevo, ni contra la moral, como dicen gentes fanáticas, azuzadas por los que tienen interés de seguir dominando sobre las conciencias, y esclavizando al pueblo, cuyos representantes, según esas gentes, no tienen ni derecho de legislar en lo que concierne a su felici-

dad y bienestar. Yo votaré, pues, favorablemente por el artículo, y estoy porque su discusión no se deje para después.

EL H. GONZALEZ CORDOVA.—Sr. Presidente: Al tratarse de la supresión de las cuatro diócesis de la República, dije que no estaba en mi ánimo entrar en discusiones acerca de esta materia en esta H. Cámara y que hacía uso de la palabra tan sólo para dar a conocer mi modo de pensar en asuntos tan importantes y trascendentales como el de que hoy se trata. Ahora, vuelvo a decir lo mismo y agrego: que en el desempeño de mi difícil cargo de Senador de la República, no tengo otra mira que la de interpretar los sentimientos del pueblo a quién represento, lejos de toda influencia partidista, venga ella de donde viniere, y de toda oposición sistemática, porque, hoy más que nunca siento el peso de mis deberes para con Dios y mi Patria, y todavía más, desde que conozco la ninguna influencia de mi desautorizada voz en este recinto, ya que no se me oculta la manera de pensar de la mayoría de mis colegas en el asunto que se discute; pero, hablaré algo, aunque mis palabras no hagan más que sonar en sus oídos para estrellarse luego ante la roca de un preconcebido sistema de descatolizar al pueblo, a fuerza de leyes, aunque sean inconstitucionales e incovenientes.

Y aunque fastidie a la H. Cámara y se me pueda decir que ya es vulgar el argumento, vuelvo a hablarle de la inconstitucionalidad del proyecto, porque lo es, desde el texto del Art. 12 de nuestra Carta Fundamental pesa y tiene de pesar la conciencia de los Legisladores como si fuera el Pichincha hecho de bronce. Y para que no se piense que el Artículo citado es carga fácil de echarla de los hombros, haré algunas reflexiones concretas acerca de él.

En las Constituciones se establecen los principios sobre los cuales se funda un pueblo, y si el artículo 12 de la nuestra declara: que la religión de la República es la católica, apostólica, romana, y que el poder público está en el deber de protegerla y hacerla respetar, se deduce que esta religión es la del Estado y como tal la sanciona el Pacto Fundamental entre gobernantes y gobernados; pacto sagrado que nadie, por poderoso que sea, puede romperlo, sin faltar a sus deberes.

Los Senadores y Diputados prometimos sostener y defender la Constitución, respetarla y hacerla respetar; y si la religión católica, apostólica, romana es, como todos lo sabemos, la religión cristiana que consta de dogmas y preceptos, y se halla constituída en una Iglesia que enseña y legisla con ritos y sacramentos, al aceptarla nuestra Constitución, debe protegerla tal como es, sin restricciones de ninguna clase; y si la Iglesia Católica ha decidido que el matrimonio fue ins-

tituído por su Divino Fundador Jesucristo, y que entre cristianos es el mismo contrato natural, legítimo, uno e indivisible y que ha de celebrarse ante el ministro del culto católico, y testigos que prescribe para que sea válido, es claro que la ley que discutimos, al establecer para los católicos un matrimonio que no es canónico, hecho por el Estado sin intervención de Dios ni de la Iglesia, y si a éste y no al matrimonio sacramento, declara legítimo, quedando los esposos e hijos sin los derechos que la ley acuerda sólo al matrimonio civil, es claro que se infringe la Constitución, no sólo negando la protección a la Iglesia Católica, sino también hostilizándola en una de sus más grandes instituciones como lo es el matrimonio sacramento.

Muchas razones más podría exponer para demostrar la inconstitucionalidad del proyecto, pero en obsequio de la verdad expondré algunos hechos, con los que sentiréis el peso de la verdad de mis dichos. Sancionada la ley de matrimonio civil, los católicos, casados solamente ante la Iglesia, quedan como concubinarios ante la ley civil, y excluídos de los derechos que concede a los casados según ella. Muere sin testar uno de los esposos que ha contraído el matrimonio sacramento, entonces pasan los bienes de éste a los herederos abintestato, puesto que los hijos de este matrimonio no son legítimos; y si la Iglesia Católica reconoce como a tales a los nacidos de matrimonio católico, es claro que se produce contra la práctica de la mencionada religión. Otro hecho: En el proyecto se trae como impedimento, el parentesco sólo hasta el segundo grado de consanguinidad, y el Derecho Canónico lo establece hasta el cuarto grado inclusive, que lo dispensa por causas determinadas: si se han casado civilmente dos parientes ligados por el tercero o cuarto grado, y que no tienen causales para obtener dispensa del impedimento ante la autoridad eclesiástica, quedan como esposos legítimos ante el Estado, e incestuosos concubinarios ante la Iglesia. ¿Qué harían los cónyuges en este conflicto? ¿Qué la autoridad eclesiástica? No establecería como nueva causal de dispensa del impedimento el matrimonio civil que se ha contraído, desde que la Iglesia no reconoce el matrimonio puramente civil. Crece la dificultad, si suponemos dos esposos pertenecientes a cultos diversos, alegando cada uno los derechos que le confiere la ley y su culto respectivo. De consiguiente, al optar por la ley que se discute, creo que faltaría a la promesa que hice de respetar y observar la Constitución, porque infringiría su Art. 12. Pero, ésta no es la única falta que pesaría sobre mi conciencia, sino también la del abuso de la confianza que el pueblo hizo de mí al elevarme, aunque sin merecerlo, a esta curul en la que me estremezco al pensar en lo sagrado y difícil de la misión que

se me ha confiado, desde que veo que en el Art. 2º del proyecto se declara que el Estado no reconoce los derechos civiles, sino al matrimonio, prescribe que éste ha de preceder a la celebración del matrimonio sacramento, de la que prescinde, y establece penas severas para los ministros del culto que procedieren al matrimonio religioso antes del civil. Si todo esto no es romper lanzas contra la religión católica y quebrantar el Art. 12 de nuestra Carta Fundamental, yo no sé que otra cosa sea ni qué nombre pueda dársela.

La Nación no envía Senadores y Diputados a los Congresos para que violen su pacto fundamental, sino para que sean siervos de él, desde que a esto nos obligamos con la promesa de cumplir fiel y legalmente el cargo que se nos ha confiado, sin proceder guiados por nuestra propia, y talvez antojadiza voluntad, sino calcando nuestros actos sobre la pauta de la Constitución, en virtud de la cual representamos al pueblo, y no de ésta o aquélla de sus secciones, y muy menos de un partido político, porque de otro modo nos separamos de nuestro deber de interpretar la voluntad del pueblo, dándole leyes conforme con su voluntad e intereses, sin que podamos creernos libres para dictarlas a nuestro capricho, convirtiéndonos en déspotas, a pesar de que proclamamos la libertad. Es un principio de Legislación reconocido por escritores antiguos y modernos: "que las leyes deben respetar la religión del país en que se legisla". Y si sabemos que la gran mayoría del pueblo ecuatoriano no quiere el matrimonio civil, no podemos establecerlo en la forma en que se trata. Bástenos pensar que se calcula en un millón cuatrocientos mil el número de habitantes de nuestro pueblo, que de éstos podemos restar cien mil que no son católicos, pues si en el Interior es difícil hallar radicales y en la Costa conservadores, como hace poco lo dijo un Senador, yo me permito observarle que no creo aceptable todo su dicho; desde que aun en la Costa las mujeres son casi todas católicas, y lo son gran número de hombres, de suerte que el proyecto sería contrario a la inmensa mayoría de los ecuatorianos, en la que se puede considerar la cifra de setecientas mil mujeres cuya mayor parte se cree degradada con la institución del matrimonio civil, y se ven satisfechas y aseguradas su dignidad y honor con el matrimonio sacramento, consagrado por la religión católica, que lo tiene como el mayor de sus bienes, de consiguiente, a esta mayoría debemos atenernos, si hemos de legislar para el pueblo, porque de no hacerlo, procedemos contra su voluntad e infringimos el precepto de la Ciencia de Legislación, que he citado. Casi ocho meses y bajo un imperio absoluto sobre la Nación gastó la Asamblea Constituyente de 1897, para darle la Constitución vigente, y a ella asistieron varios de los honorables aquí pre-

sentes, y cinco radicales acaban de rechazar en su informe aprobado por esta Cámara las reformas a la Constitución, propuestas en el Congreso anterior por la de Diputados, ¿por qué todo ésto? No cabe duda que tuvieron presente el principio que invoco; y ahora se pretende olvidarlo en una ley secundaria, sin recordar siquiera que para proceder con alguna lógica, debíase haber principiado por el principio, como lo dijo un Diputado chileno en el año de 1852, derogando el Art. 12, puesto que así a lo menos habría consecuencia con lo que hoy se está practicando.

Habría terminado mis observaciones; pero he oído algunas ideas a dos de mis HH. Colegas, de los cuales el uno, considerando al matrimonio como un hecho puramente natural, no lo conceptúa con la dignidad que tiene, y citó varios pasajes de Historia Sagrada, para demostrar que se ha verificado sin intervención del sacerdote ni en forma de sacramento; y al otro H. que rebajó la dignidad del hombre hasta igualarlo, en la reproducción de su especie, con otros seres organizados y con los brutos. Al primero le haré presente que si el matrimonio fue instituído al principio como un hecho natural, como una función de la naturaleza para la propagación de la especie humana, lo fue por Dios, quien después de haber hecho al hombre a su imagen y semejanza dijo: "No está bueno que el hombre esté solo, hagámosle una ayuda semejante a él, e hizo dormir a Adán en un sueño profundo, tomó una de las costillas de éste, le puso carne en su lugar y formó a Eva, a cuya vista Adán, dijo: "Esto es carne de mi carne y hueso de mis huesos" por lo cual dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán dos en una carne, y Dios les bendijo diciéndoles: "Creced y multiplicad, y henchid la tierra y sojuzgadla".

De aquí se deduce que Adán pronunció estas palabras inspirado por Dios, y estableció el matrimonio desde que él no tenía padre ni madre, prescribió que el hombre los dejara y se uniera a su mujer, estableciendo así la ley que han de observar sus descendientes, al contraer matrimonio, y constituyéndose en algo como su ministro.

He ahí el origen excelso del matrimonio; si es verdad que en los primeros tiempos, no fueron bendecidos los matrimonios por ministros especiales de culto religioso, es también muy cierto que los patriarcas de los primeros tiempos eran los que bendecían los matrimonios y los casamientos de sus hijos, para lo que, básteme recordar que Raquel, tomada la mano derecha de su hija, la entregó a la derecha de Tobías, diciendo: "El Dios de Abraham, el Dios de Isaac y el Dios de Jacob sea con vosotros, y El os junte". De lo que dedúcese que los matrimonios se hacían en nombre de Dios y eran presididos

por los patriarcas, y sin duda el recuerdo de estos hechos hizo que en todos o casi todos los pueblos del mundo haya sido considerado el matrimonio como cosa sagrada; los Persas, los Egipcios, Griegos, Romanos, Indios, Chinos, Mejicanos y otros pueblos, celebraban sus nupcias bajo el amparo de la religión invocando a los dioses. La ceremonia del matriminio entre romanos estaba encomendada a los parientes de los esposos, a los augures y a otros sacerdotes, Platón en su República exigía que los sacerdotes ofreciesen en presencia de los sacerdotes, un solemne sacrificio, que el pueblo les acompañe con fervientes votos de felicidad.

Al otro H. Senador de cuyo talento y profundos conocimientos en las leyes, no dudo, le haré presente o yo no le he entendido, o en el calor de su razonamiento, ha rebajado a la más mínima escala la semejanza del hombre en su reproducción; desde que contemplo este ser dotado de un alma inteligente y criatura la más noble y perfecta, que expande su mirada por todos los ámbitos del mundo, domina las crispadas olas de la mar y desafía sus borrascas, transforma la materia a su voluntad imprimiéndola diversas formas, quita al rayo su poder y convierte su fluído en su humilde doméstico; levanta su mirada al espacio y cuenta los millones de astros que divisa, pesa su volumen, mide su superficie, calcula las distancias entre sí y con la tierra y por fin lo consideró como ser normal en cuya alma imprimió Dios el tipo eterno e increado de todo orden:

"¡Me horrorizan el ateo, el materialista; cómo creen que yo tenga algo de común con un hombre que piensa que su alma es un pedazo de barro"!, —exclamó Napoleón al meditar acerca de las aberraciones humanas que relajan la dignidad del hombre al compararlo con los seres organizados y los brutos. Me parece que también oí discurrir en el sentido de que el Estado debe allanar el camino para atraer la inmigración extranjera que traerá prosperidad al país, desde que es preciso respetar la libertad de conciencia en todo. Así lo creo, y estimo que se deben establecer facilidades y abrir caminos para los inmigrantes; pero no atacando la libertad de conciencia de nadie, menos de la mayoría de los ecuatorianos, desde que se obliga con graves penas a practicar antes el contrato civil y se somete a los creyentes de diversos cultos a obedecer una ley que contraría sus principios religiosos, forzando la conciencia de los ecuatorianos, en su inmensa mayoría católica, que rechazan el matrimonio civil desde que la lucha entre la ley y la conciencia del católico se hace inevitable.

El conflicto entre el Derecho Eclesiástico y el Civil traerá dos cuestiones para los católicos: la primera será si en el conflicto entre la ley civil y la canónica, deberá prevalecer ésta

o viceversa; y la otra, qué conducta ha de observarse en este caso cuando se trate de realizar el hecho, puesto que si opta el católico por la ley eclesiástica tiene sobre sí la sanción de la ley civil; y si por ésta, la de la ley eclesiástica. Será este un principio liberal? Será respetar la libertad de conciencia? Mil veces nó.

Si he considerado el origen del matrimonio sacramento, no debo dejar un breve recuerdo del principio de su degradación en Alemania hecha por Lutero, que en el calor de su apostacía religiosa, principió por considerar el matrimonio como acto que debía separarse de la religión; y para conseguirlo alabó la sagacidad de Felipe Landgrave de Ilesse, que pidió a su amigo Lutero el derecho de casar simultáneamente con dos mujeres; y así lo consiguió en la Asamblea de Gutemberg. Dado este principio, natural era que la Francia del 89, en sus frenéticos delirios de libertad, estableciese también el matrimonio civil, desde que proclamaba que era preciso "aplastar al infame" refiriéndose a Jesucristo, y por esto presenció la escena de veinte mil divorcios de matrimonios civiles, en el corto período de cuatro años, cuando apenas contaba con dieciocho millones de habitantes y sin duda el recuerdo de este espectáculo y otros análogos arrancaron confesiones de los protestantes Ezecanabio, William, Palei, Syntenis y otros, una como la que cito: "Me estremezco siempre que oigo discutir filosóficamente del asunto del matrimonio".— ¿Qué modo de ver, qué pasiones ponen en juego? Nos dicen que toca a la Legislación Civil proveer de remedio; pero esta Legislación ¿no está en manos de hombres cuyas ideas, medios y principios cambian o se trastornan? Ved las circunstancias accesorias del matrimonio que se deja a la Legislación Civil; estudiad las naciones y los siglos, la variación, las extravagancias y los abusos que se introdujeron y conoceréis en qué pararía el reposo de las familias y el de la sociedad, si los legisladores humanos fueran dueños absolutos de los matrimonios. La religión, pues, hizo el mayor servicio al género humano dando sobre el matrimonio una ley, a la cual tiene que sujetarse la extravagancia de los hombres.

Habría concluído señor Presidente, pero oí una voz que salía de la barra, citándome el Art. 13 de la Constitución, como para contradecirme con él cuando mencioné el Art. 12, y como respeto eso voz que nace del pueblo que nos escucha, me permito contestarla. El Art. 13 se refiere a la libertad de conciencia, por el que puede cualquiera practicar el culto religioso que le agrade, sin ser contrario a la moral. Este artículo es relativo al punto privado, aunque se ejerza públicamente, desde que como culto público, sólo puede entenderse el cristiano, católico, pues sólo a él se refiere el Art. 12, por-

que de otro modo sería contrario el Art. 13 de la Constitución; y este mismo artículo confirma lo que he dicho acerca de la libertad de conciencia preconizada por los principios liberales, los que no se garantizan en el proyecto que se discute.

He aquí señor, expuestas a grandes rasgos y honradamente mis ideas, en las que espero veréis la franqueza y buena fe con que procedo en mis actos.

MATRIMONIO CIVIL: tercer debate

VOTACION NOMINAL

Terminado el debate sobre el Art. 1º, a petición del H. Vásconez C. se procedió a recoger los votos nominales al respecto, votación que declaró aprobado el artículo por haberse obtenido el resultado que se expresa:

ESCRUTINIO:

Número de votantes	23
Mayoría absoluta	12
Por el proyecto	18
Contra el proyecto	5

Estuvieron por el proyecto, los señores:

Moncayo H., Vela, Andrade Marín, (Vicepresidente), Serrano, Moncayo A., Cárdenas, Arauz, Terán, Espinel, Román, Franco, Vásconez C., Borrero, Posso, Villavicencio, Aguirre, Valdivieso y Noboa, (Presidente).

Contra el proyecto, los señores:

Larrea, Banderas, Tamayo, Riofrío y González Córdova.

(Receso)

Restablecida la sesión, fue aprobado el Art. 2º. En debate el Art. 3º, el H. Moncayo A., con apoyo del H. Terán, hizo la siguiente moción, que resultó aprobada:

Suprímase el Nº 5 del artículo en discusión por innecesario.

Luego y después de varias e importantes observaciones se propuso la siguiente por el H. Terán, con apoyo del H. Franco:

Añádase este inciso: **"Los que adolezcan de enfermedad incurable y contagiosa".**

En virtud de científicas observaciones hechas por el H. Cárdenas, los autores de la moción suprimieron la palabra **incurable**. Puesto a debate, los HH. Villavicencio y Moncayo A., la modificaron en esta forma:

Los que adolezcan de clefancia o sífilis legalmente declaradas.

Numerosas y variadas observaciones se hicieron a esta moción por sus autores: los HH. Terán, Marín, Cárdenas y González Córdova, y terminado el debate, fue aprobada. Así mismo se aprobaron los otros números del Art. 2º.

220.—Comentario

Así se hizo nuestra Ley de Matrimonio Civil. Sabido es que, sobre el matrimonio, considerado jurídicamente, siempre surgieron las más agudas discrepancias, entre el criterio eclesiástico y el civil. El Congreso integrado por liberales y conservadores no pudo substraerse a las convicciones apasionadas que suscitaba el problema, sobre todo, cuando tuvo a la vista el proyecto, que colocó al matrimonio civil en el plano de la primera jerarquía. La pugna, por lo tanto, no se hizo esperar. El grupo de la mayoría sostuvo la tesis de que el matrimonio como institución social, no se opone al matrimonio considerado como sacramento, y que la ley civil, cuando determina los requisitos y efectos del matrimonio, en nada afecta a los preceptos de la Iglesia Católica. Los Senadores Banderas, Riofrío y otros, en cambio, representaron la tendencia tradicionalista interpretando el sentido mayoritario de la sociedad de la República, en sus hábitos y creencias. Para ellos, la doctrina encarnada por el proyecto, chocaría contra el sentimiento religioso dominante, sin que se hayan cumplido, felizmente, los estragos que temían quienes han venido impugnando esta ley.

Era la época en que las grandes corrientes inmigratorias comenzaban a afluír a la República, y la sanción del matrimonio a celebrarse ante un funcionario público y civil, implicaba la consagración de los principios liberales: libertad de conciencia y de cultos.

La concepción del matrimonio civil es producto de la moderna y, puede decirse, universal secularización del Derecho, por virtud de la cual se proclama la perfecta competencia del Estado para regular, **dentro tan sólo de su propia esfera de acción**, la institución matrimonial en lo que tiene de **jurídica**, sin el menor quebranto de la integridad e independencia de la esfera religiosa.

Testimonios esclarecidos de la mayor autoridad científica y ortodoxa, abonan la doctrina del matrimonio civil, con independencia y respeto del orden religioso. Cuando un emi-

nente prelado, el Obispo de Salamanca, dice en el Concilio de Trento, "el hombre, como ente social, está sometido en todos los actos de su vida a los poderes políticos, el matrimonio, como contrato meramente civil, está sujeto a la potestad temporal, y como materia de sacramento, está sujeto a la potestad eclesiástica"; cuando el ilustre pontífice Benedicto XIV y el inmortal papa Pío VII expidieron Breves e hicieron declaraciones, de los cuales resulta evidenciado el reconocimiento del aspecto civil del matrimonio y de compatibildad con el religioso canónico; claro es, aun prescindiendo de criterios de razón evidente y por nadie negados, que dentro de la doctrina de la Iglesia católica resulta que no puede afirmarse fundadamente que ésta desconozca la institución civil del matrimonio ni repute incompatible éste con el aspecto religioso.

A distintas concepciones y a diversas esferas, a esas varias consideraciones del matrimonio, no pueden menos de corresponder leyes y jurisdicciones diferentes, independientes y compatibles, diversidad de sanciones, todo inspirado en un mutuo respeto a la órbita correspondiente a cada uno; ya que es evidente que los elementos espirituales y religiosos y los temporales, sociales o civiles, aunque compatibles y complementarios entre sí, no deben ni pueden confundirse, porque pertenecen a esferas de vida muy diferentes.

El Estado, lo mismo que la Iglesia, dada su substantividad respectiva, deben cumplir fundamentalmente sus peculiares fines en el orden interior por sus propios medios, manteniendo, sin embargo, en el orden exterior que les sea común por la práctica de su vida en la coexistencia social, aquellas relaciones necesarias de armonía, respeto mutuo, complemento para la realización de sus privativos fines, pero con la precisa independencia a fin de que no resulte desconocida ni mermada su recíproca autonomía.

El Estado, aceptando la intervención exclusiva de la Iglesia en el matrimonio, o imponiendo las formas religiosas para el establecimiento y la autenticidad de aquél como institución civil, además de someter un acto de su competencia a un poder extraño a las leyes civiles, contribuiría a confundir esferas diferentes de la vida, mezclando lo religioso y lo jurídico, con perjuicios de ambos órdenes, cuyas funciones, fines y competencia son diversos; desconocería la soberanía del Estado y su derecho indiscutible, por consecuencia de ella, a organizar y sancionar dentro de sus medios jurídicos una institución jurídica también, como lo es el matrimonio, sin perjuicio ni detrimento alguno del matrimonio canónico, sancionado por la Iglesia Católica.

El hecho de ordenar el Estado un **régimen legal** para el matrimonio, es un derecho, un atributo y una función del Es-

tado mismo, en virtud de su soberanía y exclusiva competencia para dictar la regla de todo lo que tenga naturaleza y aplicaciones jurídico-civiles, o haya de ser condicionado por el Derecho nacional que sólo él puede estatuír. El Estado, pues, al establecer el matrimonio civil, no hace otra cosa que **reivindicar** la plenitud de sus funciones y derechos privativos en el orden jurídico, y respecto de una institución que, si a la vez natural y religiosa, es también social y jurídica, y sólo por lo que a estos últimos caracteres respecta.

La misión del Estado no es otra que realizar el Derecho, definiendo y cumpliendo íntegramente todo régimen jurídico, en esta esfera de su competencia, que es la de regular y sancionar en Derecho todas las instituciones sociales que viven en su seno, para que cumplan sus fines jurídicos bajo su amparo y protección. Es, en suma, una verdadera cuestión de jurisdicción, de deslinde de esferas y determinación de aspectos independientes: un problema de la competencia del Estado, por una parte, y de la Iglesia, por otra, para establecer las **formas**, que no otra cosa es la ley civil y la ley religiosas en cuanto a la celebración del matrimonio —como relación normal, natural y moral de los sexos y fundamento de la familia— y, por consecuencia, de su respectiva soberanía en la órbita propia de su acción.

221.—La Ley no reconoce otro matrimonio que el civil

Nuestro Código civil define en el artículo 91 que el matrimonio es un **contrato solemne**, con lo que ha querido indicar que es uno de los actos regidos por la ley civil, independientemente del carácter religioso que pueda atribuírsele.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 108 de la propia ley, para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones del Código, correspondiendo a la jurisdicción civil el conocimiento y decisión de todas las cuestiones sobre divorcio y nulidad.

Según esto, la ley no reconoce otro matrimonio que el civil, el cual entrega en su constitución y en sus efectos exclusivamente a las autoridades civiles. Prescinde en absoluto de la parte religiosa y deja a los contrayentes en absoluta libertad de conformarse con ella a los ritos y formalidades de su religión, después de celebrado el matrimonio civil, que es el que otorga al hombre la potestad marital, a la mujer los derechos de mujer casada, a los hijos la legitimidad, o legitimación, y los derechos anexos a ella.

DEL DIVORCIO VINCULAR

222.—Acepciones de la palabra divorcio Evolución histórica de la institución

En un sentido más lato la palabra **divorcio** significa la ruptura del vínculo matrimonial.

En su sentido etimológico es la separación de ambos cónyuges que se van cada uno por su lado para no volver a juntarse, **divertere, divortium.**

Era ésta la definición que daba la ley 1ª, Tít. 10 de la Partida 4ª: "**Divortium**, en latín, tanto quiere decir en romance como departimiento. E es **cosa que departe la mujer del marido, el marido de la mujer por embargo que ha entrellos, quando es probado en juizio del ome e de la mujer; que son contrarios en el departimiento, de cuales fueron, o eran, quando se ayuntaron**".

Desde tiempos remotos el divorcio fue institución creada en las legislaciones. De dudosa existencia en los primitivos tiempos de Egipto, su expresión primigenia es el **repudio** con causa grave. Ya en la época de los lagidas empieza a permitirse el divorcio, primero, únicamente al marido, y luego a la mujer, pero sólo cuando ésta se reserva la facultad de utilizarlo, estableciendo al efecto la correspondiente **cláusula contractual**; mientras que en el segundo período de esta época la mujer llegó a poder divorciarse, no sólo por virtud de esta previsión y reserva en el contrato, sino que también sin necesidad de causa ni razón alguna en que fundarla; y por último se extremó este derecho de la mujer hasta el punto de que podía reservarse utilizar ella sola el divorcio mediante pacto consignado en el contrato matrimonial. Fue multiplicándose la práctica del divorcio y al fin de la época de los lagidas el divorcio se generaliza considerablemente, en términos que no se celebraba un matrimonio sin cláusula especial para el divorcio.

El **divorcio** y el **repudio** eran instituciones conocidas y practicadas en Atenas. Si bien es verdad que el matrimonio se celebraba con la aspiración y el propósito de la perpetuidad por parte de los contrayentes, podía disolverse, sin embargo, mediante el divorcio o el repudio. Al marido corresponde un derecho ilimitado de repudiar a la mujer sin necesidad de alegar causa y sin formalidad alguna, aunque de ordinario tiene lugar ante testigos, pero no con el carácter de solemnidad necesaria. Por consecuencia de tal repudio, la mujer volvía a su casa llevando su dote y su ajuar, pero no podía retener sus hijos a su lado, los cuales quedaban en compañía y ba-

jo el poder del marido. Se le reconocía también el derecho de pedir el divorcio judicialmente y de acudir a los ascendientes alegando sevicia o abandono.

El **adulterio** tiene en Atenas la consideración de **delito**, y se castigaba siempre el de la mujer, autorizando al marido matar a la adúltera sorprendida **in fraganti**. Si aquél resultaba demasiado indulgente, sufría una degradación cívica; los tribunales de familia podían condenar a muerte a la mujer culpable, a quien el marido debía ejecutar por sí mismo delante de testigos. El adulterio del marido era sólo castigado en los casos más graves, como el de ir seguido del abandono de la mujer por la concubina.

El contacto de los romanos con la civilización griega hizo que se entregaran sin freno a los influjos de aquella cultura llena de halagos y que muy pronto se vieran corrompidas las costumbres patriarcales de aquella raza, sobre todo en el orden familiar y en cuanto se refiere a la relación de los sexos y la permanencia del matrimonio. Como consecuencia inmediata, aquel ambiente y medio social de pureza y de garantía que las costumbres venían prestando a todas las relaciones del orden familiar fue abatiéndose poco a poco hasta su desaparición, produciéndose el fenómeno contrario de ser después las costumbres causa de quebranto, envilecimiento y disolución del orden familiar, así como antes había sido elemento vivificador de su moralidad. A fines de la República y principios del Imperio el hogar de la familia había perdido su primitivo carácter de santuario de los Dioses lares, cuyo culto se había abandonado; el **atrium** había dejado de ser aquel hermoso centro doméstico rodeado de todos los tesoros morales y materiales de la familia, y se había convertido en lugar de recepción ostentosa del acomodado romano para sus clientes y para los aspirantes a sus favores y fiestas; la **gens** se había disuelto; la firmeza de los vínculos familiares se había quebrantado; desaparecido el culto de los dioses lares, que era el lazo común de la familia de agnación, los agnados habían dejado de reunirse y de considerarse como parientes; el divorcio, que, no prohibido por las leyes, había estado, sin embargo, desdeñado por las costumbres, ya se prodigaba como medio de disolver uniones inspiradas en móviles pasajeros de placer o de codicia.

Aunque en los tiempos primitivos no se conocía el divorcio entre los germanos, como en los demás pueblos del mundo antiguo, el marido tenía, según todas las leyes bárbaras, el derecho de **repudiar** a la mujer, castigándose con una insignificante indemnización el realizado sin causa, y tolerándose el divorcio por consentimiento mutuo. La Ley **sálica** lo permitió hasta que la influencia de la Iglesia fue quebrantando su

práctica. El divorcio con justa causa, o propiamente dicho, podía ser provocado, lo mismo por el marido que por la mujer, en virtud de tres motivos: adulterio, magia y violación de sepulcro.

La invasión de los bárbaros no produjo una transformación fundamental en la organización de la familia germana hasta su conversión al catolicismo, principalmente en tiempo de los **longobardos**, que llevaron al orden civil la mayor parte de las doctrinas de la Iglesia en materia matrimonial, y más aun en la época de los carlovingios, que trasladaron a sus leyes íntegramente la legislación eclesiástica relativa a dicha materia. Desde esta época la Iglesia alcanzó un poder total en el régimen de la familia, hasta el punto de que en el siglo XI absorbió el conocimiento exclusivo de todos los aspectos de la cuestión matrimonial. Más tarde, en Italia, como todos los países católicos, sintió influencia de las doctrinas canónicas en esta materia, regularizadas por la Iglesia en el Concilio de Trento.

Coincidió con esta trascendental evolución la doctrina de la **Reforma**, favorable a la distinción de los aspectos civil y religioso en el matrimonio y tan eficaz para su secularización por las leyes del Estado, no sin grandes resistencias por parte de la Iglesia, principalmente en los países católicos, como lo era Italia. La primera manifestación de este influjo secularizador se significó en la tendencia a distinguir el carácter **civil** y el **religioso** del matrimonio, con independencia para ambos, y en la cual se inspiraron los legisladores del siglo pasado, tendencia corroborada luego por la promulgación del Código francés de Napoleón, que influyó no poco en Italia y en casi todos los países que han sancionado el divorcio.

Pero el restablecimiento del divorcio y su aceptación en varios pueblos de Europa, por consecuencia de los influjos de la doctrina de la Reforma protestante, no llega a Francia hasta la ley de 20 de septiembre de 1792, pero con una tendencia radical, admitiéndole por el simple consentimiento mutuo y aun por la incompatibilidad de caracteres, alegado por uno solo de los cónyuges. La Convención extrema todavía esta doctrina aunque por el decreto de 2 de agosto de 1795, se volvió a restablecer la integridad de la ley del 92, adicionándole más tarde, el 17 de septiembre de 1797, con mayores dificultades y garantías de naturaleza procesal en los divorcios fundados en incompatibilidad de caracteres.

A la ley de 1792 sustituyó la de 21 de marzo de 1803, promulgada en 31 del mismo mes y año, que viene a convertirse en un título del Código civil de 1804, sancionándose el divorcio y la separación de cuerpos, pero aquél con mayores restricciones, que lo hacían de práctica difícil. En este punto

fue derogado el Código por la ley de 8 de mayo de 1816, que suprimió el divorcio propiamente tal, en cuanto al vínculo, y mantuvo sólo el medio de separación de vida común, fundada en cualquiera de las causas determinadas por le ley, pero no en el mutuo consentimiento. Posteriormente, se registran diferentes tentativas parlamentarias encaminadas al restablecimiento del divorcio en los años de 1821, 1830, 1831, 1832 y 1848 y, finalmente, la intervención de Mr. **Naquet** en 1876, 1878, 1879 y 11 de noviembre de 1881, dieron por resultado la ley vigente sobre divorcio, promulgada por decreto de 27 de julio de 1884. Esta la admite por la prueba de cualquiera de las causas siguientes: el adulterio de la mujer o del marido, los atentados contra la vida de un cónyuge por el otro, que llama **excesos**; los malos tratamientos de obra o actos de crueldad, aunque no pongan en peligro la vida del cónyuge, a lo que llama **sevicia**; las injurias graves, y la condenación de un cónyuge a penas aflictivas e infamantes. La separación de cuerpos se regula también por la ley y ha de fundarse en las mismas causas, pudiendo convertirse, mediante el transcurso de tres años, en motivo legítimo de divorcio.

Las sorprendentes innovaciones que en la "línea general" soviética ha sufrido el Derecho de familia, equivalen a una ralical rectificación de conceptos filosóficos y jurídicos cuyo alcance conviene examinar.

El Derecho de familia de la primera revolución, como el marxista clásico en general, estaba impregnado de fermentos anárquicos que la nueva Rusia de la guerra victoriosa se ha decidido liquidar en aras a sus claros propósitos de autoritarismo integral. En la pasada contienda, el país ha perdido cerca de quince millones de hombres en la flor de su edad, y es menester a toda costa recuperar tan terrible estrago, aun a trueque de sacrificar ideologías.

En el problema que actualmente nos ocupa, éste lleva camino de alcanzar el último estadio de su leviathanesca existencia, el de erigirse, como dice **Mario Matteucci**, en Estado-Padre de familia.

Los Legisladores de 1944 hacen una nueva regulación del divorcio conforme a puntos de vista totalmente diversos, que no son otros, en el fondo, que los ya conocidos de antiguo en las legislaciones civiles de los países denominados burgueses y aun en no pocos puntos notablemente menos progresivos que los de muchos de ellos. El repudio unilateral e inmotivado desaparece en absoluto, y el procedimiento, en lugar de ser como antes, de caráter administrativo y registral, de mera comparecencia y cancelación, se eleva a la categoría de proceso ante los Tribunales de justicia, sustanciando mediante audiencia pública y sentencia motivada. La verdadera innova-

ción y originalidad del actual sistema soviético en la materia es la de que habiéndose de alegar motivos suficientes para el divorcio, dichos motivos no sean previamente enumerados por la ley, dejándose en definitiva su apreciación al arbitrio judicial; técnica cuyo alcance y significación han de ser más tarde examinados.

Reducido así a las normales proporciones de un divorcio judicial motivado y contradictorio, el antiguo amor libre que la repudiación unilateral consentía ha pasado a la historia; pero es el caso que aun en plan de tal divorcio, de estructura tradicional, la nueva ley soviética multiplica en torno suyo los obstáculos de toda índole hasta hacerle prácticamente inexistente para la inmensa mayoría de los ciudadanos. Uno de ellos es el de la jurisdicción reservada a los Tribunales regionales, de distrito y ciudad, con el fin de alejarla de las eventuales justicias rurales. Otro, el de la exigencia de una complicada diligencia previa de conciliación ante el Tribunal del distrito, y sólo en base de su ineficacia, la presentación de la demanda de divorcio ante el superior. Igualmente es necesaria la publicidad de iniciación del procedimiento judicial, no ya en los periódicos oficiales, sino en los de la localidad en forma de anuncio y a cargo del demandante.

Pero los obstáculos verdaderamente prohibitivos y típicos de la nueva ley son de carácter económico, con costas de 500 a 2000 rublos por cada certificación de disolución del vínculo, eso sin contar con el pago de cien rublos que ha de acompañar a cada demanda para ser recibida. Para mejor comprender el aumento de tales tasas y, en consecuencia, el objetivo de la ley, baste contrastarlas con las anteriormente vigentes en la de 10 de abril de 1942, pues no existieron; eran de 50 rublos para el primer divorcio, de 150 el segundo y de 300 el tercero y cada uno de los sucesivos.

Los resultados prácticos de la restrictiva y conservadora ley familar de 1944 se han reflejado inmediatamente en una disminución notable de divorcios, que es generalmente estimada (en 1958) en un 70 por ciento con relación a los obtenidos inmediatamente antes de la guerra.

Pero aparte de los efectos demográficos de las nuevas medidas, son de inmediato interés para el jurista el alcance de las interpretaciones jurisprudenciales, reveladoras del uso que los Tribunales soviéticos han podido hacer de las amplísimas facultades que la ley les cancede, especialmente al no imponerles un **numerus clausus** de motivos legales de disolución del vínculo matrimonial. Dado que no creemos haya otra legislación que haya prescindido de esta enumeración taxativa, el procedimiento ruso vigente vuelve a constituir otra vez una excepción a este respecto en el Derecho compa-

rado, mereciendo por ende un comentario y estudio más detenido. El hecho es tanto más singular cuanto que la especificación de motivos de divorcio persiste incluso en las nuevas legislaciones de la postguerra, inmediatamente inspiradas por los regímenes comunistas. La hallamos así en la ley matrimonial de la República Popular de Polonia, de 25 de septiembre de 1945 (en vigor desde el 1º de enero de 1946), en la que por cierto no se estima suficiente el mutuo consentimiento. Se especifican también los motivos en la de la República de Yugoslavia, de 3 de abril de 1946, que repite en sus artículos 55 y siguientes las clásicas causas de adulterio, malos tratos, etc., añadiendo como especial inovación la de "haber sido condenado el cónyuge por delito contra el interés del Pueblo o del Estado" (artículo 63). El sistema enumerativo es admitido, en fin, en la ley rumana de 23 de junio de 1943, que reproduciendo los motivos del artículo 221 del antiguo **Codul civil** les aumenta con el del mutuo consentimiento de las partes.

La nueva sistemática de prescindir de motivos legales apriorísticamente consignados para conceder divorcio, pudiera a primera vista ser computada como un triunfo de las doctrinas civiles y procesalistas del Derecho libre, del arbitrio judicial y aun como una media tendiente a la humanización de la rigidez normativa de la ley. Es dudoso, sin embargo, que éstas hayan sido las finalidades del legislador ruso de 1944, mucho más preocupado por los postulados del pragmatismo político que por las esencias del humanismo y el personalismo. El desusado arbitrio judicial no parece tener otro objetivo que el de acentuar el omnímodo poder del Estado sobre las instituciones civiles y muy especialmente sobre la familia que la nueva ley comunizante polaca proclama "categoría social y no individual". De este modo, y sin reglas prefijadas que vinculen al juez, éste puede aumentar o restringir los divorcios conforme a las conveniencias demográficas o sociales del momento, sin atención preferente a las estrictamente jurídicas, siempre secundarias y delesnables en los totalitarismos.

Hechas estas salvedades, pasemos a examinar el uso que la jurisprudencia viene haciendo de los poderes que le han sido conferidos. La principal fuente para ello es un interesante artículo del Profesor **Sverdlov**, titulado "Algunos problemas del divorcio judicial (12), en el que se examina con espíritu crítico más de cuatrocientas sentencias de dieciocho Tribunales de la U.R.S.S. Censura **Sverdlov** la rigidez de los jueces sovié-

---

(12) Publicado primero en **Gosudarstwo y Pravo**, 1946, I, y traducido al inglés bajo el título de "Modern Soviet Divorce Practice", en **The Modern Law Review**, 1948, pág. 163.

ticos en imponer las crecidas tasas, incluso sin admitir excepciones de pobreza, en base a que la ley especial no da margen para ello y que las procesales generales son inaplicables. Por si ello fuera poco, parece ser que el criterio al graduar las costas está en relación no con las posibilidades económicas de los litigantes, sino con la mayor o menor firmeza de la prueba propuesta y justificación de las causas alegadas. Otro signo de pragmatismo es el de haber denegado siempre el divorcio en casos en que existiesen en la unión hijos menores; mejor dicho, que esta circunstancia se dé indefectivamente en todas las sentencias denegatorias de disolución de vínculo.

Pondera, en cambio, el comentarista lo que considera extraordinario liberalismo de los jueces soviéticos, que acostumbran a preferir como causa suprema de divorcio el mutuo acuerdo de los cónyuges, sobre todo cuando éste se extiende al ulterior destino de los hijos. No figurando ya esta causa, como ninguna otra, en el texto de la ley, el resultado consignado es el de la "imposibilidad de la vida común, unánimemente reconocida".

Se corresponde, ciertamente, este modo de divorcio consensual con el principio de la absoluta libertad de matrimonio, tan caro al derecho soviético clásico; pero su valor liberal indiscutible sufre ahora gravísimas mermas al considerar las trabas jurisdiccionales y fiscales antedichas, las que hacen posible sólo su utilización al ciudadano favorecido por la fortuna. De otra parte, es totalmente injusto sostener que el divorcio consensual sea un hallazgo ni una originalidad del Derecho soviético ni del comunismo. Méjico, Uruguay, Bélgica, Noruega, Suecia y muchísimos otros países conocen de antiguo esta forma de desligar los vínculos matrimoniales; todos ellos, por supuesto, sin el aditamento de las prohibitivas tasas, que ésas sí son peculiarísimas del procedimiento ruso.

Nuestro Código no aceptaba, como ya hemos dicho, el divorcio vincular, que fue implantado por la ley de 3 de octubre de 1902, en vigor desde el 1º de enero del siguiente año, tras una larga lucha de creencias y de aspiraciones en pugna, conservando el temporal o mera separación de cuerpos: el divorcio con disolución del vínculo matrimonial podía obtenerse sólo por el adulterio de la mujer; y el de separación de cuerpos, por las causas siguientes:

1ª—El adulterio del marido;
2ª—Sevicia atroz;
3ª—Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
4ª—Tentativa del marido para prostituir a la mujer o a sus hijos; y,
5ª—Embriaguez consuetudinaria.

El divorcio, repetimos, disuelve el matrimonio; la separación pone término a los deberes conyugales, dejando subsistente el vínculo de matrimonio. El Derecho Canónico no admite el divorcio a vínculo más que en dos casos, primero a beneficio de cualquiera de los cónyuges infieles, que después del matrimonio se convirtiese a la religión católica, si el otro no desea continuar en su compañía para molestarle y retraerle de la fe; y segundo, respecto del matrimonio consumado, cuando uno de los cónyuges o ambos abrazan la vida religiosa, profesando en un convento. Pero estas causas son tan raras y desusadas que, por regla general, puede decirse que no hay divorcio con disolución del vínculo. El mismo derecho canónico definido también en las leyes 2ª y 5ª, Tít. 10, Partida 4ª, admite el divorcio en cuanto al tálamo y habitación, en casos de adulterio, sevicia y otros que se indican en los cánones y decretales en las leyes citadas.

223.—Reforma de 29 de octubre de 1904

Nuestro legislador, considerando la insuficiencia de la ley de 1902, dictó el 29 de octubre de 1904 la siguiente reforma:

"Art. 2º—El Art. 22 dirá:

Son causas de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial:

1ª—El adulterio de la mujer;

2ª—El concubinato público y escandaloso del marido; y

3ª—Haberse declarado por sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen o delito contra la vida del otro cónyuge.

En estos juicios intervendrá necesariamente el Ministro Fiscal y un defensor de matrimonios, y la falta de este requisito causará nulidad".

224.—Comentario

Refiriéndonos al deber de mutua fidelidad que los cónyuges están obligados a observar en el matrimonio, no puede haber diferencia entre el marido y la mujer. El adulterio es la violación de la fe conyugal. Comete, según esto, adulterio no sólo la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, sino también el hombre casado que yace con otra mujer que la suya, sea ésta soltera o casada. Este es el adulterio considerado desde el punto de vista civil, en cuanto a las relaciones de los cónyuges en el matrimonio.

Desde el punto de vista penal, es otro el criterio legal. Comete adulterio la mujer casada cuando yace con varón que

no sea su marido, pero éste no comete adulterio cuando yace con mujer soltera, salvo que "tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal". (Art. 479 del Código Penal vigente).

El mismo hecho queda así sometido a dos legislaciones diversas, sin razón alguna que compruebe esta anomalía; y podemos decir que existe un delito civil más comprensivo que el adulterio castigado por la ley penal.

De otro lado, el divorcio puede decretarse siempre por el adulterio de la mujer, y el del marido sólo en caso de "concubinato público y escandaloso".

Motivo de acerbas críticas ha sido el hecho de que, en este aspecto de la infidelidad conyugal, como en muchos otros, se haya colocado a la mujer en situación desigual, frente al hombre.

Desde luego, esta diferencia entre el aspecto civil y el penal del adulterio no es una novedad de nuestra legislación actual.

Entre los romanos, la violación de la fe conyugal por cualquiera de los cónyuges daba al otro una justa causa de divorcio. En cuanto al delito la ley castigaba el adulterio de las mujeres y no el de los maridos.

El Derecho Canónico, proclamando la igualdad de los dos sexos, **utrisque sexus hic par conditio est**, no distinguió entre el adulterio de la mujer y el del marido, **alio sunt leges cesarum aliud Papinianus, aliud Paulus noster procepit, apud nos quoa non licet feminis neque varis liect** (Cánon 15c. 15. 32), y aplicadas al matrimonio las leyes de la Iglesia, el Derecho español consagró en las Partidas la diferencia entre el adulterio considerado como simple violación de la fe conyugal y el adulterio considerado como delito.

Para demostrar la mayor gravedad del adulterio de la mujer, se enfoca la cuestión desde otro punto de vista. Preciso es convenir —dicen los tratadistas— que ese acto realizado por la mujer tiene mayor trascendencia bajo el punto de vista social y moral, porque si el grado de penalidad de las acciones ha de medirse por la gravedad de sus consecuencias, es evidente que la infidelidad del esposo es mucho menos grave que la de la esposa. La mujer que viola la fe conyugal —agregan— introduce o se expone a introducir hijos extraños en el hogar, burla con sangre extraña la sangre de su marido que debe trasmitir a sus hijos. Nada de esto resulta del adulterio del marido. Además, el pudor y la castidad son las primeras virtudes de las mujeres, y no se consideran sino como secundarias en los hombres; el hombre puede despojarse de ellas sin grave trascendencia; pero la mujer que las abjura, lleva la depravación a un punto más alto. La violación del pudor,

dice **Montesquieu**, supone en las mujeres la renuncia de todas las virtudes.

Pero, si queremos ser justos tendremos que convenir en que, por lo menos desde el ángulo moral, el adulterio del hombre, en todo caso, constituye una grave injuria hacia la mujer.

Esta desigualdad de apreciación del adulterio en cuanto al efecto que debe producir en las relaciones de los cónyuges tiende a abrirse paso en las legislaciones.

En Francia, los artículos 229 y 230 del Código Napoleón, consagraban la antigua diferencia que la legislación civil establecía entre el adulterio de la mujer y el del marido. "El marido, decía el artículo 229, podrá demandar el divorcio (o la separación de cuerpos), por causa de adulterio de su mujer"; mientras que "la mujer, decía el artículo 230, podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, **cuando haya tenido su concubina en la casa común**".

La ley de 27 de julio de 1884 que, derogando la de 8 de marzo de 1816, restableció el divorcio por causa determinada suprimió las últimas palabras del artículo 230, estableciendo a este respecto igualdad perfecta entre ambos cónyuges.

En la edición última de nuestro Código Civil se establece que son causas de divorcio: "1º El adulterio de uno de los cónyuges", con lo que se ha rendido homenaje al principio de justicia.

Estimando incompleta nuestra legislación sobre el divorcio, el Presidente de la República General Plaza, decía en su Mensaje a la Legislatura de 1903: "Enmendando el error, extended los casos de disolución de matrimonio a los aceptados por las mejores legislaciones: ahora no es asunto de clima ni de localidades, es una cuestión general, dependiente de la naturaleza humana, dadas las prescripciones que en otras épocas han regido universalmente esta materia".

"La separación de cuerpos debe producir la disolución porque no subsistiendo ni el objeto ni el fin del matrimonio es únicamente una celada contra el honor y un riego para la moralidad pública; pues no pudiendo llenarse las necesidades del matrimonio de un modo legítimo, es muy fácil y casi seguro que se las satisfaga ilegítimamente. Yo no sé si también en este caso es aplicable la excusa del derecho de necesidad, como es probable; lo que sé es que se forman familias ilegítimas adyacentes a la principal, y que la guerra y el escándalo perturban las sociedades; escándalo de preeminencias y guerra por intereses, sosteniendo los unos la legitimidad y los otros la justicia".

225.—Reforma de 30 de Setiembre de 1910. Comentario

Cauteloso anduvo, y con sobrada razón, nuestro legislador, en cuanto a innovaciones que, a tan importante institución, se había propuesto, hasta que el 30 de setiembre de 1910 implantó el divorcio "por mutuo consentimiento, previa declaratoria en sentencia ejecutoriada".

Muchas legislaciones americanas han establecido la disolución amistosa del matrimonio, tales como la cubana, mejicana, panameña, etc., llegándose en algunas a admitirse el divorcio por voluntad unilateral de la mujer, como en el Uruguay, esto es, la repudiación antigua concedida así solamente a la esposa cuando en aquellas épocas viejas era privilegio del marido. Los legisladores han visto con recelo la disolución amistosa del vínculo, bien porque se presta a inmoralidades, o porque se prescinde en ella del papel del juez a quien le está encomendado decidir en justicia, y en el divorcio por mutuo consentimiento no conoce el fondo de la cuestión; o porque crea situaciones contrarias a la estabilidad del matrimonio. El Profesor **Kahl**, autor del proyecto de reformas del Código alemán, rechaza el divorcio por disenso, alegando que "aparece en el exterior como capricho de los esposos, con lo cual se perjudica el prestigio del matrimonio y se quebranta, en el sentido general jurídico, la conciencia de que el matrimonio es un estado, que se halla por encima de la voluntad de los esposos.

Mas, débese tener en cuenta que lo que mantiene principalmente la unidad familiar es la afección y confianza recíprocas, no la mera disposición de la ley, y que cuando el mal trato, la falta de cumplimiento de los deberes o la inmoralidad adquieren carta de naturalización en la vida del hogar, la ley que impide la disolución del matrimonio en que tales hechos se suceden, se coloca en punto de vista falso, esto es, declara unido a lo que le falta su base natural de estabilidad. Cuando hay culpa, como en el adulterio, sevicias, injurias, delito que amerite condenación, actos de prostitución, etc., etc., interviene eficazmente acordando el divorcio. Pero, cuando el temor del escándalo obliga a los esposos a esconder a la sociedad la mancha que oscurece el hogar, o el piadoso silencio beneficia a los hijos ¿por qué no acordarles el derecho de disolver el contrato matrimonial del mismo modo que lo formaron, esto es, voluntariamente, sin imponer a los demás de su desgracia, así como tampoco impusieron a la sociedad de las causas que los llevaron a casarse?

El divorcio por mutuo consentimiento no es un divorcio sin causa. Siempre existe en el fondo una razón poderosa.

226.—Reformas de 22 de noviembre de 1935

A partir de 1935, el desarrollo institucional del Ecuador sufrió profundas transformaciones jurídicas y sociales.

En efecto: el Ingeniero Federico Páez, como Jefe Supremo en 1935, introdujo nuevas reformas, por Decreto de 4 de diciembre del mismo año, en cuyos primeros artículos dice: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio; pero la mujer podrá contraerlo sólo después de trescientos días de inscrita el acta de divorcio o la sentencia que lo declare.

La mujer que, al tiempo de la sobredicha inscripción, estuviere embarazada y diere a luz, antes de los trescientos días, queda en aptitud legal para contraer nuevas nupcias, sin esperar el transcurso de dicho plazo.

Los cónyuges pueden divorciarse libremente, por mutuo consentimiento. Este consentimiento puede ser expreso o tácito.

El consentimiento expreso se manifiesta de consuno por ambos cónyuges o sus mandatarios con poder especial, de viva voz, ante el Jefe Político del domicilio del marido, y, en caso de que éste lo tuviere fuera de la República, del de la mujer. Se extenderá acta de esta manifestación, la que será firmada por el Jefe Político, los cónyuges o sus mandatarios y dos testigos, y autorizada por el Secretario de dicha autoridad, y, en caso de falta o impedimento de éste, por un Secretario ad-hoc. Los poderes quedarán agregados al acta y copia auténtica de ésta se inscribirá y archivará en la Oficina del Registro Civil, sin lo cual no se entenderá perfeccionado el divorcio.

Si los cónyuges fueren menores de diez y ocho años, necesitarán para el divorcio la autorización de un curador general o, a falta de éste, de un curador especial.

Constituye consentimiento tácito de los cónyuges, el hecho de su separación, con ruptura de las relaciones conyugales, por tres años consecutivos, por lo menos, inclusive los casos en que dicho tiempo fuese, en todo o en parte, inmediato anterior a la fecha en que esta ley comience a regir.

El divorcio por consentimiento tácito deberá ser declarado por sentencia ejecutoriada, **en vitrud de demanda de cualquiera de los cónyuges**, permitiendo así que el cónyuge culpable pueda aprovecharse de su propia culpa para obtener el divorcio, absurdo jurídico que la Legislatura de 1940, como luego lo veremos, echó abajo, pero que mientras tanto señaló, en ese momento, un camino muy peligroso para la estabilidad del matrimonio.

Luego, en el artículo siguiente se establece que también son causas de divorcio: 1º El adulterio, ya provenga del ma-

rido o de la mujer, con lo que desapareció la desigualdad que sobre la materia había creado la ley, al propio tiempo que se rindió homenaje a la justicia. 2º La sevicia, precisándose que ésta será apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación y posición social de los cónyuges. 3º La injuria grave y la actitud hostil y despectiva, cuya apreciación, como en el caso de la sevicia, se deja, también, al prudencial criterio del juez. 4ª Las amenazas graves y frecuentes de un cónyuge contra la vida del otro. 5ª Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice. 6ª El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la legitimidad del hijo y obtenido sentencia que declare la ilegitimidad. 7ª Los actos ejecutados por el marido o la mujer, con el fin de corromper a los hijos, cuya apreciación, como en los casos de la sevicia y de la injuria grave, se deja, igualmente, al criterio del juez. 8ª El hecho de adolecer uno de los cónyuges de sífilis, tuberculosis o lepra, en las circunstancias o condiciones en que estas enfermedades son generalmente consideradas como incurables o que habrían de trasmitirse a la prole. 9ª El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o haga uso indebido de morfina, éter, opio o de cualquiera otra droga que produzca análogos o peores efectos que aquéllas. 10º La impotencia o la deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges, que vuelva imposible la procreación. 11ª La condena ejecutoriada a tres años de prisión por lo menos, por crimen o delito. 12ª El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue habitualmente, en juegos de azar, valores más o menos cuantiosos con relación a su fortuna. Determina que la acción de divorcio corresponde al cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más causales, prescripción racional y moralizadora, ya que ninguno de los cónyuges puede fundar la acción de divorcio en hecho propio.

Las causas de divorcio que quedan mencionadas están aún en vigor, y más adelante haremos un examen analítico de las causas de divorcio enumeradas en el párrafo anterior y que, con ligeras modificaciones, rigen en la actualidad.

227.—Reformas posteriores

En las reformas expedidas por el Congreso Nacional, el 18 de octubre de 1940, se mantiene el divorcio por mutuo consentimiento. Para este efecto —se agrega— el consentimiento se expresará del siguiente modo: "los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el Juez Provincial del domicilio de la mujer o, en caso de

que ésta se hallare fuera de la República, ante el del domicilio del marido", manifestación que, para que surta plenos efectos, debe ser ratificada transcurrido el plazo de dos meses, con lo cual se ha conseguido muchas veces la reconciliación de los cónyuges.

Caprichos del momento, sacudimientos pasionales proyectan a veces sombras de tempestad en los hogares; pero viene la reflexión, reconocemos el error y explende otra vez el iris de la paz. En lo referente al cuidado y protección de los hijos, como consecuencia de la disolución del matrimonio, se determina que a la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, de las hijas en toda edad; que los hijos púberes estarán al cuidado de los hijos de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal de la madre, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente o haya temor de que se perviertan; que en el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, por falta de los padres, corresponda la guarda legítima; y que por falta de todas estas personas, el juez señalará el asilo o institución en que deben ser internados, fijando, al efecto, la pensión que deben así el padre como la madre para atender la crianza y educación de los hijos; otras prescripciones muy acertadas sobre pensión alimenticia, socorro entre los consortes; sobre liquidación de la sociedad conyugal, etc. Finalmente, en lo que se refiere a la causa de divorcio por separación de los cónyuges, con ruptura de relaciones sexuales entre ellos, por más de tres años, derogando el artículo respectivo correspondiente al año de 1935, prescribe que el divorcio por dicha causal sólo podrá demandar el cónyuge agraviado con el abandono.

228.—Juicio social y legal sobre el divocio vincular

La doctrina universal está dividida en la tesis divorcista; mientras unos sostienen que el divorcio vincular es un mal social que atenta contra la moral, la natalidad y educación de la prole, la unidad, cohesión y perpetuidad de la familia, y que es llevar un factor de perturbación a la paz y al espíritu de abnegación de los cónyuges, etc., etc., otra parte de esa doctrina en su tesis afirma lo contrario, y manifiesta que en aras de la evolución y progreso mundial y social, el divorcio es una necesidad indiscutida para la paz de la famila, estirpando de raíz la tragedia diaria de esos hogares en donde está el odio

gestado y el infierno en permanente ebullición por causas de adulterio, malos tratos, degeneración, vicios, etc., etc., y como justificación de peso ponen como ejemplo las naciones donde el divorcio absoluto es instituído por las leyes y los grandes y buenos resultados obtenidos; cuando no se abusa de su realización frecuente, como ha ocurrido en algunos Estados, salvo algunas excepciones, y consideran que esto pasa por fallas y falta de las exigencias de la ley que reglamentó el divorcio.

La cuna de las ideas divorcistas en principio fue Francia, y en especial tuvieron su mayor auge durante la revolución. Antes de 1789 el divorcio estaba controlado por leyes severas; puede decirse desde 1794 época ésta que se sanciona la ley de divorcio con amplias liberalidades, empieza el abuso, al punto, que, a pedido de cualquiera de los cónyuges sin mayores razones para la separación, era acordada judicialmente. Ante este abuso en años siguientes esta ley sufrió modificaciones restrictivas.

El divorcio no es ni debe ser fórmula jurídica para disolver uniones en las que se mantienen los elevados y nobles fines del matrimonio, sino más bien aquéllas en las que se han perdido esas finalidades.

He ahí por qué el legislador dedicó especial cuidado a la tarea de fijar causales que podrían motivar una acción de divorcio. Entre esas causales señaló enfermedades y embriaguez, pensando en la necesidad de evitar descendencia tarada y prevenir la ruina mayor de una raza que por razones de una irregular organización económica se encuentran en estado de grave desnutrición.

Señaló malos tratos, sevicia, prostitución, tentativa contra la vida, etc., para salvar a la víctima de seguir soportando las angustias de una existencia ajena a la felicidad, que es la máxima aspiración de quien va al matrimonio buscando al ser que le ayudará a sobrellevar la pesada carga de la vida. El matrimonio se contrae con el fin de que se perpetuo, como nota y expresión normales que corresponden a la virtualidad de la institución misma. En efecto, el principio de indisolubilidad surge de la naturaleza y fines de la unión conyugal, es legítimo corolario de la nueva personalidad que dicha unión crea, y corresponde a los fines trascendentes de la familia, cuyo cumplimiento en tal unión descansa.

El matrimonio es, por lo mismo, indisoluble por su objeto, su espíritu y su ley. La perpetuidad, dice **Portalis**, es el designio de la naturaleza. Nada más cierto. Pero, aparte tal indisolubilidad de principio, surge ahora un punto de vista distinto en esta cuestión, es a saber, el de la ecuación entre el principio y el hecho, entre la esencia y la realidad. ¿Debe en-

tenderse, en efecto, que existe tal matrimonio y en todo caso, cualesquiera que sean las hipótesis que en lo contingente sobrevengan, sea posible o imposible el cumplimiento de las condiciones y fines éticos en todos los órdenes que dentro de la unión conyugal han de existir y realizarse? Debe la ley conservar la indisolubilidad, cuando el principio en que se funda pugna con la triste realidad? O en otros términos: ¿cabe desconocer la posibilidad de que alguna vez, en tal o cual unión conyugal, resulte en la esfera de los hechos una fundamental contradicción con la esencia misma del matrimonio, hasta el punto de constituir un verdadero estado de insubsistencia, que exija la declaración jurídica y formal de su disolución? Que tales hipótesis, no sólo son racionales y legítimas, sino realidades lamentables que se ofrecen a veces en contradición de la naturaleza y fines de la relación conyugal, lo enseña la observación diaria y lo hace desgraciadamente bien posible la imperfección humana. En tales casos, si la relación conyugal no cumple o, mejor, no puede cumplir, los fines de su naturaleza, y si no está en armonía en puntos esenciales el resultado con la debida aspiración de voluntad de los que la constituyeron, parece racionalmente indudable, también, que bajo ninguna de ambas consideraciones cabe lógicamente aplicar aquí, pues que no existe verdadera materia, la nota de indisolubilidad a todo trance de la relación conyugal, a nombre tan sólo de uno ni de otro fundamento, cuando en la realidad resultan evidentemente falseados. De mantenerla en tales condiciones quedaría reducida a una especie de fenómeno de dinámica formal, pudiendo entonces creerse que estas formas y sanciones de orden meramente positivo y externo aprisionaban el vacío y sacrificaban a los elementos exteriores la esencia natural, a que ellos daban y podían dar efecto tan sólo en la estimación social e histórica, atestiguando ante ella la existencia puramente supuesta y ficticia de una relación conyugal. La lógica y la verdad no autorizan a mantener la firmeza de un estado formal, aparente y no real, contradictorio del esencial que aquél pretende representar, cuando se quebrantan, sin restablecimiento remotamente posible, las condiciones y fines de todos los órdenes de la sociedad conyugal en lo que tenga de esencial e indeclinable para la verdadera subsistencia de ésta, atendida su naturaleza fundamental y la presunta e indudable aspiración de voluntad y necesaria finalidad con que fue constituída. La simple separación de cuerpos y la interrupción de la vida común, en la mayor parte de los casos enumerados por la ley, no son bastantes para el remedio de algunas de estas desgraciadas situaciones conyugales.

Sin duda la separación de cuerpos hace desaparecer los inconvenientes de la vida en común; suprimiendo el hogar, se suprimen las causas diarias de rozamientos: los dos esposos vivirán separados, pero quedarán casados; el vínculo del matrimonio queda solamente aflojado, no está roto. Y resulta que los esposos, no siendo libres, no pueden volver a casarse y crear una nueva familia; sus existencias están sacrificadas sin esperanza. Se encuentran condenados a un celibato forzoso, lo que amenaza incitarlos a vivir en un concubinato adúltero. La separación de cuerpos hace desaparecer un mal pero lo reemplaza por otro. No puede llamarse matrimonio la coexistencia forzada de dos seres que, en vez de amarse, se aborrecen; que en vez de ayudar el uno al otro en el duro trabajo del perfeccionamiento moral, cooperan a desmoralizarse.

La solución de tan gravísimo problema no puede ser otra que el divorcio: una solución y una forma jurídicas al servicio de una dolorosa, excepcional y evidente realidad, imposible de desconocer, y ante la cual no puede ser indiferente el Derecho.

No puede admitirse, desde luego, que el divorcio puede ser un medio fácil para cambiar de marido o de mujer, para tomar por capricho, otra mujer u otro marido. Si todos los pueblos civilizados y de superior cultura dedican su máxima preocupación a la protección de la familia cuya forma superior es el matrimonio, no puede concebirse que instituyan el divorcio para destruírlo poniéndolo al servicio de las veleidades de la mujer o del hombre, cuyo instinto lo lleva, desgraciadamente con frecuencia, a la infidelidad conyugal en aventuras extramatrimoniales de marcado sabor donjuanesco, contribuyendo con esta actitud a la desgracia conyugal. El divorcio que destruye hogares, en ausencia de motivos justificativos, daña a sus hijos dando paso a insanos brotes de la irresponsabilidad de sus progenitores. Pero cuando el fin del matrimonio no puede obtenerse, cuando el matrimonio está disuelto de hecho, la ley permite que los cónyuges pidan la disolución definitiva; pero solamente por causas determinadas y previa comprobación ante los jueces y tribunales.

Otra fase del problema que estudiamos es el relacionado con la crisis de la familia en la revolución social de nuestro tiempo.

Procuraremos exponer, a grandes rasgos, el ciclo evolutivo que ha seguido la humanidad desde los tiempos antiguos hasta nuestros días, para, de este modo, poder determinar su influencia en los acontecimientos presentes, de modo a formular apreciaciones y deducir conclusioses que tengan por fundamento la experiencia de la vida de los pueblos, sintetizada en sus precedentes históricos.

Desde la más remota antigüedad y a través de todos los tiempos, ha existido la tendencia de buscar un equilibrio, al menos transitorio, en el perenne desequilibrio que la naturaleza impone a la humanidad para poder actuar y subsistir.

Las fuerzas contrapuestas que obran en el terreno de la solidaridad social y de la estructura de los estados, con respecto a estos equilibrios y desequilibrios, son siempre las mismas, diferenciándose tan sólo en su intensidad, forma de manifestarse y grado de prevalencia de unas sobre las otras, fuerzas que, en el terreno de las disciplinas filosóficas se denominan **individualismo** y **gregarismo**, y, en la expresión simplista y vulgar llamamos **libertad y autoridad.**

Por la acción de estas fuerzas antagónicas, la civilización ha venido realizando el proceso de su evolución: ya con los caldeos y egipcios, que la historia nos presenta sólo en un período gregario; ya con Grecia, teniendo Atenas cuna, exponente acabado de indidualismo constructivo, que en un siglo y medio de acción inmortalizó a este pueblo en la filosofía, en las artes y en las ciencias, pero que, debido a él, la unidad nacional del pueblo griego fue un mito y alentó su sometimiento al régimen gregario macedónico: Alejandro.

En la edad media, los pueblos del occidente procuran hacer renacer, en pleno gregarismo, los progresos espirituales, científicos y artísticos de la civilización antigua, mediante la renovación y conservación de los mismos; hasta que con la Reforma y los triunfos graduales y sucesivos del individualismo atemperado, estructura la conformación espiritual y filosófica que había de estimular los grandes progresos del individualismo contemporáneo.

Con el triunfo del inconformismo en Inglaterra, denominado en lengua hispana triunfo del **liberalismo**, se ponen en acción fuentes generadoras de poderosas energías, tales como la **libertad de conciencia, la libertad de palabra y de prensa, el derecho de reunión e igualdad ante la ley**; las cuales, retoñando en otros continentes de pueblos en formación, permiten consolidar su arraigo y favorecer su expansión de una constitución **liberal e individualista**, por la cual, los derechos del Estado pasan a mano exclusiva del Pueblo, es decir, de los ciudadanos, cuyas prerrogativas de Soberano constituye el rasgo típico de su estructura.

Con tales estímulos y bajo la influencai de las ideas racionalistas de los filósofos del siglo XVIII, el proceso innovador epiloga en Francia con el movimiento de 1789, impregnado de individualismo renovador, verdadero torrente de vindicaciones libertarias que, por su mismo desenfreno, habría de engendrar la reacción gregaria, bajo el régimen napoleónico,

que de todos modos permitió sedimentar las ideas y sentar las bases de una organización estable.

No vamos a analizar cada una de las conquistas alcanzadas por esta revolución en favor de los derechos del hombre y de su bienestar colectivo, como también su influencia en la cultura y progreso de las demás manifestaciones de la vida de los pueblos; pero hemos de recordar, en esta oportunidad, cuál fue el espíritu que conformó los principios implantados.

En primer lugar figura el sentimiento humanitario, la preocupación y el culto de la persona humana. El hombre debía ser sagrado para el hombre, y, todos aquellos seres con figura humana debían participar de esta dignidad. Todos serían libres, todos serían iguales ante la ley. Nadie podía ser considerado como instrumento al servicio del Estado. Los Estados serían organismos al servicio de los individuos.

Tal concepto fue luego adoptado por casi todos los pueblos.

De otra parte, para que los individuos libres formasen una sociedad, se organizasen y se ligaren por relaciones valederas, se proclamó una soberanía que estuviese por encima de los hombres, encontrándola en la soberanía de una idea, en la soberanía de la ley, la misma para todos. A la soberanía de los reyes se le opuso la soberanía de la ley, y, este poder impersonal requería ser tanto más respetado cuanto que todos los poderes personales habían desaparecido ante ella.

En cuanto al sistema económico, el **régimen corporativo** fue subsistituído por el **régimen liberal**, implantándose así la **libertad de trabajo y de comercio.** De este modo, la dirección de la producción, de la distribución y del consumo, quedó en manos del libre albedrío más absoluto.

Para poder apreciar el alcance de esta última innovación, basta recordar que en la organización corporativa, cada localidad tenía separación de oficios, y, el ejercicio de cada uno de ellos estaba monopolizado por un pequeño número de artesanos, agrupados en comunidades, pudiendo sólo ellos, con exclusión de todos los demás, fabricar o vender los objetos de comercio cuyo privilegio detentaban.

Bajo el régimen liberal, tal cual quedó estatuído después de la revolución francesa, el **dinero**, la **instrucción** y el **favoritismo** pasaron a constituir los requisitos necesarios para alcanzar jerarquía, y, dado que la instrucción y la fortuna presupone el bienestar o la riqueza, y, el favoritismo proviene del nacimiento de los compromisos, resultó que se había vuelto a caer en una nueva aristocracia, no sólo de principio y de derecho, sino de hecho, no obstante el liberalismo metafísico de la democracia política y de la abolición de los privilegios.

En efecto, calmada la gran agitación, conquistadas las nuevas posiciones y normalizado el estado de la sociedad, quedaron en pie, en el escenario industrial y social, sólo individuos aislados, unos frente de otros, abandonados a su suerte y a sus propias fuerzas; con la única diferencia, entre sí, de que unos, los menos, disponían de capitales y ocupaban posiciones elevadas, mientras que la gran mayoría carecía de todo. En tales condiciones, ¿qué podía resultar de la **libertad de trabajo** y de la **libre competencia?**: la **servidumbre** en general, el **vasallaje** colectivo de las masas.

De aquí se inició la lucha entre esa escasa minoría instruída, equipada, poseedora de grandes medios y ocupando todas las posiciones, y, la gran mayoría ignorante, despojada y obligada a implorar trabajo a cualquier precio para vivir al día.

El **liberalismo económico**, sin organización, condujo a la entrega discrecional de las masas desposeídas a un nuevo feudalismo, el feudalismo industrial, con lo cual sentó sus reales la servidumbre proletaria.

Con este sistema, el obrero tuvo que aceptar trabajo y patrón en condiciones cada vez más duras y peor rumuneradas, desde que la libre competencia, cuando los trabajadores abundan, que es lo normal, éstos se ven obligados a aceptar trabajo al más bajo precio y el jornal tiende a bajar al límite de las necesidades extremas de la existencia, particularmente en el obrero con familia.

Los progresos científicos que venían jalonando las inquietudes espirituales e industriales del mundo civilizado, tomaron un incremento insospechado desde mediados del siglo XIX, en adelante. Su influencia inmediata en los organismos industriales y centros de producción no dejarían de hacerse sentir.

Los instrumentos simples y familiares, de la artesanía primitiva, fueron reemplazados por mecanismos accionados a vapor, aumentando la capacidad de producción a la vez que disminuyendo el empleo de la fuerza humana. Luego, la aparición de los motores eléctricos y de los motores a explosión, favoreció el desarrollo del maquinismo, diversificando y simplificando los instrumentos de producción, como también elevando su rendimiento a proporciones cada vez mayores.

De esta manera, si el progreso de la ciencia y su aplicación en el escenario industrial, permitió ampliar el católogo de los objetos de fabricación, a la vez que ofrecer nuevos y más variados medios de bienestar para el género humano; en cambio, correlativamente fue disminuyendo las posibilidades de utilización de la mano de obra disponible, agravando los males emergentes de la libre competencia. En todo este

proceso, a medida que el maquinismo se fue desarrollando y perfeccionando, se ofrecieron cortos períodos en que el obrero industrial adquirió categoría, y, como los lugares de producción se agrupaban alrededor de centros urbanos, con todos los atractivos de la vida de ciudad, dio motivo a una cierta migración de las zonas rurales hacia aquéllos. Esta circunstancia, unida a una actividad subterránea en favor del monopolio latifundista de la tierra, provocó luego el éxodo de las poblaciones rurales hacia los centros urbanos, rompiendo el equilibrio indispensable en las actividades productoras de los estados industrializados.

Con el incremento así alcanzado de la masa obrera en torno de los centros industriales, surgió el problema de la superproducción y con él la competencia comercial en el campo internacional. Aquellos Estados que tuvieron, para esa época, mercados y medios de colocación suficientes para el excedente de su producción, pudieron aumentar su capacidad industrial y con ello incrementar el bienestar de su pueblo; pero los que no se encontraban en tan favorables condiciones, tuvieron que recurrir a la lucha comercial, empleando todos los medios lícitos e ilícitos de la libre competencia.

El primer recurso fue el de perfeccionamiento del maquinismo, que permitiese obtener rendimientos al de sus competidores más favorecidos inicialmente; y más tarde, el de la racionalización de la producción, con lo cual se llegaría a resultados que habían de comprometer seriamente la estructura económico-social de los estados interesados.

De la guerra de Troya a las dos grandes conflagraciones, los conflictos internacionales han tenido por móvil esencial un fin utilitario, basado generalmente en un factor económico.

En torno a estos cambios se han producido muchos otros en la estructura económica, social y política, y, en defintiva, está surgiendo una nueva civilización: la de las masas, las máquinas, las ciudades y... los viajes interplanetarios.

En esta situación, todas las instituciones —y la familia no ha sido una excepción, ni podía serlo— se han visto sometidas a una inevitable crisis y a complejos procesos de reajuste. Ha habido instituciones que han resistido, con escasos cambios; otras, que han desaparecido totalmente o dejando detrás formas residuales; otras que, después de atravesar por una fuerte crisis, han logrado reajustarse a las nuevas condiciones. Y debe tenerse en cuenta que, en todo caso, los resultados tienen carácter provisional, pues la ola de los cambios no ha terminado, ni el nuevo punto de equilibrio y normalidad ha sido definitivamente alcanzado.

Esto supuesto, veamos el cuadro general de los impactos que la familia ha sufrido en medio de la crisis de la sociedad occidental.

Debemos empezar por aclarar que el estudio científico del problema es relativamente reciente. A pesar de que el gran **Federico Le Play**, al fundar la primera escuela verdaderamente científica de Sociología, dotada de serios métodos de análisis cuantitativo, lo hizo tomando precisamente a la familia como unidad social elemental y fundamental, y utilizando el presupuesto familiar como expresión cuantitativa de la vida de la familia (y, por lo tanto, fundamento de un análisis objetivo de los hechos sociales), es lo cierto que el método del gran sociólogo no alcanzó toda la aceptación que merecía, y la Sociología discurrió de preferencia por aspectos más aparentes, como las relaciones entre las clases y la Sociología política.

Puede decirse que el estudio científico de la familia cuenta sólo con una generación, concretamente a partir de la Primera Guerra Mundial, cuando los problemas de la desintegración familiar, la extensión del divorcio y el descenso de la natalidad empezaron a preocupar seriamente. En cambio, en los últimos cincuenta años, el interés ha sido realmente extraordinario y la Sociología de la familia (unida al interés de la Sicología y de otras disciplinas) ha hecho avances muy grandes.

Los epígrafes más característicos son los siguientes:

1) La familia se mueve en un medio social diferente: a) en los valores admitidos; b) en la organización económica; c) en las funciones sociales.

Mayor movilidad geográfica y social, urbanización, aparición de múltiples instituciones educacionales, de servicio social, recreativas, etc.; todo ello ha confluído en reducir y modificar las funciones de la familia en la sociedad actual.

2) La primera y más característica consecuencia ha sido la reducción en el volumen y funciones de la familia. El proceso, que venía de atrás, de la progresiva integración de la gran familia, lo mismo en el Derecho romano (la gens) que en el Germánico (la Sippe), se ha acelerado en el espacio urbano. Para las Partidas, la familia comprende "el señor della, a su muger e todos los que viven so él, sobre quien ha mandamento, así como los hijos e los sirvientes e los otros criados" (Partida VII, Tít. XXXIII, Ley 6ª). Este grupo doméstico se ha reducido notablemente en las casas por pisos, y hoy se reduce en la mayoría de los casos al esqueleto del matrimonio y a los hijos (propios o adoptados). La vieja familia patriarcal o cuasi-patriarcal ha desaparecido prácticamente, y en su lugar prevalece cada vez más la familia que

Ley Play definía como inestable en el Continente, o como particularista, en los anglosajones.

Esta familia ha decrecido en tamaños:

a) Porque viven menos generaciones bajo el mismo techo. En la ciudad sería normalmente imposible; en el mismo campo, la mecanización hace menos necesaria la reunión de muchos brazos.

b) Porque la presión económica ha inclinado a muchas familias a diversas formas de malthusianismo. "En otro tiempo era gran ventaja económica el fundar una familia": se obtenían brazos para la labranza y el pastoreo y hasta la poligamia era rentable; ahora es otra cosa: "el tener que proveer a las necesidades de la familia es un aumento de nuestras cargas económicas". En particular, la educación de los hijos ha alcanzado un costo tan alto y tan largo que **Péguy** ha podido definir al padre de familia como "el gran aventurero de los tiempos modernos".

3) La urbanización ha sido uno de los elementos que más ha pesado en los cambios de la vida familiar.

En primer lugar, la organización espacial de la familia no es la misma. No sólo la vivienda en la ciudad es más difícil de encontrar y más costosa, sino que la función no es la misma. La casa es ya un lugar para el sustento y el reposo; frecuentemente muy distante de los lugares de trabajo, lo que por sí solo ha dado lugar a formas nuevas de vida familiar, como el "suburbanite", o "commuter" de las grandes metrópolis americanas.

Por otra parte, las crisis económicas producen en la ciudad un impacto más grave sobre la familia; y lo mismo debe decirse de cualquiera otras emergencias (catástrofes, guerra, huelga, etc.).

Pero debe señalarse, sobre todo, el vacío moral que se crea en torno a la familia urbana. "La ciudad libera a los hombres del pasado"; lo que vale tanto como decir que les priva de sus raíces. El precio es elevado en desequilibrios nerviosos, enfermedades mentales, etc.

4) Las relaciones entre los sexos han cambiado. No es este el momento de examinar el problema del feminismo en su conjunto; pero es indudable que la nueva sociedad ha permitido a la mujer concebir su inserción en la familia, en la vida profesional y en la vida en general de modo muy distinto a la del antiguo régimen agrario. Con ello se han creado nuevos problemas para la unidad familiar y la autoridad en el seno de la familia.

5) Disminución de la autoridad paterna.

No sólo entre los esposos, sino entre los hijos, se ha ido relajando el principio de autoridad. Es más; cada vez menos

los padres esperan, o los hijos se sienten obligados a cuidar de sus padres en la vejez, entendiéndose que esta función compete a las instituciones de seguridad social. Ello es consecuencia de la constante aceptación de los ideales igualitarios y de la mayor facilidad con que, en una época de aceleración histórica, se produce el conflicto de valores y apreciaciones entre las generaciones.

Esta enumeración podría hacerse interminable, pero con lo dicho es suficiente para tener una idea del alcance y profundidad de los problemas planteados. Podemos, pues, y debemos hablar de una crisis de la familia; una crisis social en los hechos, que, por lo demás, se corresponde a una crisis en las ideas. Estamos ante un reflejo de la crisis de numerosas instituciones de nuestra sociedad; y en la cual, como ocurre a menudo, hay aspectos positivos al lado de los negativos. Lo cierto es que la familia subsiste y se renueva, en medio de todas las pruebas, y que para la mayoría de los hombres y de las mujeres sigue, y seguirá siendo, el destino normal y el componente básico de la vida en sociedad.

229.—Examen analítico de las causas que originan el el divorcio vincular:

1ª— Adulterio del marido o de la mujer

El adulterio de uno de los cónyuges es para el otro una causa perentoria de divorcio. El texto primitivo (el de 1903) establecía una diferencia entre los dos esposos: todo adulterio cometido por la mujer, aun fuera de la casa conyugal, acarreaba contra ella la sentencia del divorcio. Por el contrario, el adulterio del marido, no daba lugar al divorcio en tanto no fuese acompañado de una doble circunstancia agravante, el mantenimiento de una concubina en la casa conyugal. Esta diferencia fue suprimida en 1935. En vano se trata de alegar la tolerancia que logra a menudo en nuestras costumbres el adulterio del marido y se pretende que no produce en el corazón de la mujer una herida tan viva como la que experimenta el marido engañado por su mujer: desde el punto de vista moral la falta es la misma. Los dos esposos se deben mutuamente fidelidad y la fidelidad no admite dos grados diferentes. La más estricta justicia exigía que la mujer ofendida obtenga el divorcio por esta causal con el mismo derecho que el marido.

La Corte de Apelación de Bruselas ha desechado el divorcio intentado por un marido que ha consentido en el adulterio de su mujer. "Se puede considerar, dice la sentencia, el

adulterio de la mujer como una causa perentoria de divorcio, sometiendo al juez todo poder de apreciación sobre los hechos. Si la ley civil permite al marido demandar el divorcio por causa de adulterio de la mujer, esto es a título de sanción del ultraje que representa la violación de la fe conyugal, esta violación cesa de ser ultraje para el marido si las circunstancias revelan que dicho marido ha provocado, tolerado o favorecido, la conducta ilícita de su mujer.....". **Belgique judiciari**, 1933, página 229).

En esta decisión se resolvió el caso siguiente: Desde hacía más de quince años el marido había abandonado a su mujer, así como a su pequeño hijo, dejándolos en la miseria y desprovistos de todo recurso. Durante la guerra el marido contrajo ilícitamente segundo matrimonio, unión que se rompió en 1921. Todo este tiempo dejó de pagar a su mujer la pensión alimenticia que estaba obligado a abonar, según una decisión judicial. Entonces la esposa se dedicó a vivir maritalmente con un individuo, que sufragaba los gastos alimenticios de ella y de su hijo. Estos hechos, conocidos por el marido, fueron tolerados durante mucho tiempo.

En consecuencia, como decimos, se rechazó la demanda, fundada en el adulterio.

Tiene sus precedentes esta resolución en otra anterior de la misma Corte; pero en este caso se trataba de una mujer que alegó contra el marido, que le había tendido una verdadera red para provocar el adulterio.

En opinión de **Graulich** y **Laloux**, el marido no puede quejarse de un adulterio que realmente ha consentido. Así ocurrirá en caso de connivencia, provocación directa y a veces también cuando el marido guarde silencio, si este silencio está suficientemente cualificado, para inducir con exactitud el consentimiento. Por el contrario, debe estimarse que el adulterio no puede perder su carácter ofensivo porque se haya provocado por las ofensas del marido a la mujer: tal provocación indirecta no implica consentimiento. Desde este punto de vista puede criticarse la resolución de la Corte de Bruselas, porque se basa esencialmente en la tolerancia del marido derivada de su prolongado silencio. Sobre esta cuestión puede consultarse en Derecho francés a **Laurent** (III, párrafo 214, **Colin** y **Capitan** (I, núm. 184).

230.—2ª—Sevicia

Los malos tratamientos de obra corresponden a lo que en el Derecho Canónico se llama **sevicia** (**sevicia atroz**, según la expresión del artículo 136 del Código Civil) de la palabra **sevus**, cruel, **sevitia**, crueldad. Pero la calificación de la sevi-

cia suficiente para el divorcio corresponde al prudente criterio del juez que debe apreciarla, atendiendo a la calidad de las personas y a las circunstancias concurrentes. Una bofetada o una palmada que un hombre haya dado a su mujer, dice **Pothier**, que podrá ser una causa de separación entre personas de condición distinguida no lo sería entre gentes de bajo pueblo.

Esta causal existe en todas las legislaciones, con ligerísimas variantes.

En el Derecho Canónico la sevicia es causal de divorcio, si es tal que la mujer no pueda habitar con el marido sin peligro de la vida o de grave daño corporal.

En Francia, el artículo 231 del Código Civil, dice: "Los cónyuges podrán recíprocamente demandar el divorcio por excesos, sevicias o injurias graves de uno de ellos hacia el otro". Entre los autores modernos, algunos quieren llamar "excesos" los actos más graves, los que ponen la vida en peligro; sevicias serían simples violencias que no amenazarían ni la vida ni la salud; esta clasificación es contraria al sentido natural de las palabras, pues hay exceso desde que se sale de los límites de lo permitido mientras que la voz sevicia indica particularmente la idea de crueldad.

Debe tenerse presente este antecedente para no incurrir en el error de creer que los malos tratamientos de obra de que habla el Derecho Canónico corresponden a los excesos y a la sevicia del Derecho francés.

Los hechos que pueden ser calificados de excesos o sevicias, son muy diversos; todo atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su libertad y a su salud constituye sevicia; por lo que es de calificarse como sevicia una privación de alimentos. El abuso de las relaciones sexuales que provoque en la mujer una enfermedad o un accidente constituye igualmente sevicia.

El Código alemán se expresa así: artículo 1568: "Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio, cuando por violación grave de los deberes propios del matrimonio o por su conducta inmoral y deshonrosa se haya hecho culpable el otro de una perturbación tan profunda en las relaciones conyugales que no pueda exigir del querellante la continuación del matrimonio. Se debe considerar como una infracción grave a los deberes, todo mal tratamiento". Está así claramente expresado el carácter relativo de esta causal y su índole peculiar que se modifica "según la diferencia de cultura, de la posición exterior, del carácter y de la formalidad de los esposos que hacen que no pueda previamente definirse si ciertos actos que en ocasiones bastan para hacer insostenible el matrimonio, han de producir ese mismo efecto en un caso dado, pues un mismo

hecho, v. g. los malos tratamientos, una ofensa al honor, la condena a presidio puede, a veces tener como consecuencia el divorcio, mientras que en otros, quizá, perturbe apenas la paz conyugal o sólo de modo pasajero".

231.—3ª—Injurias graves

La causal "injurias graves" aparece por vez primera en la legislación francesa y de ahí la captan casi todas las legislaciones. En general, lo son todos los actos, escritos, palabras por las que uno de los esposos atenta en cualquier forma contra el honor y la consideración de su cónyuge o le evidencia el testimonio de su odio o de su desprecio. (1)

Saber cuándo hay "injurias graves" es una cuestión de hecho, cuya apreciación pertenece a los Jueces. Por ello, no se pueden enunciar reglas. Muchas injurias repetidas quizá no basten para justificar un divorcio y puede que una sola provoque legítimamente la ruptura del vínculo, si a raíz de ella la vida en común se torna insoportable o se hace imposible. Hay que tener en cuenta las circunstancias que rodearon la producción del hecho injurioso, su mayor o menor publicidad, la condición social de los cónyuges, su edad, etc. En la calificación se debe proceder como juez de hecho y no como juez de derecho.

Hay palabras insuficientes para rozar siquiera la epidermis de ciertas mujeres y que golpearían cruelmente el corazón de otras, de naturaleza más delicada. Entre esposos cuya educación ha desarrollado su sensibilidad, la injuria toma una importancia más considerable, pues el que la emplea no sólo olvida los miramientos debidos a su consorte, sino que le demuestra un desprecio cuya impresión nada puede borrar. Hay autores que restan importancia a la bofetada inmediatamente seguida del olvido de la misma y que existe esa clase de mujeres que les gusta ser castigadas porque una querella es seguida de una reconciliación que constituye un testimonio de ternura por parte del marido.

Es también evidente que la causal "injuria grave" ha permitido la irrupción al campo jurídico de causales insuficientes o falsas. De otro lado, es de anotar que quien no haya visto un expediente no le será posible imaginar lo que es un juicio de divorcio por causa justificada. No sólo arrasa un hogar, sino que los cónyuges enardecidos, apasionados, se tiran el lodo a paladas. Este es uno de los espectáculos más desconcertantes. **Beudant** decía, sin embargo: "Son injurias graves todo aquello que un abogado hábil logre hacer admitir como tales por los Jueces".

---

(1) Definición de Demolonde

Otra cuestión en examen es la de las injurias vertidas durante la sustanciación del divorcio. Se afirma por unos que los duros calificativos empleados por la mujer en sus escritos no pueden influir en la decisión del pleito, no sólo por haber sido expresados "animus defendendi", sino también porque la injuria causal de divorcio debe ser extrajuicio y articulada en la demanda. Sin embargo, si aparece después, durante el juicio, que la causal invocada en la demanda es falsa o, por lo menos, no ha quedado debidamente acreditada en autos, es indudable que esa causal es ofensiva, constituye una injuria de entidad suficiente como para justificar una nueva demanda de divorcio del cónyuge ofendido. Cualquier causal alegada que resulte falsa puede, según las circunstancias, configurar "injuria grave", determinando el divorcio a favor del cónyuge a quien se le hizo. Así, la causal de adulterio no probada justificará, en otras legislaciones, la acción del cónyuge a quien se le imputa por "injuria grave". En la jurisprudencia argentina se distingue: la falsa imputación de adulterio entre cónyuges debe ser admitida como injuria grave cuando es hecha por el marido, pero no cuando la hace la mujer. Es evidente que con esta causal el marido arroja sombras sobre la dignidad de su mujer y que cuando se produce el divorcio está ya moralmente consumado; por ello procede la demanda de la mujer por injuria grave.

En resumen, predomina en la jurisprudencia extranjera la tesis de que la acción de divorcio por adulterio que el marido imputa a su mujer si es desestimada, justifica la demanda de divorcio de ésta por injuria grave.

232.—4ª—Amenazas graves y frecuentes del un cónyuge contra la vida del otro

Esta causal entra en la índole de nuestra legislación que castiga con la indignidad para heredar al que cometió atentado contra la vida, honor o los bienes de la persona a cuya herencia es llamado. La ley califica estos hechos de injuria atroz que autoriza el desheredamiento, la revocación de una donación entre vivos, y que priva hasta del derecho de alimentos.

En los otros Códigos modernos esta causa está comprendida en las sevicias o injurias graves.

233.—5ª—Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice

Tiene esta causal muchos puntos de contacto con la anterior, pues, como ya anotamos, todo delito contra la vida y aun contra los bienes de una persona, importa un mal trata-

miento de obra o de palabra; pero a diferencia de ésta es absoluta y constituirá siempre que quede establecida la intervención que el otro cónyuge ha tomado en la perpetración de un delito, una causa perentoria de divorcio.

234.—6ª—El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes

En el número 6º del Art. 132 de la ley citada, se encuentra a este respecto la siguiente disposición clara y terminante: "El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la legitimidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad, conforme a lo dispuesto en este Código".

El legislador ha consagrado universalmente el sistema monogámico para el matrimonio en aras de la unidad, cohesión, moral y perpetuidad de la familia en sociedad y en el Estado. Encarna este sistema en la relación íntima entre los cónyuges obligaciones y normas que deben ser sustentadas, y al mismo tiempo protegidas y controladas por la ley; una de ellas es la de guardarse fe y fidelidad como moral del hogar, filiación de sus hijos, pudor, dignidad y respeto de los cónyuges, lo que afianza la unidad y consagración del hogar de la familia. Debido a los hechos enunciados es que la ley ha instituído como causa de divorcio la que es objeto de nuestro comentario, en concurrencia conjunta de las demás condiciones que ellas puntualiza.

235.—7ª—Actos ejecutados por el marido para corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges para prostituír a los hijos

207.—Lo más común en la instigación a cometer delitos por el hombre de mal vivir a la mujer, es el de adulterio, exigirle que ejerza el comercio sexual. ¿Qué comunidad de vidas y de afectos puede existir entre los cónyuges después de un acto semejante?.

Consta esta casual expresamente en el Derecho Canónico, y el primero de los Códigos españoles, el Fuero Juzgo, la consideró de tal gravedad que autorizaba a la mujer en este caso para casarse con otro, estimando disuelto el matrimonio. Lo mismo puede decirse con relación a la tentativa para corromper a los hijos. Como observa muy bien Goyena: "también este caso es una injuria grave hecha al cónyuge inocente en sus hijos". Según la redacción de la ley no es necesario que se trate de sus hijos comunes; basta que sean de cualquiera de los cónyuges.

236.—8ª—Enfermedad grave, incurable y contagiosa

208.—La enfermedad alegada como causa de divorcio puede ser anterior al matrimonio, porque lo único que exige le ley es que sea grave, incurable y contagiosa. Su fundamento es conservar la salud del cónyuge sano y de evitar la trasmisión hereditaria de una enfermedad semejante. La idea no es nueva, aunque lo sean algunos de los procedimientos que tratan de implantarse.

Disposiciones parecidas se encuentran en casi todos los Códigos.

En Norte América es frecuente el **requisito de sanidad** para contraer matrimonio-condición que en el Ecuador ha sido también propuesta y defendida sin logro legislativo-y son numerosos los Estados de la Unión Americana que han ido más lejos en su tesón eugenésico. Sobrado conocidas son las llamadas leyes esterilizadoras-que inauguró el Estado de Indiana en 1907-en virtud de las cuales se asexualiza, no sólo a los individuos afectos de alguna enfermedad mental, sino también a los delincuentes incorregibles, fatales candidatos a la locura o al delito. Acaso los norteamericanos han ido demasiado lejos. Los problemas de la herencia-que iluminan con nueva luz, por la doctrina mendeliana-todavía no nos ha entregado todos sus misterios, y es muy aventurado fundamentar en tan inseguras bases medida de tanta trascendencia como la asexualización de anormales y, más aún, la esterilización de delincuentes.

La cuestión de las enfermedades que comprometen la salud del cónyuge y de la prole y los condenan al dolor y al sufrimiento para toda la vida, son legítimas causas para el divorcio. Es el triunfo de la Eugenesia, que vela por el mejoramiento de la raza y preveé el futuro grandioso de las patrias nuevas. libres de las taras degenerativas de enfermedades trasmisibles.

237.—9ª—El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano

Aunque más común respecto del marido, la causal, es sin embargo, recíproca. Si en el hombre estos vicios llevan los mayores execesos y engendran los mayores males en las familias, en la mujer tiene aún consecuencias más graves para la moralidad y la tranquilidad del hogar; vicios que deben estimarse como verdadera perturbación de la armonía nupcial, como eficaz motivo de imposibilidad de vida común.

238.—10ª—Impotencia o deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges que vuelva imposible la procreación

Leyendo la vida del hogar escrita por los grandes médicos que se han dedicado a estudiar las causas de su disolución, vale decir: divorcios, separaciones al margen de la ley, como separaciones de cuerpo convencionales entre los cónyuges, artibuyen el 35% más o menos a la esterilildad en la mujer y el 20% a la impotencia en el hombre.

Esta estadística tiene una gran importancia en la paz del hogar, felicidad personal de la familia, moral social y progreso estadístico en los habitantes del Estado.

Conocer las intimidades de la esterilidad y frigidez de la mujer, como la impotencia del hombre, debe ser de interés personal como social, dada su trascendencia en la vida humana.

La ciencia está en deuda todavía en estos casos, aun en la terapeútica sobre la esterilidad, frigidez e impotencia no ha dicho su última palabra; conoce sus efectos desastrosos en la vida del hogar, en la reproducción de la especie, empero aun no conoce por sus orígenes de qué proviene el mal o cómo debe atenuarse, aun cuando sería mucho pedir curarlo. Hay casos en que la ciencia ha encontrado las causas de la esterilidad, frigidez e impotencia y ha llegado a curarlas; empero hay mucho que hacer en este sentido.

239.—Impotencia y esterilidad

Según las teorías canónicas era la impotencia inherente al hombre y la esterilidad a la mujer. Ambos vocablos en el significado de su finalidad son sinónimos, vale decir: infecundación de la especie humana o no procreación. Empero el proceso o lesión orgánica de la impotencia como de la esterilidad es distinto.

Impotencia.—Falta de aptitud funcional para el acto sexual, por falta de erección o falta o inutilidad visible del pene. En este caso las secreciones o semen puede tener los espermatozoides necesarios y dispuestos para la procreación.

240.—Esterilidad

Es un estado patológico, del hombre como de la mujer, negativo a la reproducción del ser humano. En este caso el hombre como la mujer carecen, o no son normales los espermatozoides del hombre u óvulos de la mujer, sin producirse en con-

secuencia la fecundación. El acto sexual se realiza, normal, salvo los casos de frigidez o hermafrodismo en el hombre, de lo que en seguida nos ocuparemos.

En la legislación universal se discutió si el impedimento de la impotencia o esterilidad, debía tener como finalidad la procreación o el acto sexual o coito.

Como en la mayoría de los casos diagnosticar una esterilidad o impotencia relativa, es casi imposible, la mayoría de las legislaciones se han inclinado por el impedimento de impotencia evidente y fácil de poder concretar por la ciencia médica legal, como es la "impotencia absoluta y manifiesta", "real o definitiva", "absoluta", vale decir, imposibilidad de la persona para practicar el acto sexual o cópula con el otro cónyuge; "manifiesta" significa no poder realizar la función del coito en cualquiera de sus aspectos de ejecución, por defectos orgánicos, lesiones, etc.

241.—Esterilidad en el hombre

Ya hemos dicho que la esterilidad en el hombre es: (sin tecnicismo) la falta suficiente o degeneración de los espermatozoides o ausencia absoluta de éstos en el semen, o sea secreción generadora propia del hombre, pudiendo producir el coito dentro de su función normal.

Pueden ser causa para la esterilidad del varón: a) Anorquidia: falta de testículos o vicios de su conformación; b) Atrofia testicular: ocasionada por orquitis (ésta ocasionada por blenorragias), traumatismos (golpe que produce lesión, cáncer, tuberculosis, etc.; d) Espermatismo: cuando el semen no tiene espematozoides o éstos son débiles o degenerados; e) Hermafrodismo: puede ser del sexo femenino o masculino, ya que tiene aparentemente unidos los dos sexos.

242.—Esterildad en la mujer

El acto de aproximación sexual, se produce normal, igual como el hombre, en éste como en aquél hay ausencia o degeneración de los óvulos o células de reproducción.

Muchas son las causas que ocasionan la esterildad en la mujer; las más conocidas son: a) Ovaritis: lesiones o trastornos de los ovarios. Irregularidad de la función óvarica o de las trompas; b) Vaginismo: mala conformación o lesiones en la vagina, vulva, etc.; c) Uterismo: ocasionado por lesiones, estrechez espasmódica del cuello del útero, etc.; d) Retroflexión: posición viciosa del útero; e) Hermafrodismo: como ya lo hemos dicho, en este caso puede predominar el sexo feme-

nino como el masculino al despertar sus manifestaciones sexuales.

Dados los antecedentes que ligeramente dejamos expuestos de las causas de esterilidad de la mujer, muy difícil sería poder precisar por la clínica médico-legal, un caso de impotencia en la mujer; sólo en los casos de hermafrodismo podrían diagnosticarse con precisión: en este caso sería el típico de no haber acto de función sexual o sea el coito; a menos que lo permitiera la conformación de los órganos por estar sobre la superficie de la piel, etc.; empero sería una excepción.

243.—Frigidez

Otro caso muy común en la mujer que está dentro de las causas de esterilidad, es la llamada frigidez, que es la falta emocional del acto, vale decir cuando la mujer en el acto de aproximación o coito no siente absolutamente nada, no existiendo en consecuencia la emoción psicológica del acto de cohabitación.

No obstante, en estos casos de la mujer no sentir nada de la sensación y contacto en el acto sexual, no hay esterilidad en ocasiones, muy pocas por cierto, quedando la mujer embarazada, es decir, se realiza la cópula carnal.

Hay muchos casos que aún la clínica médica no puede precisar cuál de los cónyuges es el estéril, y eso que es factible y fácil de diagnosticar si el semen o secreciones del hombre tiene los espermatozoides de la reproducción o generación; empero hay veces que no es posible determinar en el análisis, si éstos por insuficiencia del germen o degeneración, están en condiciones normales para la procreación, y si en la mujer no se encuentran síntomas de infecundidad; es corriente usar, en Europa, la "fecundación artificial" como medio de investigación en la mujer, es de suponer con consentimiento del esposo.

La causal que comentamos reclama una reforma que quite amplitud al término de impotencia y permita establecer cuál el tipo de impotencia que debe constituír motivo para el divorcio. Ha sido uno de los preceptos del Código Civil (número 10 del Art. 132) más rudamente atacados por los hermenéutas médicos y, precisa reconocer que han tenido sobras de razón para combatirlo.

El impotente, en efecto, puede serlo temporal o definitivamente; puede serlo para la cohabitación o tan sólo para la fecundación, por mucho que la última forma de impotencia esté excluída de la definición legal de la impotencia: "la imposibilidad, para uno u otro sexo, de realizar el acto copulador" (Lacasagne, pág. 52).

No renovaremos el viejo debate en torno a la razón de ser de la disolución del matrimonio debida a la impotencia **generandi** que, en rigor de verdad y tomando como base de apreciación la finalidad biológica y legal del matrimonio, debiera ser motivo legítimo de dicha disolución. Si el matrimonio tiene como finalidad esencial la perpetuación de la especie —concepto común a los puntos de vista biológico y religoso— no deben contraer matrimonio los sujetos incapaces de realizar dicha función primordial. Pero el establecimiento de esta causal contribuiría eficazmente al fomento de la licencia en las costumbres y arrebataría al matrimonio sus otras finalidades de asistencia y de contribución a la obra social. Así, pues, la impotencia que debe considerarse como causa de divorcio, debe ser la incapacidad de copulación, incapacidad por motivos de orden físico o incapacidad por motivos de orden psíquico, que tanta importancia ha adquirido desde la introducción en Psiquiatría de las técnicas psicoanalíticas. Tanto aquellas impotencias que reconocen un origen somático como aquellas que reconocen un origen funcional, son tributarias de tratamientos capaces de suprimirlas o de atenuarlas. De modo que la impotencia para la cual debe quedar reservado el numeral del Código, en nuestro concepto, es la impotencia real y definitiva.

La introducción de la palabra real excluye las pseudo impotencias, o sea aquellas susceptibles de tratamiento médico o quirúrgico capaz de destruírlas. A su vez la palabra definitiva excluye las impotencias selectivas, aquellas que un tratamiento psicoterápico o psicoanalítico pueden destruír con relativa facilidad.

244.—11ª—La condena ejcutoriada a tres años de prisión, por lo menos, a causa de delito

"Se estipula aquí, dice Boulay, en favor del esposo honrado y delicado contra el esposo culpable y manchado; querer que vivan juntos, es querer reunir un cadáver a un cuerpo vivo. Esta causa de divorcio debe ser admitida, sin duda, en todos los pueblos, pero sobre todo en una nación en la cual el pundonor parece ser el sentimiento especial". (Bandectes Francaises, núms 942 y 943, Divorce).

Entre los delitos la ley no ha exceptuado a ninguno; y están comprendidos entre ellos los delitos políticos contra la seguridad interior del Estado que están expresamente eliminados en otras legislaciones. Delitos de esta clase no afectan al honor mismo del individuo, ni llevan en concepto público la nota de infamante que acompaña a un delito común contra las personas o la propiedad. Es conveniente establecer la excepción.

245.—12ª—Arriesgar, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos con relación a la fortuna de que se disponga

Está de acuerdo esta causal con la indicada en el número 9º del Art. 132, por estar comprometida la paz doméstica y como medio de asegurar la armonía y evitar la disipación.

246.—12ª—Separación ilegal de los cónyuges con total abstención de las relaciones sexuales entre ellos por más de tres años consecutivos

Esta causal comprende a ambos cónyuges.

La separación del hogar común no es la simple ausencia; sino el alejamiento intencional o no justificado del marido o de la mujer que falta al deber de **vivir juntos** que el matrimonio impone a los cónyuges.

Según la legislación francesa. el abandono voluntario del domicilio conyugal no es por sí solo causa de divorcio: es necesario que constituya una injuria suficientemente grave y caracterizada; y la jurisprudencia no llega hasta el punto de hacer del abandono, una presunción irrefragable de injuria, y por el contrario admite a veces que puede ser justificado ya por el consentimiento del cónyuge, ya por la vida intolerable que le hace el otro esposo al que lo abandona.

El artículo 1567 del Código alemán establece que el divorcio puede ser pedido por uno de los cónyuges, cuando el otro lo haya abandonado **maliciosamente**, y entiende malicioso el abandono sólo en los casos siguientes:

"1º—Cuando después de pasar en autoridad de cosa juzgada, la sentencia que le condena a volver al domicilio conyugal, se haya negado un cónyuge maliciosamente y contra la voluntad del otro durante un año, a cumplir la sentencia.

2º—Cuando maliciosamente y contra la voluntad del otro cónyuge, permanece ausente del domicilio conyugal, durante un año, uno de ellos después de cumplidas las condiciones necesarias de la intimación pública".

De este modo, el artículo distingue dos situaciones diversas: en la primera la resistencia del cónyuge que ha dejado la casa común es conocida, y en la segunda no lo es; en aquella el divorcio se decreta por la negativa del cónyuge a volver al domicilio conyugal durante un año después de dictada la sentencia, que lo condena a restablecer la vida común; y en la última, es la ausencia propiamente dicha que tiene lugar cuando el cónyuge ha huído a un lugar desconocido y no puede ser citado sino por intimaciones en la forma prevista por el Código de Enjuciamiento Civil (111).

Nuestra ley no exige requerimiento alguno previo para el restablecimiento de la vida común; de modo que el cónyuge inocente puede entablar la acción y obtener el divorcio.

Del procedimiento en el juicio de divorcio

Aunque las reglas de procedimiento no son de dominio del Código Civil, la Ley de matrimonio civil ha consignado algunos preceptos fundamentales y otros que hacía necesarios el estado de nuestra legislación cuando fue promulgada. El Código Civil, artículo 163, establecía que el juicio de divorcio pertenecía a la autoridad eclesiástica, lo que importaba someter toda la ritualidad de este juicio a los preceptos del Derecho canónico.

El artículo 28 de la ley de 3 de octubre de 1902, dice: "El Alcalde Municipal (Jueces Provinciales en la actualidad) del domicilio de cuaquiera de los contrayentes, es el competente para conocer acerca de la validez o nulidad del matrimonio contraído; así como de los divorcios y de todas las demás incidencias de este contrato".

Ni podía ser de otra manera. Desde que la ley no reconocía en lo sucesivo otro matrimonio que el civil, era natural que las cuestiones relativas a la validez o nulidad del matrimonio, o al divorcio de los cónyuges, quedaran sometidas en su conocimiento y decisión a la autoridad civil.

La Iglesia regularizó el juicio de divorcio; pues según las leyes romanas los cónyuges se separaban sin que ninguna autoridad pronunciara la respectiva sentencia; y el artículo 30 de la ley de matrimonio civil creyó necesario hacer la siguiente declaración respecto de las cuestiones sobre divorcio o nulidad de los matrimonios eclesiásticos, para que no se suscitara duda: "Las causas de los matrimonios puramente eclesiásticos, seguirán ventilándose ante la autoridad eclesiástica que haya intervenido en la bendición nupcial del respectivo matrimonio anterior a la vigencia de esta Ley".

"El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejcutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de estas causas", dice el inciso final del artículo 132 del Código Civil". Sólo los cónyuges son los llamados a apreciar las causales que hacen necesario el divorcio y su oportunidad. No se concede, por eso, como en el caso de nulidad de matrimonio, acción a los ascendientes o al ministerio público.

Entre las causales que dan motivo el divorcio, como ya hemos señalado, figuran la tentativa de corromper a los hi-

jos o la complicidad en su corrupción; y habría en este caso motivo para creer que la acción de divorcio debiera corresponder también a los ascendientes y aun al ministerio público por el interés de los hijos. Pero la ley ha establecido otros recursos para garantizar la moralidad de los hijos; y en cuanto al efecto que estos actos pueden hacer en el cónyuge inocente hasta el punto de llevarlo a solicitar el divorcio, se atiene a su propia conciencia.

La acción de divorcio no puede deducirse contra el cónyuge inocente, es decir, aquel que no ha incurrido o respecto del cual no se realiza ninguna de las causales que pueden dar motivo al divorcio.

El cónyuge culpable no podría aprovecharse de su propio delito o culpa para obtener el divorcio. Nada sería más fácil que obtener el divorcio, si ello hubiera sido posible.

Pero la inocencia o culpabilidad se refiere a la causal alegada y, por tanto, si ambos cónyuges tienen causales que alegar, en caso de que el esposo demandado desee conservar el hogar que su cónyuge quiere destruir, ¿no puede hacer valer sus agravios personales como excepción a la demanda de su cónyuge? y ¿no debe el juez denegar la demanda de ese cónyuge igualmente culpable? De primera intención la respuesta es afirmativa, porque no se opone la disposición de la ley a que pidan el divorcio uno y otro, sea separadamente, sea por medio de una demanda reconvencional; además, el divorcio es un remedio y la existencia de una falta por ambas partes, no es una garantía de la armonía en el matrimonio para el futuro. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en proclamar que la reciprocidad de la culpa no da base a ninguna excepción. Asi ocurre principalmente cuando se trata de una demanda de divorcio fundada en el adulterio; el demandado no podrá oponer el adulterio de su cónyuge, ni la condenación del mismo a una pena aflictiva, ni sus sevicias o injurias graves.

"La acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio son irrenunciables", expresa el artículo 143. La renuncia de la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio la prohibe le ley en absoluto y de un modo genérico. El divorcio afecta no sólo a la persona de los cónyuges, sino que puede modificar el régimen de los bienes; y si el divorcio pudiera renunciarse de antemano, sería de temer que se exigiera esa renuncia por el marido o la mujer con el fin de asegurarse la impunidad de sus actos.

Es éste uno de los casos de aplicación del artículo 11 del Código Civil. La libertad jurídica de los individuos es tan extensa, que pueden renunciar las leyes en sus convenciones particulares. Pero esa libertad no es ilimitada; pues debe res-

tringirse a los casos en que se trata de disposiciones a favor del que quiere renunciar o modificar la ley. Clarísima es la regla del artículo 11: no pueden renunciarse ni los derechos que miran al interés individual, cuando la ley prohibe la renuncia.

"La acción de divorcio prescribe en el plazo de un año contado: por las causas puntualizadas en los números 1º, 5º y 7º del Art. 132, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate", dice el artículo 144; y en los incisos siguientes agrega: "Por la del numeral 2º, desde que se realizó el hecho. Por las de los números 3º, 4º, 8º y 12º, desde que cesó el hecho constitutivo de la causa; y por las de los números 6º y 11º, desde que se ejecutorió la sentencia respectiva".

El corto plazo de prescripción de la acción de divorcio está fundado en consideraciones de interés social notorias. No quiere el legislador que quede por mucho tiempo incierta la situación de los cónyuges y de la familia y que pueda suscitarse un juicio de divorcio que tan profundamente perturbaría la paz del matrimonio, por hechos que han ocurrido con mucha anterioridad, que hasta cierto punto, han sido tolerados por el demandante, o no han sido estimados por éste incompatibles con su dignidad.

La prescripción debe ser alegada por el cónyuge que quiere aprovecharse de ella, a diferencia de lo que sucede en materia penal en que la prescripción será declarada por los jueces, de oficio, necesariamente, al reunirse las condiciones exigidas por la ley.

Iniciado el juicio de divorcio, corresponde al juez resolver lo correspondiente a la situación económica de los hijos, a la pensión provisional con la que uno o ambos han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común y a las expensas de la litis que el marido debe suministrar a la mujer durante el juicio de divorcio.

Del mismo modo puede la mujer, iniciado el juicio, solicitar que en el mismo se liquide la sociedad conyugal.

"Toda demanda de divorcio de un cónyuge contra el otro se tramitará en juicio verbal sumario", dice el artículo 141; y el artículo 148 establece que "La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la Oficina de Registro Civil correspondiente", y en el inciso siguiente agrega: "La sentencia que admita el divorcio no se podrá inscribir ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y cuidado de los hijos, en el caso de que estos particulares no se hubieren decidido en la audiencia de conciliación".

Efectos del divorcio

Cuando la mujer carece de lo necesario para su congrua sustentación, se observarán las reglas siguientes:

1ª—Tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del marido, salvo en el caso de que el divorcio se declare o se hubiese declarado por cualesquiera de las causas determinadas en el Art. 132 y de que hubiere resultado responsable la mujer por su culpa;

2ª—Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, sólo tendrá derecho al complemento; y

3ª—Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus ganancias en la sociedad conyugal con el marido.

"El cónyuege inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, siempre que éste haya dado causa al divorcio, por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge, u otro delito de igual gravedad", dice el artículo 136.

Los actos que en este artículo se determinan envuelven ingratitud; la cual autoriza generalmente para revocar las donaciones.

Por la sentencia del divorcio perpetuo se disuelve la sociedad conyugal, y se restituyen a la mujer sus bienes; recobra la mujer la capacidad perdida y se independiza de la potestad del marido.

A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan.

Esta es la regla general que sufre las siguientes excepciones:

1ª—No se confiará a la madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal de la madre, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente o haya temor de que se perviertan;

2ª—Tampoco se confiará a la madre el cuidado de los hijos si el divorcio se ha decretado por adulterio de lo mujer, por amenazas graves y frecuentes contra la vida del marido, o por tentativa contra la vida del marido, en que la mujer hubiera sido declarada autora o cómplice.

3ª—Tampoco se le confiará dicho cuidado si se comprobare que la madre ha tratado de corromper a los hijos o adoleciere de sífilis, tuberculosis, lepra u otra enfermedad igual-

mente grave y contagiosa, o fuere toxicómana, o hubiere sido condenada a sufrir una pena de tres o más años de prisión o reclusión.

4ª—El matrimonio del cónyuege divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad.

5ª—Toca al padre divorciado o separado de su mujer el cuidado de los hijos que, por cualquier motivo, hayan sido sacados del cuidado de la madre así como el de los hijos púberes que hubieren manifestado voluntad de vivir con él.

Sin embargo, si el padre se hallare o incurriere en cualquiera de los casos antes expresados como suficientes para privar a la madre del cuidado de los hijos, podrá también ser privado de ese cuidado.

En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres, corresponda la guarda legítima.

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio; pero la mujer podrá contraerlo sólo después de trescientos días de inscrita la sentencia que declare el divorcio. Esta prohibición no se extiende al caso en que el nuevo matrimonio se efectúe con el último marido.

La mujer que, al tiempo de la sobredicha inscripción, estuviere embarazada y diere a luz antes de los trescientos días, queda en aptitud legal para contraer nuevas nupcias, sin esperar el transcurso de dicho plazo.

DEL DIVORCIO TEMPORAL

247.—Orígenes históricos

El divorcio propiamente dicho se había eliminado del Derecho canónico occidental; pero subsistió el término **divortium. Brenardo de Pavia,** primer compilador de las decretales, escribó un título **De divortiis,** y las colecciones posteriores conservan esa rúbrica. Pero dicho término no tiene ya su sentido antiguo y tradicional, salvo en un caso puntualizado por el título **De divortiis** de las decretales de Gregorio IX, a saber: cuando un cónyuge convertido repudia regularmente al cónyuge pagano. Designa, pues dos cosas muy distintas: ya la sentencia que, en el juicio sobre nulidad de matrimonio, declara no existe ningún vínculo conyugal entre dos personas unidas de hecho; ya corresponde a una institución nueva, el antiguo divorcio por causa de adulterio, transformado y limi-

tado en sus efectos, **divortium quoad torum et mensa.** Sorprende ver dos instituciones tan distintas confundidas en una misma denominación; lo cual proviene de que durante mucho tiempo no se distinguió claramente una de otra en el punto de vista jurídico, ni ellas se distinguían del divorcio propiamente dicho, cuando había tal institución. Comprendíanse en la denominación divortium todos los casos en que dos personas, que habiendo vivido como marido y mujer, se separaban por sentencia de la Iglesia, que las autorizaba para suspender la vida conyugal o aun les prohibía continuarla: siendo uno mismo el estado, no se investigaba si era idéntico el estado de derecho.

Los romanos asentaron el principo de que el disentimento de los cónyuges podía disolver el matrimonio.

Algunos escritores afirman que en los primeros tiempos de Roma no era permitido el divorcio sino por causas determinadas; pero lo cierto es que durante la república se admitía el divorcio en forma amplia, sin intervención del juez, y hasta sin exigir el consentimiento recíproco de las partes; la repudiación unilateral era posible por parte de la mujer lo mismo que por parte del marido.

La introducción del principio de indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia; ésta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su supresión.

Cono no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa sino el divorcio antiguo disminuído en sus efectos, y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación, lecho y mesa de los esposos **(divortium quoad torum et mensa).**

Otro cambio se produjo. Mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación tenía que ser **pronunciada en justicia**; la jurisdicción competente era la de la Iglesia. Esta regla se fundaba sobre la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio y de la separación de cuerpos, con la variante de que la competencia corresponde a los tribunales civiles.

El principio de la indisolubilidad del matrimonio era contrario a las tendencias individualistas. Abandonado por la Reforma, que había restablecido el divorcio en los países protestantes desde el siglo XVI por varios filósofos. El legislador de la Revolución que no quiso ver en el matrimonio sino un contrato civil, no dudó en restaurar el divorcio al mismo tiempo que suprimir la separación de cuerpos.

Obra de transacción entre los principios antiguos y las nuevas ideas, el Código Civil francés no suprimió el divorcio. Pero, se tomaron precauciones para poner fin a los abusos, las causas de divorcio fueron menos numerosas, el divorcio por incompatibilidad de caracteres fue suprimido; se hizo más difícil el divorcio por consentimiento mutuo, en fin el acceso al divorcio se hizo menos fácil, por el hecho de un procedimiento largo y complicado.

En cuanto a la separación de cuerpos, la cual no existía desde 1792, fue restablecida a petición del Consejo de Estado, a fin de dar satisfacción a los católicos ofreciéndolos un remedio compatible con la legislación de la Iglesia.

Nuestro Código Civil de 1860, en vigor desde el 1º de Enero de 1861, estableció el divorcio relativo, que se reduce a la separación, dejando subsistente el vínculo matrimonial, en cuyo divorcio eran los tribunales eclesiásticos los únicos competentes para fallar.

248.—La Ley de matrimonio civil de 1902, vigente desde el 1º de enero de 1903, instauró en el Ecuador el divorcio vincular, pero dejó subsistente el temporal

Posteriormente, en el año de 1935, el Decreto supremo 94, suprimió la separación de cuerpos y amplió el número de causas que originan el divorcio vincular.

La reforma de 15 de setiembre de 1958, expedida por el Congreso nacional, restableció la institución del divorcio relativo, denominándole "separación conyugal judicialmente autorizada".

La separación, según los preceptos en vigor, pone término a los derechos y obligaciones entre los cónyuges y disuelve la sociedad conyugal, dejando subsistente el vínculo de matrimonio. Determina, además, que en el estado de separación conyugal judicialmente autorizada, no se podrá intentar juicio de divorcio, salvo que éste fuere por mutuo consentimiento o por causa distinta que fundamentó aquélla, o que sobreviniere una nueva causa; que la separación puede pedirse por las mismas causales que producen el divorcio, con las siguientes diferencias: a) el plazo señalado en el inciso primero del artículo 130 será el de treinta días; b) bastará que los amenazas sean graves, aunque no frecuentes; c) bastará la separación de los cónyuges con ruptura de las relaciones sexuales por nueve meses; y se establecen, además, como causas de separación judicialmente autorizadas, las siguientes: ofensas reiteradas de uno de los cónyuges hacia el otro; actitud hostil o despectiva; incompatibilidad de caracteres que produzca, fre-

cuentemente, falta de armonía en el hogar, sin que sea necesario cuando se adujeren injurias u ofensas, la prueba de que estas sean graves; que el hecho de la separación no será causa justificativa para el divorcio; que el cónyuge separado pierde el derecho a la herencia en la sucesión intestada y la porción conyugal; y que los efectos de la separación cesan por acuerdo mutuo de los cónyuges.

249.—Resumen y paralelo

Después del análisis viene la síntesis. En nuestro antiguo derecho, que comprende todas las leyes que había dictado el Rey de España en general para las Indias, nombre con que se designaban los extensos territorios de América que los reyes españoles habían constituído en dependencias de la Corona de Castilla con la denominación de virreinatos, capitanías generales y audiencias, la validez de la unión conyugal y la determinación de sus efectos en las relaciones personales de los cónyuges, estaban regidas exclusivamente por el Derecho Canónico.

Las Partidas reprodujeron las leyes canónicas sobre el matrimonio y el matrimonio católico pasó a ser el único reconocido, como consecuencia de la íntima unión establecida entre la Iglesia y el Estado. Sin embargo, el concubinato no fue proscrito de la legislación civil a pesar de la condenación que mereció de la Iglesia, y el título XIV de la Partida IV trató expresamente "de las otras mujeres que tienen los omes que no son de bendiciones", a las cuales llama barraganas, dando como razón y fundamento que "los sabios antiguos que fizieron las leyes consintiéronles que algunos las pudiesen auer sin pena temporal", lo que manifiesta la relajación a que habían llegado las costumbres.

Lo mismo que en España, en todos los países en que el Catolicismo llegó a ser la religión del Estado, la legislación canónica sobre el matrimonio fue sucesivamente consagrada por la legislación civil y la celebración del matrimonio entregada a la Iglesia.

Al proclamarse la Independencia regían en el Ecuador en materia de matrimonio las disposiciones de las leyes de Partida, y, por consiguiente el matrimonio católico.

Apenas alcanzada la emancipación política de España, gracias a la Batalla de Pichincha, efectuada el 24 de mayo de 1822, la Nación Qiuteña, llamada desde entonces Ecuatoriana, entró a formar parte de la Gran Colombia.

250.—Patronato en América

La Santa Sede concedió a la Corona de España el Patronato eclesiástico en los territorios de América, por haberlos descubierto y conquistado.

El Patronato continuó ejerciéndose por la antigua Colombia y la Iglesia también ejerciendo la jurisdicción en las materias propias de su incumbencia. En julio de 1824, por decreto legislativo, se declaró que tocaba a la República de Colombia el ejercicio del patronato, y el año anterior, el 12 de julio también por decreto legislativo, se designó la Curia que debía conocer las apelaciones que le sean remitidas de Quito, Panamá, Cuenca y Mainas.

En 1830, separado el Ecuador de Colombia, fue aclarado por Decreto Legislativo de junio 12, el de 28 de julio de 1824.

251.—Concordato entre la Santa Sede y el Ecuador

En 1862 se firmó en Roma el Concordato entre la Santa Sede y la República del Ecuador, y en el artículo 8º de dicho convenio se estipuló que todas las causas eclesiásticas que miran a la fe, a los sacramentos (comprendidas las causas matrimoniales), a las costumbres, a las funciones santas, etc., (excepto las causas mayores reservadas al Pontífice según las disposiciones del Concilio de Trento), pertenecen a los Tribunales eclesiásticos.

252.—En 1863 el Congreso reformó el Concordato en virtud de una ley; en 1865 se dictó la Ley Orgánica del Patronato. Posteriormente una serie de modificaciones y ampliaciones. Por ley de 19 de septiembre de 1899, el Congreso dictó una Ley de Patronato, con lo que implícitamente quedó derogado el Concordato; pues se prescindió de éste en la mayor parte de sus disposiciones.

Como el Patronato y el Concordato tenían por base las disposiciones de las Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 1897, en que se declaraba que la Religión del Estado era la Católica, Apostólica, Romana, al suprimir tal disposición en la Constitución de 1906, por el mismo hecho quedaron derogados el Concordato y el Patronato, en cuanto el primero reconocía la jurisdicción eclesiástica y el segundo la obligación de proteger y hacer respetar a la Religión del Estado. En las postrimerías del siglo pasado, la cuestión del matrimonio de los infieles y la necesidad que tenía el Ecuador de una corriente poderosa de inmigración que comunicara nueva savia a su organismo, pusieron luego de manifiesto la urgencia de

completar la legislación vigente y amoldarla a las nuevas exigencias de la vida social. El primer paso en esta vía de la secularización de las leyes relativas al estado civil, fue la ley de 25 de octubre de 1900, en vigor desde el 1º de enero de 1902, al confiar a funcionarios puramente civiles el cuidado de comprobar los nacimientos de matrimonios y las defunciones. Según esta ley los que profesaban una religión diferente de la católica, podían contraer matrimonio de acuerdo con la religión que profesaban.

Disponía también que se extendiera en los libros correspondientes la partida de nacimiento de los hijos que nacieren de dichos matrimonios, a los cuales, por lo demás, atribuía plenos efectos civiles.

253.—El matrimonio, institución laica

La jurisdicción eclesiástica terminó desde que el Congreso de 1902 dictó la Ley de Matrimonio Civil que empezó a regir desde el 1º de enero de 1903, en la que se reconoció que sólo surte efectos civiles el matrimonio contraído ante las autoridades que la misma ley determina y que los Alcaldes Cantonales (hoy Jueces Provinciales) del domicilio de cualquiera de los contrayentes son los que tienen competencia para conocer acerca de la validez o nulidad del matrimonio y de todos los incidentes del contrato matrimonial. Esta secularización, que fue realizada como consecuencia de la libertad de cultos, estableció para todos los habitantes del Ecuador una forma de matrimonio único. Pero el matrimonio religioso coexiste frecuentemente con el matrimonio religioso y las costumbres que rodean esa ceremonia religiosa de una fastuosidad que no dan al acto civil. Este estado de cosas y también el hecho de que el legislador se ha inspirado siempre en materia semejante en una idea moral de base religiosa, ha influído en la reglamentación de la institución civil. Procede en gran parte del derecho canónico y por eso hay una gran semejanza entre las dos leyes, la civil y la religiosa, especialmente en lo referente a impedimentos. No obstante, la institución del divorcio ha producido un grave desacuerdo, al permitir segundos matrimonios que no pueden recibir la consagración de la Iglesia católica.

Las legislaciones extranjeras se hallan divididas en lo que respecta a la forma laica o religiosa del matrimonio. La mayoría no reconocen como válido sino el matrimonio civil (Francia, Italia, Hungría, Alemania, Suiza, Portugal, Checoeslovaquia, algunas Repúblicas sudamericanas); otras ofrecen la elección entre la forma civil y la forma religiosa, haciendo que ambas produzcan los mismos efectos (Inglaterra,

Estados Unidos); algunas mantienen la preeminencia del matrimonio religioso, puesto que la forma civil no es accesible sino a las personas de religión disidente (Estados Escandinavos, España); algunas, muy raras, no conocen más que el matrimonio religioso, (Servia, Grecia).

254.—Formas del matrimonio

A pesar del carácter contractual reconocido al matrimonio, el legislador ha establecido la celebración del matrimonio, bajo una forma solemne y hasta ritual. En el antiguo derecho, la Iglesia católica había establecido la solemnidad del matrimonio. El derecho moderno de casi todos los países la ha conservado. Nada señala mejor el carácter de institución civil del matrimonio que esa intervención de la autoridad pública y la palabra **celebración** que ha sido conservada. Se puede observar que la ley civil otorga en la celebración un papel más importante al funcionario de estado civil que el Derecho Canónico al sacerdote. El sacerdote no es sino un testigo de calidad en el sacramento de que son ministros los esposos y tan sólo otorga la bendición nupcial. El funcionario de estado civil no se limita a dar fe del acuerdo de las voluntades, sino que lo consagra declarando a los cónyuges legalmente casados "en nombre de la ley". En las costumbres, en cambio, el matrimonio civil no tiene la pompa del matrimonio religioso.

255.—Celebración del matrimonio civil antes del matrimonio religioso

Convertido el matrimonio en institución civil, se temió que algunos se conformasen con la ceremonia religiosa, lo que habría tenido el grave inconveniente de crear concubinos a los ojos de la ley. En tal virtud, la Ley de Matrimonio Civil de 1902 —artículo 27— prohibió a los ministros de cualquiera religión que otorgaran la bendición nupcial a las personas que no justificasen la celebración civil del matrimonio. Dicho precepto no consta en la codificación vigente. Pero según el artículo 108 del Código Civil que nos rige, el matrimonio civil que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, **no produce efectos civiles.** Es libre para los contrayentes sujetarse o no a los requisitos y formalidades que prescribe la religión a que pertenecieren. Pero no tomarán en cuenta esas formalidades y requisitos para decidir sobre la validez del matrimonio, ni para reglar sus efectos civiles.

Según esto, la ley no reconoce otro matrimonio que el civil, el cual entrega en su constitución y en sus efectos exclusivamente a las autoridades civiles. Prescinde en absoluto de

la parte religiosa y deja a los contrayentes en absoluta libertad de conformarse en ella a los ritos y formalidades de su respectiva religión, antes o después de celebrado el matrimonio civil; pero si éste no se celebra, la unión puramente religiosa **no produce efectos civiles;** es una unión que la ley desconoce, que no da al hombre la potestad marital, ni a la mujer los derechos de mujer casada, ni a los hijos la legitimidad, o legitimación, y los derechos anexos a ella.

256.—Del matrimonio celebrado en país extranjero

El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria.

Sin embargo, si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en nación extranjera, contraviniendo de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en el Ecuador", dice el artículo 104 de la ley.

Dos son los casos que contempla esta disposición; 1º—matrimonio de extranjeros en país extranjero; y, 2º—matrimonio de ecuatorianos o de ecuatoriano y extranjero en país extranjero.

257.—Matrimonio de extranjeros en país extranjero

Con arreglo al artículo 115 de la edición del Código Civil correspondiente al año 1860, este matrimonio podía celebrarse con arreglo a las leyes ecuatorianas o en conformidad a las leyes del mismo país. Como el único matrimonio reconocido por el Código de entonces era el matrimonio canónico, era natural que el legislador aceptara como válido en el Ecuador este matrimonio, aunque se hubiera celebrado en país extranjero, desde que la disciplina de la Iglesia es la misma en todas partes. Celebrado en el Ecuador ese matrimonio se habría celebrado de la misma manera que aparecía celebrado en el extranjero, ¿por qué no había de valer entonces desde que en su otorgamiento se cumplían aún las mismas leyes vigentes en el Ecuador?

Pero, al mismo tiempo aceptaba el Código la validez de un matrimonio celebrado en el extranjero con arreglo a otra

legislación distinta de la canónica vigente en el Ecuador, siempre que se acreditara que su celebración había sido hecha en conformidad a las leyes de ese país. Valía, por consiguiente en el Ecuador, según el Código, el matrimonio civil celebrado en país extranjero por extranjeros.

Esta disposición es una aplicación del principio **locus regit actum.**

Establecido en Ecuador el matrimonio civil la frase **o a las leyes ecuatorianas** era ya inútil, porque es evidente que en el extranjero o existe el matrimonio civil como único matrimonio legal o el matrimonio católico, o ambos, y en cualquiera de estas situaciones el matrimonio valdría en el Ecuador por haberse celebrado con arreglo a la ley de ese país.

258.—Matrimonio de ecuatorianos en el extranjero

Según el artículo 115 del Código (edición de 1860), los ecuatorianos podían casarse válidamente en país extranjero siempre que no contravinieren de modo alguno a las leyes ecuatorianas; y como según el artículo 113 el matrimonio entre personas católicas debía celebrarse con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, esta disposición era aplicable a los ecuatorianos en el extranjero, de lo que resultaba que los ecuatorianos no podían casarse civilmente en un país en que sólo existía esta forma de matrimonio legal. Tal matrimonio válido en el país en que se hubiera celebrado, no habría tenido valor en el Ecuador.

La ley de matrimonio civil ha mantenido el principio, pero limitado, es lógico, sólo al caso en que el ecuatoriano tuviese alguno de los impedimentos dirimentes enumerados en los ordinales 1º, 2º, 7º, 8º, y 9º del artículo 109 del Código vigente, porque los términos tan amplios de la ley, contraviniendo de algún **modo a las leyes ecuatorianas**, habrían hecho imposible en muchos casos el matrimonio de ecuatoriano. Así, no habría podido casarse en un país en que sólo existiera el matrimonio canónico.

La disposición de la ley hace una correcta aplicación de los principios que rigen los actos de los nacionales ejecutados en un territorio extranjero, para los efectos que esos actos han de producir en su patria.

El matrimonio, como todo acto o contrato solemne, tiene requisitos de validez que afectan a su **forma** y a su **fondo.** Todo lo relativo a las solemnidades tiene que ser regido por la ley del país en que se celebra, porque lo demás sería hacer imposible el acto, **locus regit actum.**

En lo referente a los requisitos internos como ser la capacidad de los contrayentes y los impedimentos, el matrimo-

nio deberá también regirse por la ley del lugar en que se celebre, desde que es necesario que esté válidamente celebrado para que pueda tener valor en otra parte; pero el ecuatoriano está además sujeto a las leyes ecuatorianas en todo lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar actos que han de tener efecto en el Ecuador, y si la legislación del país en que ha celebrado su matrimonio no establece alguno de los impedimientos que expresa la ley ecuatoriana, motivo que tal vez ha tenido el ecuatoriano para ir a casarse en ese país, la contravención a su ley nacional producirá los mismos efectos que si la hubiese cometido en el Ecuador.

Se ha querido asegurar la observancia fuera del Ecuador, por los ecuatorianos, de las disposiciones que establecen los impedimentos dirimentes. Son éstas las disposiciones de orden público, en que el legislador ha basado la constitución de la familia y por eso impone su observancia a los ecuatorianos aun fuera del territorio del Ecuador.

La aplicación de estas reglas no puede ofrecer dificultades en la generalidad de los casos porque los impedimientos establecidos en los artículos 1º, 2º, 7º, 8º y 9º de la ley están claramente determinados. Así un ecuatoriano o ecuatoriana no puede casarse en el extranjero con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer; una mujer ecuatoriana no puede casarse con su correo en el delito de adulterio; y si tales matrimonios se efectuaren en territorio extranjero en que no existieren esos impedimentos, serían nulos en el Ecuador.

El ecuatoriano puede igualmente, si lo prefiere, casarse con las formalidades fijadas por el Código Civil haciendo celebrar la unión por un agente diplomático o un cónsul ecuatoriano.

259.—Conflicto de las leyes concernientes a la aptitud para divorciarse. Aplicación de la ley nacional

La diversidad de las legislaciones son motivo de la aptitud para divorciarse, produciendo frecuentes conflictos de leyes cuando se establece una demanda de divorcio en el Ecuador por extranjeros cuya ley nacional reconoce la indisolubilidad del matrimonio, o cuando súbditos ecuatorianos quieren divorciarse en país extranjero que no reconoce el divorcio.

Por regla general, estos conflictos deben ser resueltos por la aplicación de la ley nacional de los esposos, única competente para actuar en una cuestión que interesa al estado de las personas y, por lo tanto, solamente los extranjeros cuya ley nacional admite el divorcio podrán intentarlo en el Ecua-

dor. Siendo el divorcio la consecuencia de la opinión que el legislador se ha formado sobre la naturaleza del matrimonio, debe permitirse a los extranjeros que puedan divorciarse en su país, lo mismo que tienen la facultad de casarse. La única cuestión que se puede plantear es la de saber si los jueces ecuatorianos serán competentes ya por razón del domicilio de las partes, ya en razón del carácter confesional que el procedimiento del divorcio reviste en algunas legislaciones: esta cuestión será examinada más adelante.

La aplicación de la ley nacional conduce a permitir a los ecuatorianos, domiciliados en un país extranjero que no reconozca el divorcio, el poder pedirlo; pero el carácter judicial de esta institución será casi siempre un óbice para que puedan obtenerlo, por falta de un procedimiento apropiado; y aunque el procedimiento se obviara el Estado extranjero podría hacer valer que en su territorio todo atentado a la indisolubilidad del matrimonio es contrario al orden público. En efecto, los países que no admiten el divorcio, se niegan a concederlo en favor de los extranjeros cuya ley nacional lo acepte.

260.—Esposos de nacionalidad diferente

La aplicación de la ley nacional tiene grandes dificultades cuando los esposos son de nacionalidad diferente; ¿puede pronunciarse el divorcio cuando una de las leyes lo autoriza mientras que la otra considera el matrimonio como indisoluble? La cuestión puede plantearse, sea porque la mujer conserva su nacionalidad no obstante su matrimonio, sea porque uno solo de los esposos haya cambiado de nacionalidad. Es bajo esta última forma que ha aparecido más a menudo: una persona que no se puede divorciar porque su país ignora el divorcio, se hace naturalizar en un país que admite el divorcio a fin de beneficiarse de esta facultad.

Estimamos que este conflicto no puede resolverse si no es por la prohibición del divorcio. Esto no puede aceptarse más que en los casos, en que la ley nacional del marido y la de la mujer lo admiten. Esta solución se aplica tanto al caso en que la mujer conserve su nacionalidad cuando se casa, como en el caso en el cual uno de los esposos se hace naturalizar en el extranjero para divorciarse. Se ha resuelto algunas veces en forma contraria al primer caso, aplicando la idea del estatuto común del matrimonio: este estatuto, es decir, el del marido, jefe de la familia, es el que sería competente para decidir si el matrimonio es indisoluble. Pero el divorcio no puede ser considerado como efecto del matrimonio, y el estatuto común del matrimonio no puede regir más que los efectos del patrimonio. En realidad el problema se plantea lo mismo en los

dos casos: se trata de saber si uno de los esposos puede obtener el divorcio usando del derecho que le da su ley nacional, mantenida o conservada, mientras que el otro quedaría casado porque su ley nacional desecha el divorcio. Plantear así el problema es resolverlo. Es absurdo admitir que una persona quede casada cuando su cónyuge está divorciado. El derecho al divorcio que una legislación confiera a los esposos resulta necesariamente paralizado por la obligación de permanecer casado que la otra legislación impone al otro esposo.

261.—Matrimonio putativo

La teoría del matrimonio putativo viene del Derecho Canónico. El Derecho Romano no la conocía. En Oriente, el principio primitivo ha subsistido en todo su vigor. En Occidente mismo, el matrimonio putativo no aparece sino en el siglo XII, en las decretales de Alejandro III en las obras de Pedro Lombardo. Las **Exceptiones Petri**, que son del siglo precedente, lo desconocen también. Esta concepción parece haber sido la obra, no de la legislación, sino de la doctrina, y ha tenido por causa probable la exageración de las prohibiciones entre parientes: un gran número de individuos expuestos, con la mayor buena fe del mundo, a contraer matrimonios. Había que encontrar a cualquier precio un paliativo.

"El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la Ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges", dice el artículo 107.

Este artículo establece, como se ve, una diferencia entre el matrimonio **verdadero** y el matrimonio putativo. El primero es aquel que ha sido celebrado con todas las solemnidades legales y sin impedimento ni defecto alguno y que, por consiguiente producirá siempre todos los efectos que la ley le atribuye. El segundo es el matrimonio que ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, pero que adolece de un vicio o defecto interno por existir un impedimento que lo hace írrito o nulo: y este matrimonio puede o no producir **los mismos efectos civiles que el válido.**

Según esta definición que autorizan los términos del artículo 107 de nuestro Código, el matrimonio putativo no es el matrimonio de buena fe como lo define **Laurent**, siguiendo la doctrina general de los comendadores. Es matrimonio putativo aquél que todos, en la ignorancia del impedimento que lo anula, tienen por legítimo; es el que tiene las apariencias de verdadero matrimonio porque se ha celebrado con las so-

lemnidades que la ley determina para la celebración de todo matrimonio. Que este matrimonio produzca o no defectos civiles, dependerá de la buena o mala fe de los cónyuges.

Para que el matrimonio nulo produzca los mismos efectos civiles que el válido se requiere, por consiguiente:

1º—Que sea matrimonio putativo, es decir, celebrado con las solemnidades que la ley requiere;

2º—Que ambos cónyuges o al menos uno de ellos, lo haya contraído de buena fe y permanezca en ella; y

3º—Que haya habido justa causa de error para la buena fe al contraer el matrimonio.

El artículo 107 de nuestro Código al fijar estas condiciones reproduce la doctrina de **Pothier**, apartándose de la redacción dada al artículo 201 del Código Napoleón que sólo habla de buena fe. "El caso en que un matrimonio aunque nulo, produce efectos civiles, dice **Pothier**, es aquel en que las partes que lo han contraído, estaban de buena fe y tenían una justa causa de ignorancia de un impedimento dirimente que lo anulaba".

La primera condición que el matrimonio se haya celebrado con las solemnidades que la ley requiere, es exigida porque de otro modo no habría matrimonio de ninguna clase.

La segunda condición es la buena fe. ¿Cuándo existirá? No hay duda que la buena fe es cuando los cónyuges creen que no existe impedimiento, vale decir, hay inocencia de que esa unión es perfectamente correcta y que no hay obstáculo legal ninguno. Los matrimonios putativos reconocen necesasariamente por origen un error de uno o de ambos cónyuges. Ese error puede ser de hecho o de derecho; v. gr.: una mujer se casa con un hombre que cree libre de todo impedimento dirimente, y después se comprueba que estaba casado, u ordenado **in sacris**, o que era su hermano, etc., este es un error de hecho; esa mujer se casa en el Ecuador con un francés, mayor de veintiún años, pero menor de veinticinco, en la creencia de que el contrayente no necesita del consentimiento de su padre para casarse, como sucede a tal edad entre nosotros, y de que la falta de permiso no produce nulidad, éste es un error de derecho.

No hay duda que constituirá buena fe un error de hecho, ¿podrá constituir buena fe un error de derecho?

Esta cuestión es muy discutida por los estadistas. La generalidad sostiene que el error de derecho jamás puede hacer producir efectos civiles a un matrimonio nulo, desde luego, porque la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna. Pero otros autores como **Demolombe, Laurent** y otros, afirman lo contrario. La ley dicen, no distingue entre diferentes estados de buena fe, la cual puede resultar en realidad

de un error de derecho, lo mismo que puede resultar de un error de hecho. Es cierto que nadie puede ignorar la ley, pero esta máxima es verdadera en el sentido de que nadie puede alegar ignorancia de la ley para dispensarse de obedecerla; mas de esto no puede deducirse que la ignorancia de la ley no pueda ser tomada en consideración cuando se trata de apreciar la intención de las partes y la buena fe que ha precedido a sus actos. Cualquiera que sea el error, en nuestra opinión, tiene que ser por sus condiciones y por las circunstancias de las personas que han incurrido en él, excusable, para que pueda admitirse la buena fe. El error de hecho será por lo regular más frecuente y más explicable que el error de derecho; pero no por eso es éste imposible ni choca con el principio de que a nadie excusa la ignorancia de la ley, porque no se trata de hacer válido lo que no lo es, sino de averiguar el error, el dolo o malicia con que se procedió.

Como condición indispensable es necesario que la buena fe exista para la época de la celebración del matrimonio, ya que las consecuencias jurídicas de un acto desaparecen tan luego como la buena ha desaparecido también.

262.—Prueba de la buena fe

El derecho clásico reconoció como verdad irrefutable el hecho de que la buena fe se presume siempre, y que quien alegue la mala debe probarla. Como hay diversidad de pareceres y opiniones en el sentido indicado, nos parece más racional seguir la corriente que decide porque cada uno de los cónyuges prueben los hechos que acreditan su sinceridad, ya que la otra estaría más llena de perplejidades y nos conduciría casi siempre por caminos quebradizos, sin que lleguemos a una verdadera firmeza acerca de los que se trata de probar.

263.—Buena fe de uno de los esposos

El matrimonio putativo produce todos los efectos jurídicos de un matrimonio válido, cuando los dos esposos han obrado de buena fe, pero si resultare que uno solo de ellos obró de buena fe, solamente él puede invocarlos, ya que el otro no tiene derecho al favor de la ley. Intimamente ligado con la buena fe está el tercer requisito exigido por la ley para que el matrimonio nulo produzca los efectos del válido. Es necesario que haya habido justa causa de error; en otros términos, como ya hemos expresado, que el error cometido sea excusable **opinio justa seu probaliter error** de mala fe de los dos.

264.—Efectos de nulidad: en cuanto a los cónyuges y a los hijos

Al respecto dice el Art. 107 del Código Civil: "El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la Ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges".

Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio".

Este artículo, uno de los más importantes de los relativos al matrimonio, encierra las siguientes reglas:

1ª—Para que el matrimonio sea putativo se requiere:

a) Que se haya celebrado con las respectivas solemnidades;

b) Que por lo menos uno de los cónyuges lo hubiere celebrado de buena fe;

c) Que el mismo cónyuge haya tenido justa causa de error.

2ª—Si ambos cónyuges se hubieren casado de buena fe, y con justa causa de error, el matrimonio putativo surte los mismos efectos que el matrimonio válido.

3ª—Si uno de los cónyuges procedió de mala fe, el matrimonio putativo surte efectos civiles sólo respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo.

4ª—Deja de surtir efectos civiles cuando falta la buena fe por parte de ambos cónyuges.

5ª—Las donaciones o promesas por causa de matrimonio hechas al cónyuge que se casó de buena fe, subsisten no obstante la declaración de nulidad del matrimonio.

Nótese ante todo que si bien el matrimonio nulo no surte efectos civiles cuando ambos cónyuges hubieren procedido de mala fe, no puede prescindirse del matrimonio mismo como un mero hecho, que los cónyuges vivieron como marido y mujer, que la cohabitación era un hecho legítimo; todavía más, un deber para ellos; que ese hecho ha debido producir naturalmente consecuencias, y que cuando éstas se presentan es imposible no referirlas a su causa normal. Pero según el régimen anterior, mientras el contrato producía efectos civiles, la descendencia tenía la calidad de legítima; pero desde que faltaba buena fe de parte de los dos cónyuges, se establecía una distinción injustamente odiosa para la prole ulterior, que fue superada por la Legislatura de 1958, al agregar el siguien-

te inciso al Art. 202 (hoy 203): "Aquel de los cónyuges a quien faltaba la buena fe o la justa causa de error en el matrimonio putativo cuando se realizó la concepción de un hijo, no gozará respecto de éste de los derechos de padre o madre; pero el hijo sí tendrá los derechos de hijo legítimo respecto de ambos padres.

El requisito más esencial para el matrimonio putativo es la buena fe; la cual consiste en que el esposo o esposos tuvieren certeza de que a la validez del matrimonio no obstaba ningún impedimento dirimente.

Los Arts. 745 y 746 del Código Civil dan estas reglas sobre la buena fe:

1ª—Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

2ª—El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

3ª—La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

4ª—En los demás casos la ley debe probarse.

Aunque estas reglas se hallan en el título de la posesión, aplícanse a todas las materias civiles, y por lo mismo a las consecuencias del matrimonio nulo.

Con anterioridad a la reforma del año de 1903, el Código Civil patrio reconocía como impedimentos para el matrimonio ante la Iglesia Católica, los establecidos por las leyes canónicas, perteneciendo a la autoridad eclesiástica decidir sobre impedimentos y conceder dispensas de ellos.

Hasta esa época, en que se puso en vigencia la ley de matrimonio civil, rigieron en nuestro país, en materia matrimonial, los cánones prescritos por la Iglesia Católica, siendo aplicable, por consiguiente, la regla que sancionó el Concilio de Trento, condenando el error de los protestantes que negaban a la Iglesia la potestad de instituír, por derecho propio, impedimentos dirimentes.

El derecho canónico se aplicó durante largo tiempo entre nosotros, antes de la sanción de aquella ley, ejerciendo sobre las costumbres una influencia indiscutible. Por otra parte, las leyes españolas, especialmente las de Partidas (ley 10, Tít. 2, Part. 4), lo tomaron por modelo en esta materia, lo mismo que los códigos civiles que se sancionaron después, y también, aunque en menor escala nuestro Código de 1860. Si a esto se agrega que durante la Edad Media actuó, a semejanza del derecho romano, como fuente común, y fue incorporado a las leyes de casi todos los países, tendremos una idea de la importancia que reviste para nuestro estudio.

265.—Derecho eclesiástico

La legislación eclesiástica colocó el error dentro de la categoría de los impedimentos dirimentes; después los canonistas distinguieron en él cuatro formas: **error personae, error conditionis, error fortunae, error qualitis.**

En un principio sólo se consideró como causa de nulidad del matrimonio el error que versaba sobre la identidad física del contrayente. A este respecto es frecuentemente recordado, como ejemplo, el caso bíblico de Jacob, que se casó con Lía creyendo hacerlo con Raquel (Génesis, XXIX, 23).

A diferencia de esta clase de error, el que recaía sobre las cualidades personales de uno de los contrayentes **–error qualitatis–** no fue admitido como causa de nulidad, puesto que no excluía el consentimiento. La solución no variaba aunque la cualidad fuera de tal naturaleza que de haber sido conocida por la parte engañada el matrimonio no se hubiera realizado. Aun tomando el caso extremo, aquel en que un hombre creyendo casarse con una virgen se casaba con una prostituída, los canonistas declaraban que tal unión era válida. Al **error cualitatis** era asimilado el **error fortunae:** ambos eran accidentales y no viciaban el consentimiento.

Sin embargo, Santo Tomás de Aquino hizo notar que el **error in personam** también podía derivar de la ausencia de una cualidad. cuando esa cualidad había sido la causa determinante de la elección del cónyuge.

"Si la mujer tiene intención de dar su consentimiento al hijo del rey, cualquiera que sea, entonces si se le presentaba otro que no fuera hijo del rey, hay error de persona, y es impedido el matrimonio". (Santo Tomás, Sum. Teológ., V. Cuest. 51, Art. 2º). En este caso el error de la cualidad redundaba en error de la persona. Y desarrollando esta teoría los canonistas enseñaron que producía nulidad no sólo el **error personae** sino también el **error qualitatis in personam redundans.**

Esta situación se presenta cuando el error versa sobre una cualidad completamente singular e individual de la persona, que la diferencia de cualquiera otra; o bien, cuando la intención del contrayente se dirige en primer término a la cualidad y sólo incidentalmente a la persona que la posee. A menudo resultará en extremo difícil llegar a establecer si el error sobre la cualidad redunda o no en error de la persona; pero en algunos casos concurren circunstancias que facilitan esa prueba, por ejemplo, cuando el que ha sufrido el error no conocía personalmente a su futuro cónyuge sino bajo el aspecto de una cualidad determinada.

También el matrimonio podía ser impugnado cuando la existencia de una cualidad determinada había sido impuesta por una de las partes como condición **sine qua non** para su validez. En tal caso, la falta de esa cualidad, impedía el perfeccionamiento del contrato. En cuanto al error sobre **error conditionis**, la Iglesia, bajo el influjo de las leyes civiles que imponían severas sanciones a los matrimonios entre libres y esclavos, lo colocó también entre los impedimentos dirimentes, asimilándolo, en cuanto a sus efectos, al **error in personam.**

En esta forma, la rigidez del vínculo derivado del concepto de matrimonio-sacramento tenía en el derecho canónico una importante atenuación en el sistema de las nulidades e impedimentos.

El Concilio de Trento, que introdujo reformas de importancia en la reglamentación del matrimonio, no se separó de los principios relativos al error.

266.—Legislación Francesa.— La Doctrina

La teoría del error como causa de nulidad del matrimonio, presenta en el derecho francés aspectos interesantes, a causa de las interpretaciones a que ha dado lugar el texto escueto del Art. 180 del Código Civil, y de las discusiones que con motivo de su redacción se suscitaron en el Consejo de Estado, todo lo cual arroja luz sobre el asunto y nos ofrece un antecedente no despreciable para nuestro estudio.

Con anterioridad a la sanción del Código de 1804, ya Pothier, que con frecuencia fue guía y fuente inspiradora de los redactores de aquél, sentó algunos principios sobre la materia, pero separándose del sistema de la legislación canónica, sólo reconoció como causa suficiente para dirimir el matrimonio, el error que versaba sobre la identidad física de uno de los contrayentes. En cuanto al error relativo a las cualidades o a la condición de la persona, Pothier no admitía que viciara el consentimiento. "Por ejemplo, dice, si me caso con María creyéndola noble, aunque en realidad sea plebeya; o creyéndola virtuosa y fuese prostituída; o creyéndola de buen nombre habiendo sido deshonrada por la justicia; en todos estos casos el matrimonio no deja de ser válido no obstante mi error acerca de la persona. En vano alegaría que no me habría casado si hubiera conocido esas circunstancias; para que el matrimonio sea válido basta que yo haya querido efectivamente casarme; mi error no destruye el consentimiento". El error que sólo recae sobre la cualidad de la persona, agrega, es bien diferente del que recae sobre la persona misma. Este es incompatible con lo que es de esencia en el matrimonio: el consentimiento recíproco. Pero no es de la esencia del matri-

monio que uno de los esposos tenga las cualidades que el otro le había atribuído; basta que sea la persona elegida. La única excepción que Pothier reconocía a este principio, era la relativa al error sobre la condición de servidumbre de uno de los contrayentes. Sólo en ese caso admitía que el **error conditionis** pudiera ser causa de nulidad del matrimonio.

Esta concepción de Pothier es indudablemente demasiado estrecha y en este sentido ha sido criticada por la generalidad de los autores. Sin embargo, el Código Napoleón no se apartó resueltamente de ella, ya que se limitó a establecer que "cuando hay error en la persona, el matrimonio sólo puede ser atacado por el esposo que ha sufrido el error" (Art. 180, 2ª parte). Como se ve, el texto del artículo es ambiguo y peca por su excesiva generalización. En efecto, ¿qué se debe entender por **error en la persona?** Toda la dificultad, y así lo demuestra la variedad de las interpretaciones, consiste en establecer el sentido de esos términos. El error puede versar, dice **Baudry,** sobre la identidad física o sobre la identidad civil de uno de los futuros esposos, sobre sus cualidades físicas, civiles, morales o intelectuales, sobre su profesión o sobre su fortuna: ¿se puede decir en todos estos casos que él recae en la persona? (Baudry-Lacantinerie, Personnes, III, núm. 1718).

Los primeros intérpretes del Código Napoleón restringieron la aplicación del Art. 180 al caso de **error sobre la persona física,** solución que tenía a su favor la autoridad de **Pothier** y las reglas del antiguo derecho. Pero esta interpretación restrictiva no tardó en ser abandonada.

Según un segundo sistema, debe admitirse también como causa de nulidad del matrimonio el **error sobre la identidad civil** de la persona. Tal parece ser el pensamiento del Primer Cónsul, que lo llamaba error sobre la familia, y la opinión que prevaleció en el Consejo de Estado durante la discusión del proyecto (Merlin, Questions de droit, V, Mariage, IX).

Según esta teoría, no basta para viciar el consentimiento que el error recaiga sobre algunos de los atributos de la personalidad civil o sobre alguna de las cualidades constitutivas del estado; el error, para producir ese efecto, debe recaer sobre la individualidad civil de uno de los contrayentes. Así el error sobre la nacionalidad, el carácter de la filiación, la existencia de una condena infamante, la usurpación de un título nobiliario, los votos religiosos, la religión, la edad, etc., tomados aisladamente, no serían causa suficiente para fundar una demanda de nulidad. Una cosa es el error sobre la persona civil y otra el error que recae sobre las cualidades civiles o sociales.

Un tercer sistema admite que no sólo el error sobre la identidad civil sino también el que recae sobre la cualidad **substancial de la persona**, puede ser invocado como causa de nulidad del matrimonio. A estas cualidades substanciales **Huc** las llama "atributos de la personalidad". Así, una mujer honesta o un ex-presidiario cuyo pasado ignoraba, o una mujer católica que descubre después del matrimonio que su esposo pertenece a una orden religiosa, podría pedir la disolución del vínculo, pues el error versa en estos casos sobre cualidades esenciales que, como decía **Thibaudeau** (Fenet, IX, pág. 46), personalizan a los contrayentes.

Los fundamentos que se invocan en favor de esta tesis son numerosos y no falta el que se basa en los trabajos preparatorios. Debe reconecerse, sin embargo, que la discusión en el Consejo de Estado no es decisiva sobre el punto y que ofrece también elementos favorables a la interpretación anterior.

Con este sistema se deja a los tribunales la facultad de anular el matrimonio cuando uno de los contrayentes está en error sobre una cualidad importante del otro, de tal modo que no lo hubiese celebrado si hubiera conocido la verdad; o, como dice **Demolombe**, cuando el error ha sido determinante y recae sobre las cualidades substanciales de la persona considerada en su aptitud para cumplir el fin que se propone esencialmente el matrimonio.

Entre los autores modernos que propician este sistema, se encuentran **Planiol** y **Ripert**. Para ellos el error sólo es tomado en consideración en tanto recae sobre los motivos determinantes que han decidido al contrayente a obligarse. En un contrato concluído **intuitu personae**, esos motivos no son otros que las cualidades determinantes de la persona. Así es también en el matrimonio, en tanto constituye un contrato.

Esta doctrina es completada por dichos autores con dos restricciones que descartan en la práctica el peligro de la arbitrariedad judicial y de los fraudes destinados a permitir una por **mutuus dissensus**: 1º. Los motivos determinantes que el juez puede invocar como causa de error no pueden ser contrarios al fin o al espíritu de la institución: así, nunca se tendrá en cuenta el error sobre la fortuna; 2º, los únicos motivos determinantes que se podrán invocar son aquellos a cuyo respecto es posible al juez permitir su carácter determinante, por tener caso siempre ese carácter en nuestro estado de civilización. (Planiol y Ripert, II, núm. 104).

Esta tercera interpretación concuerda con la regla establecida por el Código alemán, cuyo artículo 1333 autoriza a demandar la anulación del matrimonio "al esposo que a la época de su celebración ha sufrido error sobre la persona del

otro contrayente, o sobre sus cualidades personales, de tal naturaleza que no lo habría celebrado si hubiera conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente el matrimonio que contraía".

Un principio semejante adopta el Código suizo: error relativo a cualidades esenciales cuya ausencia le hace la vida común insoportable (Art. 124).

267.—La Ley Ecuatoriana

Cuando fue sancionada nuestra ley de matrimonio civil, la doctrina de la jurisprudencia francesa había adquirido amplia difusión y era generalmente aceptada por los comentaristas. El legislador nacional debió someterse a su influencia preponderante y fue así que resumió tales principios en el Art. 5º, ordinal 2º, que dice a la letra: "El error, en cuanto a la identidad del otro contrayente" (hoy Art. 111, ordinal 2º). Ante los términos expresos del artículo, no cabe duda que entre nosotros el error sobre la identidad de la persona es base suficiente para anular el matrimonio. El legislador ha cortado así la discusión suscitada entre los autores franceses, rechazando la tesis restrictiva propiciada especialmente por **Laurent.** Pero el artículo no autoriza a invocar el error sobre las cualidades substanciales de la persona.

Tratándose de la persona física, individual, no puede revocarse a duda que el error excluye el consentimiento. Si Pedro se propone casarse con María, y la suplanta Juana, evidentísimo que Pedro no contrajo matrimonio, porque en realidad de verdad faltó el consenimiento. Mas, como lo observa bien **Demolombe**, semejante caso no sería verosímil ni en un teatro. Especialmente ahora, cuando el matrimonio se efectúa, ante el respectivo funcionario que exige la manifestación del mutuo consentimiento y su cédula de identidad, el error sobre la identidad individual de la persona raya en lo absolutamente imposible.

Sucede sí a veces que el error se refiere, no al individuo mismo con quien se ha estipulado el futuro matrimonio, sino a las cualidades que indujeron a uno de los esposos a recibir al otro como consorte. ¿Cuándo ellas son tan esenciales, que a faltar, hay error sobre la persona? La opinión aceptada por los más distinguidos canonistas y por los expositores del Derecho civil consiste, como ya hemos señalado, en que el error sobre las cualidades de la persona constituye un vicio del consentimiento, cuando las mismas formen, por decirlo así, la persona civil y social; por tanto, a faltar esas cualidades, hay una persona distinta de aquella con quien el esposo se proponía casarse. Pero si nos atenemos al texto del pre-

cepto que comentamos, tenemos que admitir que el error sobre la persona vicia el consentimiento cuando ese error recae sobre la identidad del individuo, cuando suscita una cuestión de identidad; lo que sólo puede ocurrir en los casos de substitución de persona. Es decir, que el sólo error sobre la calidad social, por grave e importante que sea, no basta para fundar una acción de nulidad.

Es innegable, en el terreno filosófico y meramente jurídico, que el error sobre las cualidades esenciales de la persona, que la constituyen substancialmente apta para cumplir el fin del matrimonio, el que no es ni puede ser la simple unión con propósito de procreación, implican un error en la persona que vicia el consentimiento. Sin embargo, el solo error sobre la calidad moral, como sobre la calidad civil de la persona, por grave e importante que sea, no vicia el consentimiento ante nuestra ley, y, por consiguiente, no es causa de nulidad del matrimonio.

Convendría entonces, en caso de una reforma legislativa, ampliar los términos del artículo 111 del Código Civil, incluyendo entre los vicios del consentimiento el error que versase sobre las cualidades substanciales de la persona. Tal es la orientación de los Códigos más modernos.

En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio putativo son siempre legítimos, sea cual fuere la gravedad del vicio que afecta a este matrimonio, gozando en consecuencia de todas las prerrogativas de los hijos legítimos.

268.—Competencia de los jueces ecuatorianos

El artículo 3º del Decreto Legislativo de 11 de octubre de 1956, Reformatorio del Código Civil, publicado en el Registro Oficial Número 53 de 6 de noviembre de dicho año, dice:

"Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos".

Este precepto corresponde al artículo 149 del Código Civil vigente. El legislador ecuatoriano rechaza la intervención de jueces extranjeros en un punto que estima de orden público en el más alto grado.

La razón en que se funda la regla general de la validez de los matrimonios, según la **lex loci contractus**, se justifica fácilmente.

Todas las naciones civilizadas permiten los contratos de matrimonio. Estos son **juris gentium** y los súbditos de todas las naciones están interesados igualmente en ellos. Males

y confusión infinita se seguirían necesariamente para los súbditos de todas las naciones sobre legitimidad, sucesiones y otros derechos, si las leyes respectivas de países diferentes sólo hubieran de observarse en cuanto a los matrimonios contraídos por los súbditos de esos países en el extranjero; y por consiguiente todas las naciones han consentido o se presume que consienten, para ventaja y beneficio común, en que la validez del matrimonio debe decidirse por la ley del lugar donde se celebra. Si allí es válido, es igualmente válido en todas partes. Observando esta regla, pocos inconvenientes, si los hay, pueden seguirse. No observándola, males infinitos, deben seguirse. Supongamos, por ejemplo, que un matrimonio celebrado en Francia según la ley de este país, se declarase nulo en Inglaterra; ¿cuáles serían las consecuencias? Cada parte podría casarse nuevamente en el otro país. En un país los hijos serían considerados legítimos, en el otro ilegítimos. La esposa francesa sería tenida en Francia como la única esposa, acreedora como tal, a todos los derechos de propiedad pertenecientes a esa relación. En Inglaterra, la esposa inglesa tendría los mismos derechos y carácter exclusivos ¡Cuál no sería entonces la confusión respecto de los bienes personales de las partes, por su naturaleza transitorios, pasando alternativamente de un país a otro! Supongamos que haya hijos de los dos matrimonios y que en seguida las dos partes se domicilien en Inglaterra, o en Francia; qué de confusión de derechos, qué de enredo de relaciones personales y conyugales no surgirían necesariamente.

La validación de los matrimonios celebrados en el extranjero, juzgándolos por la ley del lugar de celebración, es el tributo que las naciones civilizadas han rendido al principio de la legitimidad de la familia.


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

CAPITLLO IX

LA MUJER CASADA ANTE EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Sumario: 269.—Generalidades.— 270.—De la sociedad conyugal.— Organización económica de la institución. Sus principales sistemas: los de separación, comunidad, dotal y de la sociedad de gananciales.— 271.—Sistema de nuestro Código Civil.— 272.—Ley de exclusión de bienes, llamada de emancipación económica de la mujer casada.— Historia de la Ley.— 273.—Texto de la Ley aprobada por el Congreso Nacional de 1911.— 274.—Agregación de 1912 y edición de 1918.— 275.—Principios o fines trascendentes: esbozo histórico.—276.— Derecho comparado.— Roma.— 277.—España.— 278.—Inglaterra.— 279.—Alemania.— 280.—Francia.— 281.—El régimen matrimonial de separación de bienes.— 282.—Relaciones económicas del hogar común.— 283.—¿Es embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, según nuestro Código Civil?.— 284.—Separación de bienes de los cónyuges, y su administración por la mujer durante el matrimonio.— 285.—Efectos civiles del matrimonio, respecto de las personas de los cónyuges, en **comunes** a ambos (vida común, fidelidad, mutuo auxilio), **especiales respecto del marido** (autoridad marital, representación, designación de domicilio, administración de la sociedad conyugal), y **especiales respecto de la persona de la mujer** (ingreso bajo la autoridad marital y consiguiente limitación de la capacidad civil).—286.—Comentario acerca de la Ley de exclusión de bienes, llamada de emancipación económica de la mujer casada.—287.—La libre enajenación de los bienes de la mujer casada dentro de la sociedad conyugal.— 288.—Decreto Legislativo de 25 de octubre de 1956.— 289.— Viscisitudes sobre la nacionalidad de la mujer casada.

269.—Generalidades

La situación de la mujer en el Derecho histórico ha sido interpretada erróneamente al caracterizarla como de inferioridad, pero sin analizar sus verdaderos motivos: el principio de unidad familiar y el respeto al jefe de la familia, unido a la especialización guerrera y política del hombre que con estos aspectos excluye a la mujer. La unidad es ley necesaria en todo organismo social. Donde la unidad falta surge el desorden y el antagonismo entre los elementos singulares que lo componen, por ausencia de esta fuerza superior de cohesión y de identificación que la unidad representa.

La unidad, en la consideración de la unión conyugal, como sociedad ética especial para los fines de reproducción y conservación de la especie humana, como expresión de una voluntaria aspiración a la comunidad perpetua de vida, se resuelve en una variedad de aplicaciones del principio de unidad, a saber: unidad en los sexos, como manifestación de una perfecta comunidad física, intelectual, moral y afectiva de dos personas de sexo diferente para la creación de una nueva personalidad social de tal intimidad y compenetración entre las dos individualidades que la forman, así como de las que por su relación sexual, hayan de proceder de ella, toda noción de pluralidad en cualquiera de los dos términos sexuales que vienen a constituirla, y sobre todo la dualidad, que es la más opuesta a la de unidad, contraría la naturaleza de la sociedad conyugal en su propia esencia y como base de la familia; unidad, por consiguiente, bajo el punto de vista de la condición de igualdad genérica o abstracta de cada uno de los elementos personales de ambos sexos, en cuya unión conyugal la familia se funda, sin otras diferencias que las de aplicación a la vida exterior, o sea, en cuanto a la comunicación de la familia con el orden social general bajo un verdadero principio de representación, y, en cambio, reservan a la mujer una mayor intervención de todo lo que sea afectivo e interno en la familia, y, en general, en cuanto al régimen de los hechos más propiamente domésticos; sin que esta diferente proporcionalidad de participación externa e interna de la familia, por parte del hombre y de la mujer, signifiquen la exclusión recíproca del uno o de la otra, de cada una de esas esferas, constituyendo una especie de normalidad nacida de la natural aplicación de las más apropiadas aptitudes que respectivamente ofrecen los sexos en uno o en otro sentido; unidad, también, en la dirección, toda vez que la sociedad conyuyal, lo mismo que la familia de que es base, es una sola entidad, cuya vida y desenvolvimiento tiene que

obedecer a un impulso igualmente unitario; y unidad, por último, en los fines, porque cualquiera que sea la pluralidad y variedad de éstos, han de entenderse siempre subordinados a la concepción subjetiva y unitaria de la entidad familiar que necesita cumplirlos.

Es cierto que en los pueblos orientales la mujer carece de consideración alguna, dedicándose a trabajos rudos; sin embargo, se ha de tener en cuenta la dureza de la vida primitiva, y, por otra parte, que la situación del hombre no era mucho mejor; los trabajos más violentos: la caza, la guerra, etc., le estaban encomendados. Análoga es la situación actual en algunas tribus de América u Oceanía.

Entre los pueblos bárbaros, la mujer ya es objeto de protección especial por parte del varón. En el Derecho germánico, según refiere Tácito **(De moribus germanorum)**, la mujer recibe una educación viril y ante la imposibilidad de llevar armas, con lo cual no puede defender sus derechos, es representada por el varón; no careciendo, sin embargo, de capacidad legal.

En el pueblo griego, la mujer ya tiene individualidad propia, teniendo sus derechos y deberes en la sociedad y en la familia. Pero es en Roma, especialmente en el cristianismo, cuando la mujer alcanza la categoría y la dignidad que le corresponde. Al principio, la mujer se encontraba bajo la autoridad del **pater familias**, pasando después bajo la **manus mariti**; sin embargo, el poder marital disminuyó, especialmente al generalizarse en Roma el matrimonio **sine manus**. Estas doctrinas imperan en la Edad Media, siendo en la Edad Moderna cuando surge potente el movimiento conocido con el nombre de feminismo, que adquiere su mayor importancia cuando las ideas liberales alcanzan su máxima expansión. En la actualidad esta concepción está superada en la mayor parte de las legislaciones modernas.

El Derecho anterior al Código Civil de 1860 basado principalmente en las leyes de Partida, era mucho más riguroso que el vigente, admitiendo mayores influencias jurídicas por razón del sexo. El varón era de mejor condición que la mujer, existiendo múltiples diferencias en el orden jurídico, público y privado. Nuestro Código recoge la influencia de este derecho tradicional y especialmente del de Napoleón. El clásico estatuto matrimonial está fijado con admirable concisión en el inciso segundo del artículo 157 del Código Civil patrio: "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido", fórmula traducida del Código Civil francés: **"Le mari doit protection a la femme, la femme obéisssance a son mari".**

El artículo 156 del propio Código define: "Potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer"; no concediéndose correlativamente a ésta derecho alguno sobre la persona de aquél. Tan lejos se va por este camino, que el artículo 157 agrega: "El marido tiene derecho para obligar a la mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia", cesando sólo este derecho cuando su ejercicio acarrea inminente peligro para la vida de la mujer.

También el Código Civil español, en el artículo 58, impone a la mujer la obligación de seguir al marido donde quiera que fije su residencia. Sin embargo, por justa causa, pueden los tribunales eximirla de esta obligación, cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero.

El derecho del marido para exigir mediante coacción viva con él su mujer, perdura aún en muchos Códigos. En época casi reciente y en país tan culto como Francia, la Corte de Chambery, en sentencia de 27 de octubre de 1931, aceptó el principio de que el marido podía solicitar el auxilio de la fuerza pública para obligar a la mujer a reintegrarse al domicilio conyugal.

El domicilio del marido es el domicilio de la mujer casada en la mayor parte de las legislaciones, sin embargo, numerosos juristas defienden hoy con entusiasmo, la conveniencia de aceptar pueda tener la mujer casada domicilio legal distinto del de su marido.

La mujer casada no puede tener otro domicilio que el de su marido. Este domicilio legal se deriva de la naturaleza misma del matrimonio y de la situación que establece para la mujer casada: la de vivir con su marido y seguirlo donde quiera que él juzgue conveniente residir.

En el Derecho inglés, los orígenes históricos de la institución que hace del domicilio de la mujer dependiente del de su mujer, son remotísimos. El Derecho alemán, rechaza la noción del domicilio de dependencia, pues, si bien el artículo 10 del Código Civil, en su primera parte dispone: "La mujer casada comparte el domicilio de su marido", a continuación agrega: "Ella no comparte ese domicilio si el marido lo establece en el extranjero, a donde la mujer no le sigue y no está obligada a seguirle. La mujer casada puede tener domicilio independiente mientras no comparta el de su marido o éste carezca de él".

El Código Civil italiano de 1938, en el artículo 42 dispone: "La mujer que no está separada legalmente tiene el domicilio de su marido. Esta disposición no se aplica si el marido está en interdicción".

"Si el marido trasladase su domicilio al extranjero, puede la mujer establecer en el Reino un domicilio propio".

El artículo 71 del Código Civil chileno, dice: "La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste resida en Chile".

En la legislación ecuatoriana, la regla general está fijada en el artículo 63 del Código: "La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido mientras éste resida en el Ecuador".

La Ley de 4 de diciembre de 1935, reformatoria de la Ley de Matrimonio Civil, consignada en el artículo 140 del Código Civil vigente, estatuye que la demanda de divorcio debe proponerse ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero, en el lugar del último domicilio en el Ecuador, teniendo para los efectos relativos a la demanda de divorcio, como domicilio de la mujer, su residencia actual, aún cuando el marido estuviere domiciliado en otro lugar.

La evolución, hoy en pleno desarrollo, del derecho ecuatoriano hacia el reconocimiento progresivo de la capacidad de la mujer casada, si lenta, ha sido constante. Como regla general, de conformidad con el Código Civil y salvo excepciones y reformas que iremos viendo más adelante, no puede la mujer casada contratar. El artículo 161 del Código dice: "La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar", y agrega el artículo 162 del mismo Código: "La autorización del marido deberá ser otorgada por escrito, o interviniendo el mismo, expresa y directamente en el acto. No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos que la ley la ha previsto". Pudiendo ser dicha autorización, de conformidad con el artículo 164, general para todos los actos en que la mujer la necesite, o especial para una clase de negocios o un negocio determinado; estando autorizado el marido para revocar en cualquier tiempo a su arbitrio, pero sin efecto retroactivo, dicha autorización.

Por disposición del artículo 166 del Código, puede el marido ratificar los actos de la mujer para los que no hubiere dado autorización y la ratificación ser general o especial, expresa o tácita.

Cuando el marido se negare, sin justo motivo, a conceder a su mujer la necesaria autorización y se siguiera de ello perjuicio para ésta, puede la autorización marital ser suplida, con conocimiento de causa, por el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167. También podrá el juez,

siempre que de la mora se siguiere algún perjuicio, suplir la autorización del marido, en caso de algún impedimento de éste, como por ejemplo, el de ausencia real o aparente.

En el Derecho ecuatoriano, aunque la autorización del juez suple y representa la del marido y en general produce los mismos efectos, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 171, no dejan de existir importantes diferencias: "La autorización judicial representa la del marido, y surte los mismos efectos, con la diferencia que va a expresarse:

"La mujer que procede con autorización del marido obliga a éste en sus bienes, de la misma manera que si el acto fuere del marido; y además obliga sus bienes propios hasta el valor del beneficio que ella reportare del acto".

"Lo mismo será si la mujer hubiere sido autorizada judicialmente, por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que pueda presumirse el consentimiento de éste".

"Pero si la mujer hubiere sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta el valor del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto".

"Además, si el juez autorizase a la mujer para aceptar herencia, ella deberá aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus bienes propios a los resultados de la aceptación".

Como vemos, la regla general es que todo contrato celebrado por la mujer casada sin la respectiva autorización marital es nulo. Pero la nulidad fundada en falta de autorización sólo puede ser opuesta por el marido, la misma mujer, o por sus herederos (artículo 173). La regla general está sujeta a excepciones o modificaciones por las causas siguientes:

1º—El ejercitar la mujer una profesión, industria u oficio;
2º—La separación conyugal judicialmente autorizada;
3º—La separación parcial de bienes; y,
4º—La exclusión de bienes.

En algunas legislaciones la mujer casada no es libre ni siquiera para el gobierno y guarda de su persona; en muchas, sigue la nacionalidad del marido, y en otras, precisa de la autorización de éste para ejercer una profesión.

Así en Francia, el Código Civil exige autorización marital para que pueda ejercer la mujer casada un oficio o profesión; manteniendo tal exigencia el Código de Comercio, en el artículo 4, respecto de la mujer comerciante, y no faltan tratadistas quienes, en caso de negativa del marido, no le reco-

nocen ni el derecho de recurrir al juez, para que éste supla el consentimiento. En España, la mujer casada mayor de 21 años, puede ejercer el comercio, pero precisa autorización marital otorgada en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil; presumiéndose, en virtud del artículo 7 del Código de Comercio, "igualmente autorizada para comerciar, la mujer casada que con consentimiento del marido ejerce el comercio"; disponiendo el artículo 11, que: "Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer casada mayor de veintiún años, que se halle en alguno de los casos siguientes: 1º Vivir separada de su cónyuge por sentencia firme de divorcio; 2º Estar su marido sujeto a curaduría; 3º Estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso; 4º Estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil".

Aunque, como ya hemos visto, la institución del matrimonio fue establecida en el título IV del Código Civil sobre las bases rígidas del estatuto tradicional; sin embargo, la legislación ecuatoriana ha sido bastante flexible para ir adoptando diversas reformas, de acuerdo con las transformaciones que los tiempos y costumbres han ido imprimiendo a las relaciones entre los cónyuges. Nuestro Código Civil ha dictado reglas precisas para garantizar las actividades de la mujer casada que ejerza profesión, oficio o industria. Según el artículo 177: "Si la mujer casada ejerce públicamente cualquier otra profesión o industria, como la de actriz, posadera, etc., se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a esa profesión o industria, mientras no haya reclamación o protesta del marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contratare con la mujer.

La disposición de este artículo habilita a la mujer, en los casos que él contiene para parecer en juicio sin necesidad de la licencia del marido.

La mujer casada mercadera está sujeta a las reglas especiales dictadas en el Código de Comercio".

El artículo 12 del Código de Comercio dice: "La mujer casada puede ejercer el comercio, o ejecutar eventualmente actos de comercio, con autorización de su marido, otorgada en escritura pública".

"Se presume que la mujer tiene autorización de su marido cuando, no estando en el caso de separación conyugal judicialmente autorizada, ni en el de separación total de bienes, ni en el de exclusión de bienes, respecto de los bienes excluídos, ejerciere públicamente el comercio, aunque no se haya otorgado escritura pública, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contrata con la mujer", y por el

artículo 15, la mujer casada que ejecuta actos de comercio o ejerce el comercio, con autorización expresa o tácita de su marido, obliga a la responsabilidad de sus actos los bienes de su marido, los de la sociedad conyugal y los suyos propios de cualquiera naturaleza que sean. El marido puede limitar esta responsabilidad, excluyendo de ella sus bienes y los de la sociedad, en todo o en parte, por escritura pública, que deberá ser registrada y publicada por la imprenta".

Pero "la mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido", según el artículo 13 del Código de Comercio.

Por consiguiente, si la mujer se dedica al ejercicio del comercio en una tienda o bazar de mercaderías del marido, no es considerada como comerciante, sino que será empleada o factor del marido, quien será el verdadero comerciante.

En vitrud de la facultad que le concede el artículo 17 del mismo Código, la mujer comerciante puede hipotecar los bienes inmuebles, propios del marido, y los de la sociedad conyugal, si en la escritura de autorización se le diere expresamente esta facultad.

La mujer separada de bienes, la que haya obtenido separación conyugal judicialmente autorizada, y, respecto de la administración de los comprendidos en la exclusión de bienes, no precisan de ninguna autorización para comerciar, si son mayores de edad debiéndose registrar y publicar por la prensa la sentencia ejecutoriada de separación conyugal, la de separación de bienes y toda escritura de exclusión de bienes.

Si la mujer casada fuere menor de edad, deberá ser autorizada por el juez de su domicilio.

La Ley de 26 de septiembre de 1911, como veremos más adelante, concedió a la mujer casada el derecho de excluír, en todo o en parte, de la sociedad conyugal sus bienes propios para administrarlos independientemente, sin necesidad de alegar ni comprobar ninguno de los motivos que para la separación de bienes exige el Código Civil. En dicha administración la mujer casada tiene plena capacidad legal para comparecer en juicio y celebrar todo acto o contrato, incluso venta e hipoteca de inmuebles; pero, no obstante la separación, no pueden los cónyuges celebrar entre sí otro contrato que el de mandato, el cual, a pesar de cualquier estipulación en contrario, es siempre revocable. La mujer casada administra los bienes que adquiera con su trabajo o industria o con sus capitales separados, y dichos bienes se considerarán respecto de terceros, como de su exclusiva propiedad. Los bienes así adquiridos puede la mujer casada enajenarlos libremente, en virtud de la ley de 29 de octubre de 1912; el marido, en cam-

bio, durante la sociedad conyugal no puede disponer de ellos.

En el Código de Procedimiento Civil, se incorporaron y ampliaron las facilidades concedidas hasta entonces a la mujer casada, como para asegurarlos sustrayéndolos de la administración del marido.

Según el régimen anterior a la reforma de 1916, el marido no podía enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que estaba o podía estar obligado o restituir en especie, sino con voluntad de ésta y previo decreto del juez, con conocimiento de causa. Si la mujer se encontraba imposibilitada de manifestar su voluntad, su consentimiento podía ser suplido por el juez. Sólo dos causas permitían justificar la enajenación o hipoteca de dichos bienes raíces y eran: la facultad concedida en las capitulaciones matrimoniales para ello y la existencia de una necesidad o utilidad manifiesta de la mujer casada, pero no de la sociedad conyugal.

Procedimiento tan largo y complicado para vender bienes raíces de la mujer casada, en el cual no sólo se le privaba del derecho de poder venderlos por sí misma, sino que ni siquiera se le concedía facultad para hacerlo en unión del marido, creyéndose necesario la proteja el juez de posibles exigencias capaces de violentar su voluntad, ocasionaba a las actividades económicas perjuicios cuya magnitud no necesitaba ser ponderada. Por ello, en el Código de Procedimiento Civil, edición de 1918 se dispuso en el artículo 885: "Para la enajenación o hipoteca de bienes raíces de mujeres casadas, bastará el consentimiento de éstas, manifestado en el respectivo contrato, y no será necesaria la autorización judicial"; agregando el artículo 886: "Si la mujer casada, que debe prestar su consentimiento para un contrato relativo a sus bienes, estuviere en interdicción, o en el caso del artículo 462 del Código Civil (edición de 1918), el juez, oído el respectivo defensor, suplirá el consentimiento de ella, previa comprobación de la utilidad manifiesta de la mujer".

En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, codificado en 1960, se dispone en el artículo 840: "Para la enajenación o hipoteca de bienes raíces de mujeres casadas, bastará el consentimiento de éstas, manifestado en el respectivo contrato, y no será necesaria la autorización judicial, aunque ellas sean menores de edad".

Cuando la mujer casada, excluída o no de bienes, ha intervenido en la escritura de hipoteca de los bienes raíces de su propiedad, expresando su consentimiento para ello, no es necesaria la constancia ni la prueba de que el negocio ha cedido en utilidad personal de dicha mujer casada, para que se intente contra ésta la acción real, con el fin de hacer efectiva la obligación para cuya seguridad se constituyó la hipoteca".

Nuestro Código de Trabajo, ordinal 33 del artículo 32, reconoce a la mujer casada mayor de dieciocho años capacidad legal para celebrar contratos de trabajo, en consecuencia, para contraer las obligaciones y ejercer los derechos provenientes de los mismos, inclusive para comparecer en juicio.

En la ley de 4 de diciembre de 1935, reformatoria de la Ley de Matrimonio Civil, se estatuye que cuando a consecuencia de un divorcio se liquida la sociedad conyugal, el marido no tiene parte en los bienes adquiridos por la mujer como administradora de sus bienes propios, excluídos con anterioridad de la administración del marido. Se dispone también, que inscrita el acta de divorcio o la sentencia que lo declare, cualquiera fuere la edad o estado civil de los padres, tendrán, en beneficio de los hijos comunes menores de edad, derecho a demandarse mutuamente el cumplimiento de las obligaciones legales relativas a alimentos congruos.

La ley de primero de julio de 1936, dispone la intervención y consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o hipotecar los bienes inmuebles de propiedad de la sociedad conyugal, adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Dichos bienes no responden por las obligaciones personales de los cónyuges a menos que la obligación se haya constituído por los dos. Los acreedores de uno de los cónyuges pueden solo perseguir el cumplimiento de la obligación en la cuota de bienes sociales correspondientes al deudor; y caso de rematarse dicha cuota, podrá el otro cónyuge exigir, en juicio verbal sumario, se liquide la sociedad conyugal.

En virtud de la ley de 5 de setiembre de 1936, si la mujer residiere fuera de la República, por lo menos tres años antes de que se realice la enajenación o hipoteca de los inmuebles adquiridos durante el matrimonio por la sociedad conyugal a título oneroso, no es necesaria su intervención para la enajenación o hipoteca de dichos bienes, presumiéndose consentimiento tácito.

La ley de 1º de noviembre de 1940, por la que se crea el patrimonio familiar, estatuye en el artículo primero: "El marido o la mujer, mayores de edad, tienen derecho a constituir con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de su familia legítima, quedando excluídos del régimen de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores". El artículo segundo ordena la intervención de los dos cónyuges de común acuerdo, cuando los inmuebles pertenecen al haber social; pudiendo, en este caso, hacerse extensivos los beneficios del patrimonio a hijos habidos en anteriores matrimonios; y en virtud del artículo tercero: "También podrá una persona viuda, divorciada o célibe, constituir un patrimonio familiar en beneficio suyo o de sus hijos".

Como se ve, la legislación ecuatoriana en forma continua e ininterrumpida ha ido reconociendo su capacidad a la mujer casada. Declaró primero no ser necesaria la intervención del juez para la venta e hipoteca de bienes inmuebles de propiedad de la mujer casada, bastando la manifestación de su voluntad y de la de su marido para perfeccionar el contrato; más tarde facilitó a la mujer, por acto de su sola voluntad, poder excluir sus bienes de la administración marital, y, por último, exigió el consentimiento de la mujer al igual que el del marido en la venta e hipoteca de inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, adquiridos por ésta a título oneroso durante el matrimonio.

La absoluta subordinación de la mujer casada, las limitaciones de su personalidad, no podían continuar indefinidamente dados la transformación de costumbres e ideas y los progresos logrados por la cultura femenina. Las legislaciones, poco a poco, se han ido transformando, y así, mientras muchas reconocen ya a la mujer casada plena capacidad jurídica, y algunas suprimen totalmente el poder marital clásico, otras van gradualmente limitando la omnímoda autoridad del marido y concediendo a la mujer casada una capacidad jurídica cada día más extensa.

En Europa, Inglaterra, desde la promulgación en 1882, del **"married women' s property act"**, reformado en 1893, reconoció a la mujer casada su completa capacidad jurídica, concediéndole la administración, goce y libre disposición de su fortuna personal, la cual comprende no sólo los bienes que al celebrarse el matrimonio poseía, sino todos los posteriormente adquiridos con su trabajo o por herencia, legado, donación o cualquier otro título. En el año de 1920 la capacidad de la mujer casada fue reconocida en todo el Reino Unido, al aceptar la legislación escocesa.

En Rusia, el Código Civil soviético reconoce la capacidad de la mujer casada, estatuye la total separación de patrimonios entre los cónyuges y les impone el deber de contribuir, en proporción de sus bienes, a sostener las cargas del matrimonio.

Las legislaciones de Suecia, Ley de 1920; Noruega, Ley de 1927; Dinamarca, Ley de 1926; Islandia, Ley de 1923, conceden a la mujer casada plena capacidad jurídica, conservando sólo la sociedad conyugal para que produzca sus efectos en el momento de disolverse el matrimonio.

Hungría no conoce en sus leyes ni la incapacidad de la mujer casada ni la autoridad marital.

En Alemania, el Código Civil de 1900 suprimió las restricciones a la capacidad de la mujer casada, quien puede administrar libremente los bienes que se destinan por el mi-

nisterio de la ley reservados por ella, y en los que se incluyen los frutos de su trabajo personal y los de empresas independientes, de su propiedad.

Italia, por Ley de 17 de julio de 1919, derogó los artículos 134 a 137 del Código de 1865, relativos a la autorización marital y reconoció capacidad jurídica a la mujer casada, para que pueda disponer libremente de sus bienes parafernales. Si no se han celebrado capitulaciones matrimoniales, la ley no impone el régimen de comunidad, y si celebraron, pueden ser reformadas durante el matrimonio.

En **Suiza,** por virtud del artículo 179 del Código Civil de 1907, la mujer casada goza de plena capacidad; pudiendo los cónyuges después de celebrado el contrato alterar el régimen matrimonial, por estar permitido celebrar en cualquier tiempo capitulaciones matrimoniales y reformarlas.

Rumania reconoce a la mujer casada capacidad para contratar en el ejercicio de su profesión y disponer a su arbitrio de las utilidades obtenidas en ésta; no necesitando autorización marital para ejercer oficio o profesión ni para comparecer en juicio en asuntos judiciales derivados de sus actividades profesionales.

Bélgica, aunque muy lentamente, principió a reconocer la personalidad de la mujer. En la Ley de 20 de julio de 1932 se le concedió restringida capacidad civil.

Francia, por Ley de 6 de febrero de 1893, reconoció a la mujer casada, en caso de separación de cuerpos legalmente declarada, su capacidad jurídica y por Ley de julio de 1907, liberó de la administración marital el salario de la mujer casada, la misma que, cualquiera sea el régimen bajo el cual se haya celebrado el matrimonio, administra y dispone libremente de los frutos de su trabajo, pudiendo adquirir con ellos bienes, muebles e inmuebles. Se le prohibe, sin embargo, hacer donaciones. Las disposiciones de esta ley se aplican también a las mujeres que ejerzan profesiones distintas de las de su marido. Por Ley de 10 de agosto de 1937 y Decreto-Ley de 12 de noviembre de 1938, la mujer francesa conserva su nacionalidad cuando se casa con un extranjero, siendo para perderla indispensable manifieste expresamente su voluntad de adquirir la nacionalidad del marido.

M. René Renoult, Ministro de Justicia, el 24 de junio de 1932, defendiendo ante el Parlamento francés el proyecto de reformas que presentara con el objeto de suprimir la potestad marital y la incapacidad jurídica de la mujer francesa, decía: "En realidad, se conserva la idea profunda que ha sido la base del régimen de comunidad. Los dos cónyuges contribuyen con su actividad y su espíritu de economía al acrecentamiento del patrimonio de cada uno de ellos. Por equidad las adqui-

siciones deben formar una masa para ser repartida; pero es posible transformar la naturaleza de esa masa y hacer, en vez de una comunidad de bienes en especie, como en el actual régimen legal, una comunidad de valores, dado el carácter de los elementos que componen el patrimonio común. El Código adoptó ya este sistema para la mujer, quien ve como el marido confunde los bienes comunes con sus bienes personales; y también, desde 1907, con respecto al marido en lo concerniente a los bienes procedentes del trabajo de la mujer, bienes comunes de que ella dispone libremente. ¿Por qué no podría generalizarse tal situación? El derecho a las adquisiciones no tiene verdadera importancia sino el día en que cesa el régimen. En tanto dure la vida conyugal es más sencillo mantener confundidas las adquisiciones con los bienes propios. En esta forma el régimen legal se simplifica mucho, porque la distinción de bienes propios y comunes desaparece, en tanto que actualmente es necesaria para determinar los poderes de los cónyuges. Cada uno es dueño de su haber mientras dure el matrimonio; a la disolución se contará las adquisiciones y se dispondrá lo que sea del caso".

Sin embargo, la Ley de 18 de febrero de 1938, no fue tan lejos, limitándose a modificar ciertas disposiciones relativas a la incapacidad civil de la mujer y a las relaciones personales entre los cónyuges, suprimiendo los excesos de la potestad marital y la obligación de obedecer impuesta a la mujer. Continúa el marido siendo el jefe de familia y entre sus derechos está señalar domicilio de ésta. Los esposos deben vivir juntos, pero desaparece la disposición que obligaba a la mujer a seguir al marido a donde quisiera él establecer su residencia, pues, si en verdad, en caso de producirse sobre ello desacuerdo, la decisión corresponde al marido, se autoriza a la mujer recurrir ante los Tribunales. Mientras se tramita el divorcio o la separación de cuerpos, la mujer puede tener domicilio separado.

En el Continente Americano, los Estados Unidos de Norte América han suprimido de su legislación la autoridad marital. La mujer casada tiene plena capacidad civil, y en la mayor parte de los Estados el régimen matrimonial está establecido sobre base de absoluta separación de bienes entre los cónyuges.

En Latinoamérica, algunos países, Chile y Bolivia, etc., conservan el clásico estatuto matrimonial, con la incapacidad de la mujer casada; otros, Argentina, Brasil, Perú, Colombia, reconocen en forma más o menos extensa, su capacidad, a la mujer casada y algunos, Méjico y Venezuela, establecen absoluta igualdad entre los dos sexos en todo lo que se refiere a la adquisición y ejercicio de derechos civiles.

La República Argentina, en Ley de 22 de Septiembre de 1926, conserva al marido en su carácter de jefe de la sociedad conyugal; pero reconoce en gran parte su capacidad a la mujer casada. El Código Civil peruano de 1936, suprime la potestad marital y la obediencia de la mujer y sólo concede al marido la dirección de la sociedad conyugal y de los asuntos económicos del matrimonio, en virtud de los artículos 161, 162 y 168. El Brasil, por Ley de 1910, suprimió de su legislación la palabra "obediencia" al tratar de las relaciones entre marido y mujer y si bien conserva la incapacidad de la mujer casada, prescribe que el marido necesita su concurso para realizar numerosos actos.

La legislación ecuatoriana pertenece también en la actualidad, como hemos visto, a este último grupo, pues si mantiene aún la institución de la incapacidad de la mujer casada y la integridad de la autoridad marital, impone al marido el concurso de su mujer para la realización de determinados actos y concede a ésta el derecho de poder excluír sus bienes de la administración de la sociedad conyugal, por acto de su sola voluntad.

Aspiración legítima de una buena legislación será siempre mantener la unidad familiar en grado de máxima eficacia, esforzándose por lograr, cuando las duras leyes económicas de nuesttros tiempos obligan a la mujer a consagrarse a actividades económicas fuera del hogar, se realicen ellas, en lo posible, dentro de empresas familiares, en estrecha colaboración con el marido. A fin de evitar se oriente la mujer hacia el trabajo independiente por estimarlo más remunerador, gran número de juristas y economistas creen indispensable garantice el Derecho positivo, en forma eficiente, las relaciones de trabajo entre marido y mujer, cuando uno de ellos labore en empresa de propiedad de otro; en especial se estima indispensable la reglamentación de todo lo relativo a pago de servicios y reparto de utilidades, evitando los casos, hoy por desgracia bastante frecuentes, de injusticias notorias, sobre todo respecto de la mujer, cuando por divorcio ulterior llega a disolverse la sociedad conyugal.

Acaso sean los problemas derivados de los contratos de trabajo entre cónyuges lo más graves y arduos planteados al Legislador contemporáneo en materias de Derecho Civil y de Derecho del Trabajo, en razón de apartarse la familia en la actual estructura económica del tipo clásico patriarcal, cuando sobre el marido gravitaba en forma exclusiva la obligación de sostener a todos los miembros de la célula familiar.

La doctrina fundamental en el Derecho Civil nuestro, por la cual se regulan las relaciones de trabajo entre cónyuges sobre bases de colaboración gratuita, informaba también hasta

hace pocos años, el Derecho Civil de casi todos los Estados cultos; hoy, planteados nuevos problemas por la transformación de las costumbres, las ideas y la vida económica, se buscan diversas soluciones, de acuerdo con las orientaciones y el espíritu de legislación de cada pueblo. El legislador se dará por satisfecho con estudiar lo que sucede a su alrededor, y modificar sus planes, no de acuerdo con las nociones que ha heredado de sus antepasados, sino de acuerdo con las exigencias actuales de su propio tiempo. El legislador capta los deseos de su pueblo y los hace realidades, es para él para quien legisla y para su momento de vida.

En Francia mucho se ha discutido la validez del contrato de trabajo remunerado que se celebre entre marido y mujer, sin que hasta hoy, ni la jurisprudencia ni la legislación hayan llegado a conclusiones definitivas.

No faltan juristas contemporáneos defensores de la validez del contrato a título oneroso celebrado entre cónyuges. Partiendo del hecho de no existir prohibición expresa de ley, interpretan como autorización el silencio del Código al respecto. Los jurisconsultos más autorizados estiman, sin embargo, existe incompatibilidad entre tal doctrina y el espíritu de la legislación francesa, opuesto en su esencia a contratos tales como el de arrendamiento de servicios y aún el de asociación de personas entre cónyuges, existiendo prohibición expresa en el artículo 1595 del Código Civil que veda el de compraventa entre marido y mujer.

Las vacilaciones y divergencias de opinión que acabamos de observar en el campo especulativo, las encontramos, como es natural, reflejadas en las sentencias judiciales.

Habiéndose recurrido en casación de un fallo por el cual se negaba la responsabilidad civil del marido por hecho delictuoso cometido por su mujer trabajadora en finca explotada por cuenta de él, la Cámara de lo Civil de la Corte de Casación, en sentencia de 8 de noviembre de 1937, al casar la sentencia recurrida afirma que no existiendo disposición legal prohibitiva, puede la mujer ser empleada de su marido, de igual modo que en principio puede contratar con él. Aunque en Francia las resoluciones fiscales no se rigen siempre por principios de Derecho Civil, recordaremos las resoluciones del Consejo de Estado de 30 de mayo de 1919 y de 20 de noviembre de 1920, según las cuales: "las cantidades pagadas a la mujer de un comerciante, que no sea ella misma comerciante, tienen el carácter de verdadero salario, si corresponden a trabajo realmente realizado. En tal caso dichas sumas constituyen una carga para la empresa, y en calidad de tales deberán ser descontadas al determinar el producto líquido para los fines de impuesto".

La Corte de Paris, en cambio, en fallo de 23 de marzo de 1934, negó pueda el marido ser empleado de su mujer, basándose en las consideraciones debidas a la autoridad marital; pero debemos recordar, que dicho fallo es anterior al pronunciado por la Cámara de lo Civil el 8 de noviembre de 1937.

En Alemania, el problema de las relaciones de trabajo entre cónyuges se encuentra resuelto ya en la Legislación. En conformidad con disposiciones expresas del B. G. B., se aplican las reglas que regulan las relaciones de trabajo entre miembros de la misma familia, incluso entre esposos. El inciso 612 del B. G. B., estatuye que a falta de salario estipulado: "Se presume los servicios prestados lo han sido mediante retribución, la cual será pagada de conformidad con la remuneración de las tarifas", lo mismo en el caso de existir contrato escrito que en el de contrato tácito. Pero la dificultad en la práctica radica en distinguir en cada caso particular, si el acto o servicio realizado lo fue en cumplimiento de los deberes de colaboración entre esposos inherente al estatuto matrimonial o si corresponde a un acto del cual nazca una relación de trabajo. Es decir, al tratarse del trabajo prestado por la mujer en industria del marido, saber si ha de aplicarse el artículo 611 o el 1356 del B. G. B.

El artículo 1356 dispone que, a pesar de lo determinado en el artículo 1354, es derecho y deber de la mujer dirigir el hogar común, estando obligada a prestar su colaboración tanto en las labores del hogar como en los negocios del marido, todo ello de acuerdo con las costumbres propias a la esfera social que vivan los esposos. Aunque del texto de las disposiciones legales parece deducirce que no puede celebrarse el contrato de arriendo de servicios de la mujer al marido, cuando el trabajo de los esposos en común se realiza en empresa del jefe de familia; sin embargo, los Tribunales alemanes, ante los múltiples abusos cometidos, en sus fallos interpretaron la ley en el sentido de que la mujer puede ser considerada como empleada de su cónyuge, cuando la colaboración prestada fuese mayor de la habitual.

El Derecho del Trabajo ecuatoriano no regula relaciones laborales entre cónyuges, existiendo prohibición en la legislación civil, para que celebren entre sí otro contrato que el de mandato de trabajo entre cónyuges tiene carácter gratuito.

270.—De la sociedad conyugal. Organización económica de la institución. Sus principales sistemas: los de separación, comunidad, dotal y de la sociedad de gananciales

Después de lo consignado anteriormente acerca de diversos aspectos de la mujer casada ante el Derecho civil del Ecuador, vamos a tratar del relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, materia que toca a la constitución de la sociedad conyugal, por lo que al aspecto económico de la misma se refiere.

Desde el momento en que dos personas de distinto sexo fundan una familia, uniéndose con el lazo del matrimonio, necesitan servirse de ciertos bienes materiales para poder subsistir y para procurar asegurar el sostenimiento de sus hijos, en el caso normal de que éstos existan, y si no tienen bienes de ninguna clase, deberán suplirlos mediante el desempeño de algún trabajo o el ejercicio de cierta actividad; todo lo cual supondrá determinados ingresos, que pueden ser incrementados por adquisiciones a título oneroso o gratuito. Y desde que existe un patrimonio en la sociedad conyugal, constituído, como casi todos, por elementos activos y pasivos de muy distinta naturaleza, se plantea el problema fundamental de fijar cómo debe ser regido aquél, apareciendo así los distintos sistemas de organización económica de la sociedad conyugal, que varían mucho por razón del tiempo, de las costumbres y de la legislación vigente en cada país. A pesar de que la diversidad es extraordinaria, se pueden citar como más importantes los de **separación, comunidad, dotal** y de la **sociedad de gananciales**, algunos de los cuales presentan, a su vez, diferentes manifestaciones.

El **sistema de separación de bienes**, en sentido estricto, es aquel en el cual cada uno de los cónyuyes conserva la propiedad, el usufructo y la administración de sus bienes propios. Tiene las ventajas de conceder a la mujer cierta autonomía patrimonial y de evitar que puedan contraerse matrimonios por exclusivo interés económico; pero tiene los grandes defectos de no crear un patrimonio familiar común y de excluír a la mujer injustamente de las ganancias del matrimonio, ya que, por dedicarse aquella, en la mayoría de los casos, a la vida del hogar, son generalmente obtenidas por el marido, a pesar de que los dos han aportado su esfuerzo y su trabajo para conseguirlas. Pero al lado de esta separación absoluta de bienes existen otros sistemas, también de separación, tales como el sistema de reunión o de usufructo marital, en el

que el patrimonio de los cónyuges permanece separado, pero el usufructo y la administración de todos los bienes corresponde al marido, y el dotal, que después se examinará.

El **sistema de comunidad de bienes**, en sentido amplio, está representado por la llamada comunidad plena o universal, en la que se ponen en común todos los bienes que aportan al matrimonio los cónyuges, que no se reservan ninguno en propiedad particular, todos los frutos y rentas de aquellos y todas las adquisiciones futuras a título oneroso o gratuito, así como los beneficios de cualquier naturaleza que puedan obtener los esposos por su trabajo o actividad. Se consideran como los mayores inconvenientes de este sistema los de fomentar los matrimonios interesados y no permitir la existencia de bienes propios de los cónyuges, suprimiendo toda propiedad particular de éstos. Por eso ha tenido que ser atenuado en el sentido de limitar la comunidad a determinadas especies de bienes o de adquisiciones, dando lugar a diversas sistemas de carácter mixto, de los cuales uno de los más extendidos es el de la sociedad de gananciales.

Desaparecida la **manus**, que en la Roma primitiva representó una omínimoda potestad del marido sobre la mujer, y con ella el llamado sistema de unidad o de absorción de la personalidad de la mujer por el marido, que era entonces el predominante y que subsistió durante mucho tiempo en otros pueblos, en el Derecho romano rigió el **sistema dotal**, cuya esencia consiste en la existencia de determinados bienes, que constituyen la dote, que pertenecen a la mujer, pero que por estar especialmente destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio y al sostenimiento de la familia, administrará y usufructuará el marido, lo cual no impide que éste tenga sus bienes propios y que la mujer conserve su propiedad y autonomía patrimonial sobre los llamados bienes parafernales. Este sistema es, por consiguiente, una modalidad del de separación en la que ésta no se aplica para los bienes dotales.

El **sistema de la sociedad de gananciales**, es una forma limitada del de comunidad, en la que sólo se ponen en común los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio, con caudal perteneciente a los dos; los frutos y rentas de éstos y de los propios de cada uno de ellos, así como los beneficios obtenidos por la actividad de los esposos durante la subsistencia de la comunidad conyugal.

En este régimen económico conserva el marido sus bienes propios y la mujer los dotales y parafernales, sujetos a los derechos y obligaciones fijados por la ley, estando constituídos unos y otros por los bienes de cualquier naturaleza aportados como de su propiedad al matrimonio por aquéllos, y por los que posteriormente adquieran a título gratuito durante el

mismo, es decir, por donación, herencia o legado. Este sistema, que es uno de los mejores que se conocen, porque armoniza el patrimonio conyugal con el propio de cada uno de los cónyuges, se encuentra muy extendido en los países de la América Latina.

271.—Sistema de nuestro Código Civil

Tenemos en el Ecuador, un **sistema mixto,** que no es puramente el dotal ni el de comunidad: hay bienes de la mujer que forman parte del haber social y otros cuya propiedad conserva y los frutos pertenecen al marido. Los primeros, durante el matrimonio no se distinguen de los del marido y pueden, por tanto, ser perseguidos por los acreedores de éste; los segundos, aun durante la sociedad, son bienes propios de la mujer y, por lo mismo, ningún derecho tienen sobre ellos ni los acreedores del marido ni los de la sociedad. Es, pues, el llamado régimen de comunidad que existe en Francia, en Chile y en otros países que no alteran la esencia del sistema. Por el hecho mismo del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y es el marido el jefe de ella: como tal administra sus propios bienes, los de la sociedad y los de la mujer. Por excepción, en ciertos casos —falta o impedimento temporal del marido— esta administración puede corresponder a la mujer (administración extraordinaria). Ingresan a la sociedad conyugal todas las adquisiciones de bienes, muebles o raíces, hechas por cualquiera de los cónyues a título oneroso (venta, permuta, etc.); exceptuándose las adquisiciones a título gratuito (herencia, donación, legado); sin embargo, los frutos de los bienes adquiridos por la mujer, concede la ley al marido "para soportar las cargas del matrimonio" (usufructo legal del marido).

Respecto de sueldos, pensiones, frutos, réditos, etc., todos acrecen al haber social. También forman parte de este haber los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio; pero, disuelta la sociedad, ella tiene derecho para recaudar, en dinero, el valor de esos bienes.

El marido es un administrador que ante terceros deja de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad conyugal los acreedores del marido pueden perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales.

En cuanto a la capacidad de la mujer casada para actos jurídicos y contratos, es preciso repetirlo, ella está comprendida entre los "relativamente incapaces". No puede, pues, sin autorización escrita de su marido, contratar, desistir de un

contrato, remitir una deuda, aceptar o repudiar una herencia, enajenar, hipotecar, empeñar, ni parecer en juicio como actora o como demandada. Si algo de esto ejecuta, su acto o contrato es "relativamente nulo" y puede, por lo mismo, ser ratificado, expresa y tácitamente por el marido y entonces **convalece** o adquiere validez.

Estas reglas generales sufren las modificaciones que ya hemos señalado anteriormente.

Disuelta la sociedad conyugal, la mujer tiene derecho a reclamar sus bienes propios y, además, la mitad de gananciales.

Muerto el marido, la viuda tiene opción a elegir entre la "porción conyugal" y la "mitad de gananciales": no puede, en ningún caso, percibir ambas cosas. La porción conyugal es la cuarta parte de la herencia, si no hay descendentes legítimos y si los hay, es una cantidad igual a la legítima de un hijo.

Por lo demás, la viuda puede ser heredera abintestato de su marido, a falta de hijos legítimos y concurrir con los ascendientes e hijos ilegítimos.

Para determinar la porción conyugal la ley contempla las dos situaciones que plantea y regla el artículo 1231 del Código Civil, según que no existan descendientes legítimos o ilegítimos, evento en el cual la porción es una cuota fija de los bienes relictos, que se deduce previamente, o que existan tales descendientes. En esta ocurrencia, concurriendo el cónyuge con descendientes legítimos e ilegítimos del causante, su porción conyugal es de cuantía igual a la legítima rigorosa de un hijo, entre los cuales, y para ese efecto, será contado el cónyuge. La ley consagra diferencia entre legítima rigorosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario como resultado de haber sido dividida la mitad legitimaria entre los que a ella concurran, según el orden de la sucesión intestada (1237, inciso 1º del Código Civil), y la efectiva es la misma rigorosa, pero aumentada en lo que corresponde aquello de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición de que el testador no haya dispuesto conforme a derecho (1249, Código Civil).

"Habiendo descendientes legítimos —dice el inciso segundo del artículo 1231 del Código Civil— el viudo o viuda serán contados entre los hijos legítimos, y recibirán como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo".

Habrá, pues, necesidad, para computar la porción conyugal, de fijar la cuantía de la legítima rigorosa de cada hijo, para lo cual se dividirá la mitad del acervo líquido herencial entre los hijos, contando entre éstos al cónyuge. El sistema legal no deja duda de que la porción conyugal se paga de la mi-

tad legitimaria, por lo cual disminuye la cuantía de las legítimas rigorosas de los hijos.

"Acrece a las legítimas rigorosas —dice el artículo 1244 del Código Civil— la porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto tal disposición.

"Aumentadas así las legítimas rigorosas, se llaman **legítimas efectivas**. Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1231, inciso 2º".

Tan evidente es que al cónyuge supersiste, en este caso, no corresponde como porción sino lo equivalente a una legítima rigorosa, que en realidad la diferencia que la ley establece entre las dos especies de legítimas no parece tener otro objeto que el de excluír a la porción conyugal del aprovechamiento de los aumentos que obtengan los descendientes como consecuencia de no haber dispuesto el causante de la cuarta de mejoras o de la cuarta libre, o haber quedado sin efecto su disposición.

272.—Ley de exclusión de bienes, llamada de emancipación económica de la mujer casada. Historia de la Ley

En 1911 se expidió la ley de exclusión de bienes, llamada de "emancipación económica de la mujer casada", en cuya virtud puede la mujer retirar de la administración del marido sus bienes propios, para administrarlos independientemente, con plena capacidad jurídica, sin necesidad de probar las causales y seguir los odiosos litigios a que daba lugar el sistema del Código Civil.

A fin de que pueda hacerse concepto cabal de dicha reforma, teniendo en cuenta las ideas que la inspiraron y argumentos contrarios con que tuvo que luchar, creemos de importancia dar a conocer la fiel historia de la ley, transcribiendo, con las indicaciones correspondientes, la parte principal de las respectivas actas.

En la Legislatura de 1910, la Cámara de Diputados aprobó el siguiente proyecto, presentado el año anterior por algunos de sus miembros:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,

Considerando:

Primero.—Que la sociedad de bienes, forzosamente establecida entre los cónyuges, por toda la vida, a causa del matrimonio, es un obstáculo para que se celebre mayor número

de matrimonios en la República, según lo señala la experiencia;

Segundo.—Que la misma sociedad de bienes forzosa, unida a la prohibición legal impuesta a la mujer de que administre sus bienes propios y disponga de ellos o de sus productos, sin el consentimiento del marido, es causa de frecuentes disturbios en el hogar doméstico; y

Tercero.—Que la libertad económica de la mujer casada es aplicación lógica del principio general de libertad que, sin otro límite que el orden, debe regir en las naciones:

Decreta:

Art. 1º—Suprímase tanto la sociedad forzosa de bienes entre los cónyuges, a causa del matrimonio, como la incapacidad de la mujer casada para los actos y contratos civiles y mercantiles.

La mujer casada tendrá la administración y usufructo de sus bienes, así como el derecho de disponer libremente de ellos, y el de comparecen en juicio, sin necesidad de licencia del marido ni del juez. El lugar del domicilio de la mujer se determinará según las reglas generales, con prescindencia del domicilio del marido. Ambos cónyuges son iguales ante la ley; y, por lo mismo, el marido no tendrá derecho especial de mando sobre la mujer, ni podrá obligarla a cambiar de residencia contra su voluntad.

Art. 2º—Los cónyuges podrán libremente contratar entre sí; constituír al marido en administrador de los bienes de la mujer, o en mandatario de ésta o viceversa; formar sociedad de bienes y, en general no estarán sujetos a ninguna prohibición legal que no provenga de causa distinta del matrimonio.

Art. 3º—Respecto de terceros, se presumirá de derecho que pertenecen al marido y no a la mujer: el dinero efectivo, los valores al portador y los muebles no destinados por su naturaleza al uso exclusivo doméstico, industrial o profesional de la mujer, siempre que los cónyuges vivan juntos y dichos bienes se hallen en la casa de habitación común.

En el mismo caso, las acciones relativas a tales bienes se dirigirán contra el marido.

Art. 4º—La sociedad conyugal relativa a los bienes queda disuelta de hecho por la vigencia de esta ley, sujetándose, en cuanto a la liquidación, a las mismas reglas que en el caso de disolución por causa de muerte.

Respecto a los cónyuges cuya sociedad quisieren conservar, la contratarán expresamente por escritura pública.

Art. 5º—Desde la vigencia de esta ley, la mujer recuperará todos sus derechos, de conformidad con los artículos 2º y 3º de la misma.

Art. 6º—Las cargas de familia que pesan hoy sobre la sociedad conyugal, en beneficio de los hijos comunes, afectarán solidariamente a ambos cónyuges.

Art. 7º—En las acciones civiles del hijo de familia contra el padre, por alimentos, la madre representará al hijo; pero, hasta que ella ejerza este derecho, o cuando la acción se dirija contra ambos cónyuges, pueden seguir el juicio el defensor de menores o cualquiera de los consanguíneos legítimos del hijo hasta el tercer grado inclusive.

El Juez resolverá en cualquier estado del juicio, y sin más recurso que el de queja, si la intervención de los parientes, del defensor de menores o de los consanguíneos es absolutamente maliciosa e inmotivada; mandando en este caso archivar el proceso.

Art. 8º—Toca al padre durante el divorcio el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido diez años, salvo que, por la depravación o insuficiencia pecuniaria del padre o por causa de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre.

Art. 9º—Queda reformado en este sentido el Art. 217 del Código Civil, y derogadas las leyes que se opongan al presente. Dado, etc.

Recibido este proyecto por la Cámara del Senado de 1911, pasó a segundo debate, acogiéndose entonces la idea de que la Comisión de Legislación lo sustituya con otro en que, dejándose en salvo la autoridad doméstica y la sociedad conyugal, en el estado ordinario y normal de las relaciones de los cónyuges, facilitará a la mujer la separación y libre administración de sus bienes, sin necesidad de las causales que exigía el Código Civil.

En la segunda discusión del Senado tuviéronse en cuenta los dos proyectos; pero el de la Cámara de Diputados fracasó sólo por la diferencia de un voto.

En la sesión inmediata se solicitó reconsideración del artículo negado, que constituía el eje fundamental del proyecto. Los otros preceptos tendían a facilitar su aplicación y a dara normas complementarias; y como en esa sesión y en las siguientes se precisaron mejor las ideas de una parte y otra, creemos conveniente transcribir la parte correspondiente de las actas.

Sesión del 11 de Setiembre de 1911

Presidencia del señor doctor Carlos Freile Z.

Leída el acta de la sesión anterior, fue aprobada.

Inmediatamente se puso en segunda discusión el proyecto de emancipación económica de la mujer casada, suspenso en la sesión anterior.

Entonces, el señor Intriago, dijo: Ya que se va a tratar de este asunto, pido la reconsideración del primer artículo que se negó en la sesión pasada, para que una vez concedida esta reconsideración, podamos exponer las razones que tenemos en favor del referido proyecto. Espero, pues, que la Cámara por un acto de cortesía deferirá a lo que solicito de ella. En tal virtud, si alguien me apoya hago la siguiente moción:

"Que se reconsidere el inciso 1º del artículo del proyecto de la Colegisladora, sobre emancipación de la mujer, que fue negado en la sesión de ayer".

Como le prestaron su apoyo los señores Hidalgo Z., de Calisto y Peñaherrera, se sometió a consideración de la Cámara.

Una vez en debate, el señor doctor Peñaherrera (Víctor Manuel) expuso: "Quiero que conste mi voto en la reconsideración, no porque me parezca mala la resolución que se tomó en la sesión pasada, sino porque creo que este asunto se debe discutir muy detenidamente. Ojála lo discutiéramos nosotros como se lo discutió en Francia, para consignar en el Código de Napoleón el sistema de la sociedad conyugal: ojalá lo discutiéramos nosotros como se discutió este gran problema, para consignar la resolución correspondiente en el Código Alemán.

Allí se consultó a los sabios sobre esta materia: se estudiaron las condiciones psicológicas y fisiológicas de la mujer, y se analizaron las circunstancias sociales que la rodean, para conocer el grado de aptitud que ella tenía y las ventajas con que contaba para afrontar la lucha por la existencia. Asi se han tratado estas cuestiones en esos grandes centros de civilización, y así quisiera que entre nosotros se la discutiera.

Por fortuna, es esta una cuestión en la que estamos casi conformes todos en el fondo: todos queremos mejorar las instituciones existentes, en el sentido de favorecer a la mujer; sólo en la manera de realizar esta aspiración estamos tropezando; y, por lo mismo, podemos estudiar sosegadamente el asunto, para llegar a un acuerdo definitivo, tanto en el fondo como en la forma. Y no creo difícil este acuerdo; ya que no

se trata de una cuestión política, en que pudiéramos estar divididos en partidos. Si sólo de política tratáramos, tal vez yo no tomara parte alguna. No se trata tampoco de una cuestión religiosa, porque la religión católica no dice que ha de haber ni que no ha de haber sociedad conyugal en el matrimonio. Pueden los casados ser buenos católicos, sin tal sociedad, como sucede en muchas partes, en especial en los Estados Unidos y en Inglaterra; y pueden serlo también con ella, como en Francia, en Alemania, en Bélgica, en Italia, etc. Es una cuestión puramente civil el asunto de que hoy se trata; es un problema estudiado en todo tiempo por hombres muy competentes y sabios, cuya solución no podemos atribuír a la tradición y la rutina. Estos son los motivos por los cuales he apoyado la reconsideración; y una vez que ésta se acepte, presentaré a la consideración de la Cámara un artículo modificatorio que tengo al respecto y que espero conciliará los deseos y aspiraciones de todos".

Concluído el debate, se aprobó la moción, después de lo cual se dió cuenta de la siguiente comunicación oficial.

Receso

Reinstalada la Cámara, continuó la discusión precedente.

Entonces el señor Andrade expuso: "Los liberales-radicales que existen en la Cámara se han sorprendido de que yo haya dado mi voto en contra del artículo, en virtud del escrúpulo muy fundado en mi concepto y que lo manifesté en la sesión anterior. Voy a renovar mi exposición para que alguno de mis honorables colegas me contradiga y me manifieste si son o no fundados esos escrúpulos. Tengo la idea de que puede ocurrir el siguiente dilema: o la mujer está siempre con el cariño por el marido o no lo está. En el primer caso, poco importa la disolución de la sociedad conyugal, porque siempre el marido será jefe de ella; en el segundo, esto es, cuando falta el cariño de la mujer, debemos preocuparnos de que por desgracia no está educada de tal manera que pueda administrar sus bienes por sí sola. La mujer, entre nosotros, es católica; de manera que faltando el cariño del marido, tiene que recurrir al consejo del confesor, y, por consiguiente, éste será el único que administre los bienes de la mujer. Este es mi escrúpulo y espero que alguien me contradiga para dar mi voto por el proyecto que se discute".

El doctor Hidalgo Z.: "Yo no estimo fundadas las razones expuestas por el señor Andrade, para que se incline a negar su voto al proyecto que se discute. Dice que si es el amor el vínculo que liga a los esposos, siempre el marido tendrá la

administración de los bienes de la sociedad conyugal; en caso contrario, agrega, no será el marido sino el cura el que servirá de asesor o consejero de la mujer. Creo que mi honorable colega no tiene razón para abrigar estos temores, porque precisamente si es el vínculo del matrimonio el amor y si por esto se establece la sociedad conyugal y no se constituye por el mero hecho del matrimonio, es claro que estos dos seres que están ligados por un afecto tan precioso como es el amor, constituirán la sociedad conyugal de una manera voluntaria. De manera que en este primer caso, nada viene a menoscabar la base del matrimonio que es el afecto, y es claro que la mujer convendrá, entonces, en que se establezca la sociedad de bienes, toda vez que tiene confianza absoluta en su consorte. Lo único que se pretende es que por el hecho del matrimonio no venga a constituírse forzosamente la sociedad de bienes, como existe en la actualidad. En cuanto al caso contrario, de que no sea el afecto el vínculo que liga a los esposos, supongo que influirán en la determinación de la mujer sus parientes más cercanos e íntimos, como son sus padres, hermanos y más personas allegadas que puedan darle buenos consejos pero no su confesor, acudiendo sólo a los malos consejos que suelen dar ciertos sacerdotes y que encaminan por la senda extraviada del mal, cuando no tenga a quien ocurrir. Una mujer de criterio es imposible que vaya a consultar sobre estos particulares a un clérigo.

No me parece, pues, razón de peso la que arguye el señor Andrade para que por ella y nada más que por ella, niegue su voto al proyecto que se discute; antes creo que como buen radical no debe oponerse a una reforma tan laudable que tiende a extirpar un mal que día a día va tomando incremento en la sociedad, como es el hecho de que ciertos maridos sean los verdugos de sus consortes.

Queremos que el matrimonio no se haga por interés, que no sea objeto de especulaciones ilícitas; los legisladores debemos poner remedio a estos males y por esta razón abogo con tanto afán en pro del proyecto que se discute".

El doctor Páez: "Nadie tiene más amplio concepto que yo de los principios liberales..... Todo acto humano necesariamente produce determinadas consecuencias jurídicas y así el matrimonio que es uno de los más importantes de la vida, debemos reconocerle los que fluyen de la naturaleza de él. El amor, el cuidado de los hijos, la mancomunidad de pesadumbres y felicidades, forman el caudal moral del patrimonio; y es una contradicción irritante excluír lo que menos vale, esto es la sociedad de bienes.

Las leyes deben dictarse para los casos que común y ordinariamente acontecen, y no para las excepciones; y desde

que los buenos matrimonios se hallan en mayor número, debemos no ir a hacerlos desgraciados, introduciendo dos autoridades en el hogar, que es lo que sucederá si se reconoce a cada cónyuge, el derecho de administrar lo suyo.

El legislador debe atender a los casos generales para dictar leyes generales; y así, bueno está, que para los matrimonios desavenidos, para aquellos en que el amor se ha trocado en odio o por lo menos en fría indiferencia, se arbitre la separación de bienes. Mas, esta debe de ser, como en los casos raros a que tiende, ocasional, y no constituírla en regla general.

El gran argumento con que se trata de desvirtuar las atinadas e ilustradas observaciones del señor doctor Peñaherrera, es el de que la mujer, con la sociedad conyugal, es esclava del marido. Pero no se ha contestado hasta ahora a la observación de que la mujer, sin la sociedad de bienes, queda privada de gananciales, que más comunmente los tiene el marido que no la mujer, y que así ésta cae en la peor de las esclavitudes, que es la de miseria.

Si se dice que para hacerla partícipe de los gananciales se permite a los cónyuges contratar sociedades de bienes. ¿Pero si el marido no lo quiere, en qué queda este remedio?

No quiero ocuparme en el absurdo que entraña lo de permitir a los cónyuges contratar entre sí, pero si diré que bien puede suceder que un bribón de marido sugestione con sus ternuras a la mujer y ésta contrate sociedad por treinta años, y luego sea víctima del abandono, de los desprecios y se vaya al borde de la miseria. ¿Qué medio le queda entonces? Ninguno, luego el medio de contratar sociedad es peor que el mal que se quiere reformar. Por lo expuesto, juzgo como un verdadero atentado, como una herejía jurídica, desconocer la sociedad conyugal, que en toda parte y lugar surge de hecho por el matrimonio".

El señor Intriago: "No veo la razón por la que discutimos el proyecto que nos ocupa con causas completamente distintas. Se ha dicho que la legislación en ciertos países adelantados no debe servirnos de norma y, por otro lado, se ha invocado la legislación de países europeos que marchaban a la cabeza de la civilización, como son los Códigos de Alemania, Francia, Italia, y con ellos se ha querido probar la inoportunidad de nuestra reforma y teniendo como atrasados los Códigos de Inglaterra, Estados Unidos y Austria, en los que existe la innovación que pretendemos. Es necesario un poquito de amplitud de espíritu, es necesario, señor Presidente, que reconozcamos el progreso donde se halla, me admira que hombres de talento califiquen a los Estados Unidos de país compuesto de elementos híbridos, siendo así que es una Nación

que marcha a la vanguardia, y por lo mismo los Estados pequeños como el nuestro, deben tomarla como norma para amoldarse a ella, según las costumbres y modo de ser de cada país, alcanzando así un progreso avanzado ya que no nos será posible colocarnos a la altura en que estos países afortunados se encuentran.

Se ha dicho que una ley debe consultar la bondad absoluta como también la bondad relativa: esto es indudable. La bondad absoluta exige que los principios de justicia sean los que informen nuestra reforma, y ahí la razón porque tengamos que consultar si el proyecto es o no moral, dando a cada cual su derecho. La bondad relativa reclama que la reforma sea apropiada al medio en que se desarrolla, completamente de acuerdo con lo que sucede en nuestra sociedad, según los usos, costumbres y preocupaciones; y por eso es que nos vemos obligados a guardar cierta forma en el proyecto de ley que se discute, a fin de que la mujer no quede reatada para ejercer libremente su capacidad jurídica ya que en otra forma la haría nugatoria la susceptibilidad de nuestra raza. En estas reformas tenemos que compaginar dos cosas casi antagónicas al mismo tiempo: dar garantías a la mujer para que ella goce de todos los gananciales en caso que se dedique a los quehaceres de la casa, a la crianza y educación de los hijos, a ver y cuidar al marido, quien se encargará de la dirección o de los negocios y manejo de los bienes, solo; y la emancipación económica de la mujer o la facultad de administrar libremente sus bienes por el ministerio de la ley. ¿Será posible suponer que dada la susceptibilidad de raza no se rompa la armonía y felicidad si la mujer por cualquiera facultad, retira ante el juez la de administrar y disponer de sus bienes? Con la orden y separación de bienes se va la dicha del hogar. En conferencias particulares tenidas con mis amigos, en sesiones públicas, así como también a mis honorables colegas los Coroneles Palacios y Torres había manifestado mis dudas, que son las mismas tenidas por los argumentos de peso del señor doctor Peñaherrera; pero en la reunión de esos mismos amigos expuse la necesidad de salvaguardar, bajo todo punto de vista, los intereses de la mujer dándole la libre administración de sus bienes por el ministerio de la ley. Es necesario saber que hoy existe para la mujer la facultad de pedir separación de bienes; mas, para ello se tropieza con tantos obstáculos que vuelven ineficaz la acción concedida. Allí está los casos que ocurren en Guayaquil como en Quito, en toda la República; y aunque se diga que son excepciones, como casos aislados debemos tenerlos en cuenta para que la bondad de la ley sea absoluta contra el mal. No hay que confundir las ideas, no hay que establecer diferencia de doctrina, porque,

como ha dicho el señor doctor Peñaherrera, todos estamos de acuerdo en el fondo, sólo diferimos en la forma, y no sería justo que por cuestiones accidentales, demos por tierra con una reforma de gran alcance.

Se ha asegurado que no se encuentra demostrada aún la manera de subsanar el inconveniente señalado: ¿cómo se quiere que en el primer inciso se prevean todos los casos? ¿hemos llegado a la conclusión? Ya verá el doctor Páez que en el lenguaje castellano sobran palabras para la redacción de un artículo que venga a llenar el vacío en que se hace tanto hincapié: la imaginación y el pensamiento nos harán salir airosos de esa dificultad. Ahora, ¿cual es el medio que propone la Comisión? El de que la mujer tenga derecho de pedir al juez la administración de sus bienes, es decir, que vuelvan las cosas al estado en que se hallaban antes del matrimonio con sólo quitar algunos inconvenientes. Se habrá dado algunos pasos en el camino del progreso, pero siempre habremos colocado a la mujer bajo la tutela del marido, dejándola expuesta a todos los fraudes, a todas las infamias de los hombres mercantilistas y desalmados. Es preciso que no añadamos la complicidad de la ley al pésimo manejo de hombres sin conciencia que escogitan caminos vedados para sus crimenes, aprovechándose de la forma del proyecto para hacer nugatorias nuestras esperanzas, burlándose del laudable fin que nos hemos propuesto con el proyecto reformatorio, cual es dar a la mujer amplia libertad en el orden económico, quitándole ese reato con la que le encontramos desde la formación de nuestra sociedad.

El doctor Vela: "Todos estamos perfectamente de acuerdo en la necesidad de dar libertad y garantías a la mujer casada, y no veo el por qué tengan empeño algunos Senadores para sostener los términos de un artículo que no encuentra resonancia en la Cámara, siendo así que cabalmente en los términos precisos de una ley está encerrada toda ella.

Se dice que lo que se quiere suprimir es la sociedad conyugal. Ahí está el error de mis honorables colegas. No hay tal sociedad forzosa, desde el momento en que el matrimonio es de derecho natural y la ley civil no hace otra cosa que rodear a esa unión de todas las garantías y libertades que ella necesita para seguir su rumbo y conseguir sus altos fines.

Si, pues, de la unión natural del hombre y la mujer que viene a consagrarse por el contrato del matrimonio, surge de suyo la sociedad de bienes ¿por qué hemos de encontrar allí la fuerza, por qué hemos de ver todo negro, cuando la generalidad de los matrimonios, digámoslo con franqueza, son de un hombre y una mujer afectuosos? Malos matrimonios los hay, como hay de todo en la naturaleza. ¿Cuántas veces estamos

viendo las lágrimas de la mujer casada que a diario reprocha al esposo su perversión; pero cuantas también—casi siempre—estamos viendo esas sonrisas con que Dios santificó el hogar. ¿Acaso todo es negro para querer destruírlo de hecho? No señor Presidente, esto no es justo ni conveniente, puesto que las leyes deben conformarse siempre con esa bondad relativa que para su formación se exige; esto es, el legislador ha de atender a los usos y costumbres, al modo de ser social y religioso del pueblo para el cual se da una ley. Por algo de esto dijo el sabio ateniense: "No os doy las mejores leyes, sino las que necesitáis para ser felices". He aquí una doctrina completa de sabiduría y prudencia legislativas.

Nosotros, pues, al decir suprímase la sociedad forzosa, hechamos a rodar de una plumada el hogar y esto no es sostener ni trabajar por la felicidad de la mujer; de aquí que a pesar de ser el primero en buscar la manera mejor de dar facilidades a la mujer para que sea feliz, no esté por la reforma tal como lo quieren mis honorables contrincantes. Nosotros hemos propuesto a la consideración del Senado un proyecto que consulta más la justicia y la equidad, sin perder de vista el derecho que tiene la mujer para administrar cuando quiera todos sus bienes, para participar de los gananciales, en fin, para disponer de todo aquello que pueda llamarse dueña.

Sea esta la ocasión, ya que se ha despertado el espíritu reformador, de hacerme cargo de unas palabras lanzadas por mi honorable colega el señor doctor Hidalgo Z., en la sesión del sábado, quien dijo que en el año ocho hubo liberales de los que se llaman radicales que se opusieron al divorcio consensual. Pues debo decir que yo fuí uno de esos radicales que se opusieron a la reforma, respecto de la cual sostengo hoy, como sostuve entonces, que es inmoral y de preniciosas consecuencias; y mientras el señor doctor Hidalgo dice que el divorcio consensual ha obtenido carta de naturalización y todo marcha bien con él, yo tengo la desgracia de contradecirle en el sentido de que todo marcha mal, y para comprobarlo nos bastaría averiguar cuántos matrimonios se han dañado por frioleras o motivos insignificantes.

Yo no dejo de ser siempre el mismo, y precisamente porque soy viejo, busco la prudencia y la cordura necesarias para reformas de aliento como la que nos ocupa. Un viejo no fuera responsable si no pudiera tener siquiera la intención de acertar por medio de la prudencia y la cordura. He aquí, pues, un viejo radical que está por lo mismo que otros desean, pero no de un modo violento, porque las violencias nos arrastran a dar leyes inconsultas que provocan tempestades en la sociedad para la cual se legisla. Si esto es motivo para que se me cali-

fique, no como viejo prudente, sino como un viejo retrógrado, en buena hora; pero al menos me quedará la tranquilidad de la conciencia.

El señor Peñaherrera va a presentar un artículo modificatorio que responde a mis ideas, de suerte que no tengo embarazo para creer que él será aceptado por los mismos que hoy abrigan ideas encontradas. Mientras tanto, vamos despacio y veamos hasta donde puede ir la mujer casada, dada su posición social y las demás circunstancias que la rodean".

El doctor Peñaherrera: "Comienzo por agardecer los inmerecidos conceptos con que me califica el señor doctor Vela, así como los de que en la sesión pasada hizo derroche en mi favor el señor doctor de Calisto; y paso a exponer mi opinión en este punto, aunque sea con verdadero temor.

Quiero proponer al H. Senado que el artículo que se discute se sustituya con el siguiente:

"La mujer casada tendrá en todo tiempo el derecho de excluír de la sociedad conyugal el todo o una parte de sus bienes propios para administrarlos independientemente, sin necesidad de alegar ni comprobar ninguno de los motivos señalados por el Código Civil para la separación de los bienes.

En dicha administración, la mujer casada tendrá plena capacidad legal para todo acto o contrato inclusive venta o hipoteca de inmuebles y comparecencia en juicio".

Expondré brevemente las razones que tengo para esto: la reforma de las instituciones jurídicas, en sentido favorable a la condición de la mujer, es uno de los caracteres más marcados de la orientación de las ideas modernas; mas yo he abrazado ardorosamente la opinión de la necesidad de estas reformas, desde antes de que la influencia de esas ideas, general ya en el mundo civilizado, se dejara sentir entre nosotros; y la he abrazado, tanto por consecuencia de mis estudios jurídicos, cuanto por la experiencia profesional, en la que, como muy bien dijo el señor doctor Vela en la sesión anterior, quizá lo que más ha fatigado nuestro espíritu ha sido la dificultad de remediar la desgraciada condición de muchísimas casadas, con sólo los medios que establece el sistema legal que nos rige. Estas consideraciones me han obligado a estudiar nuestro Código y procurar penetrarme de sus ventajas e inconvenientes.

Nadie podrá negar que el sistema actual de la sociedad conyugal tiene ventajas e inconvenientes. A nosotros nos incumbe, por tanto, aprovecharnos de las primeras y enmendar los segundos; debiendo ser esta la labor de los verdaderos feministas, si se me permite el término; y esto es lo que se ha propuesto la Comisión con su proyecto, que hoy lo concibo en términos más sencillos y claros, para evitar toda tergiversación en contra de nuestra idea.

El sistema del Código Civil establece la sociedad forzosa, prescindiendo, por supuesto, de las excepciones o cambios que puede hacerse en las capitulaciones matrimoniales. El sistema de la Colegisladora propone todo lo contrario, la separación forzosa. Ahora bien, lo que queremos nosotros es evitar ambos extremos, porque los extremos siempre son malos: queremos, en cierto modo, que la sociedad sea forzosa para el marido y voluntaria para la mujer. ¿Podrá negarse que nuestro proyecto es más feminista que el de la Colegisladora?

Vamos a ver cómo puede serlo, y para esto, fijémonos previamente en el sistema del Código Civil.

Al comenzar este Código la materia de las obligaciones y derechos de los cónyuges, sienta un principio fundamental: Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. En estos preceptos sintetiza el Código el decálogo de los deberes mutuos de los cónyuges. Respetado en la vida práctica este principio fundamental, ¿quién podía negar que el matrimonio, bajo el régimen de la sociedad de bienes, realiza el más bello ideal de la agrupación doméstica; consulta el orden de la familia y la prosperidad de ella? Los que se casan juran amarse siempre; juran guardarse fe y ayudarse mutuamente; ellos van a ser en cierto modo una sola persona; por consiguiente, ¿qué cosa más natural que a esta fusión de personas, a esta compenetración de espíritus, vaya asociada la solidaridad de los intereses matrimoniales? ¿Qué cosa más conforme con la naturaleza del matrimonio que así la pobreza como la prosperidad y todas las viscisitudes de la fortuna sean comunes para los dos cónyuges? Fijémonos en la naturaleza de esta sociedad, y cómo se distingue de cualquiera otra. Los que se asocian para negocios están sujetos a otras disposiciones legales, según las cuales las utilidades se reparten en proporción de los aportes y las pérdidas en relación a los beneficios. En el matrimonio no pasa esto; pues, según el sistema legal, los gananciales se dividen a medias, sin hacer cuentas ni números respecto de la importancia de los aportes; porque la sociedad de bienes entre cónyuges no es sino una consecuencia de las personas, la cual se funda, no en cálculos pecuniarios, sino en consideraciones de orden superior.

La sociedad conyugal guarda, pues, perfecta conformidad, con la naturaleza y los fines del matrimonio, y es aun más importante desde el punto de vista de los intereses de la mujer. Digan lo que dijeren las leyes, ésta consagrará siempre su principal atención a la crianza de los hijos, al gobierno de la casa y, en general, a las complicadísimas labores de la vida doméstica. El hombre, contando con su apoyo, se dedicará a los negocios, a la formación de la fortuna. Nada más justo,

por tanto, que ésta, que representa las economías y sacrificios de la mujer al par que los esfuerzos y cálculos del marido, sea el patrimonio de los dos, como es en la sociedad conyugal. Sin la sociedad, el resultado final sería el enriquecimiento del marido y la miseria de la mujer, que en el servicio del marido y de la familia, habría consumido sus energías.

Estas son las ventajas del sistema del Código: veamos los inconvenientes. Supongo que falta la armonía entre los cónyuges; que aquel principio fundamental que sustenta el matrimonio no sea respetado en la vida práctica, como frecuentemente acontece. El Código se ha preocupado también de esta situación anormal; pero, en mi concepto, de un modo deficiente, en lo relativo a los bienes, pido en esto perdón al ilustre Bello y a todos los sabios que le inspiraron y le guiaron en la formación de nuestro Código.

La separación de bienes, limitada a ciertos y determinados casos, tiene inconvenientes gravísimos; pues, maridos hay que no cumplen sus deberes de tales, que tiranizan a sus mujeres y las tratan del modo más inconsiderado; y, sin embargo, no están en ninguno de aquellos casos de la ley; o si lo están, la prueba es en extremo difícil. Y si la prueba es posible resultan litigios tan feos y escandalosos, que sacan a relucir las desgracias del hogar, y destruyen la honra del marido y los vínculos de la familia.

Mujeres hay que por no lanzarse a tomar medidas tan odiosas y vejatorias, se resignan a una vida de sufrimientos, dejándole en posesión de todos los derechos al esposo que ha olvidado el cumplimiento de todos sus deberes.

Debemos, pues, remediar esta situación. ¿Pero cuál puede ser el remedio? Aumentar los casos de separación de bienes, sería agravar esa dificultad y aumentar el número de esos litigios abominables. Aquí no podemos quedarnos en medio camino: tenemos que llegar necesariamente a permitir la separación sin causales y sin pleito; y esto es lo que quiere el proyecto que propongo.

Con esto haremos cosa análoga a lo que el mismo Código permite hacer en las capitulaciones matrimoniales; con la diferencia que la permitimos para el momento oportuno. Antes del matrimonio, es decir, cuando pueden hacerse legalmente las capitulaciones, la mujer, siempre crédula y confiada, no es capaz de acudir a esas medidas de seguridad y precaución. Gobiérnase por las apariencias y de su novio no espera sino felicidad. ¿Cómo en estos momentos darle una prueba de desconfianza o temor aunque alguien se lo insinúe o algo presiente su corazón?

De aquí que en la práctica las capitulaciones son un documento absolutamente inusitado: una institución inútil, por inoportuna.

Lo que queremos ahora es permitirle a la mujer hacer durante el matrimonio, es decir, cuando la triste experiencia le ha convencido de la necesidad, aquello mismo que según la ley vigente puede hacer antes del matrimonio: separar o excluír de la sociedad conyugal el todo o una parte de sus bienes para administrarlos por sí misma.

El Código no habla sino de una parte; pero como no la limita, puede ser los novecientos noventinueve milésimos; y nada importa que hoy hablemos francamente del todo.

Yo no me hago cargo de la dificultad que encuentra el señor Andrade. Creo, al contrario, de lo que él piensa, que, por lo general, los sacerdotes confesores son buenos consejeros; pero es la verdad que la mujer casada, hecha capaz de toda clase de negocios, podrá ser fácilmente víctima de las sugestiones del mismo marido o de cualquiera; y, según el sistema adoptado por la Cámara Colegisladora, de nadie tendría más que temer la mujer que de su mismo marido. Si éste, al día siguiente del matrimonio, le dijera, arriéndame tal hacienda; préstame tal cantidad de dinero, etc., podría ella preguntarle ¿cuál es la hipoteca o fianza con que se asegurará ese negocio? Estas exigencias que aun con personas extrañas, son a veces difíciles, serán posibles, serán prácticas en los contratos entre los esposos?

La raíz de esta dificultad está en la condición misma de la mujer, en su falta de carácter y educación apropiada; pero si de eso nos preocupáramos demasiado, tendríamos que ir al extremo de establecer incapacidad también para las solteras y las viudas.

No hay duda, pues, que la reforma que intentamos tendría también defectos e inconvenientes como toda institución humana; pero no tales que nos obliguen a retroceder al extremo contrario, que indudablemente los tiene mayores. Así, que si tengo apoyo, elevaré a moción la proposición que enuncié al principio".

Como el doctor Peralta ofreciese su apoyo al proponente, se sometió a consideración de la Cámara la siguiente moción:

El Art. 1º del proyecto que se discute dirá: **La mujer casada tendrá en todo tiempo el derecho de excluír de la sociedad conyugal el todo o una parte de sus bienes propios para administrarlos independientemente, sin necesidad de alegar ni comprobar ninguno de los motivos señalados por el Código Civil para la separación de bienes.**

En dicha administración la mujer casada tendrá plena capacidad legal para todo acto o contrato inclusive venta o hipoteca de inmuebles, y comparecencia en juicio.

En debate el Coronel Torres expuso: "Creo yo que no debiera aprobarse hoy una moción que nos quita el derecho de discutir en tercera el proyecto tal como comenzó en primera. Según el Reglamento, todos los Senadores tienen opción para hacer indicaciones que deberán ser consideradas en tercera; por consiguiente, creo yo que es llegado el caso de no aprobar esta moción que desvirtúa el proyecto".

El doctor Hidalgo Z.: "Procediendo con la franqueza que me caracteriza en todos los actos de mi vida, debo manifestar que en la última sesión, cuando dije que en una de las Legislaturas pasadas, al tratarse del divorcio consensual, hubo varios radicales que se escandalizaron ante esta reforma, no quise referirme con estas palabras de un modo particular al señor doctor Vela, porque aun no recuerdo si él estuvo o no estuvo por el proyecto, pero la verdad es que éste pasó con la mayoría de la Cámara. Las razones del señor doctor Vela como las de todos mis honorables colegas merecen siempre mis consideraciones y respetos; pero de ninguna manera quedo obligado a seguirlas, una vez que, como legislador, tengo derecho para emitir mis opiniones y sostenerlas en la forma que creyere más conveniente, en orden a los intereses nacionales o de la sociedad, según sea la cuestión que se ventile en la Cámara. Si en la época del oscurantismo hubiera sido un muchacho que iba a hacer oír su voz de un continente a otro y a través de mares, indudablemente que esta pretensión se hubiera calificado de herejía; pero esta manera de apreciar las cosas depende de la época que se atraviesa y de los tiempos en que se vive. De consiguiente si hoy se volviera a asegurar lo mismo, quizá nadie se atreviera a calificar aventuradamente. Igual cosa sucede con esta clase de reformas, que hoy se las considera como herejías jurídicas, pero que las exigencias de la época moderna y el ancho campo que se abren los derechos de la humanidad, las sacan avantes, a despecho de toda oposición y tradicionalismo.

Entre uno de los argumentos en contra, he oído el siguiente: se dice que ninguno de los que sostenemos el proyecto ha manifestado cual es el efecto del matrimonio. Cabalmente que el matrimonio no sólo tiene fines morales que llenar en la vida, sino también fines materiales, como es la procreación de la prole; por manera que no sólo hemos de atender a los unos, más también a las dos clases de fines, a efecto de que las instituciones en esta materia respondan mejor a la naturaleza de la sociedad.

Igualmente he oído manifestar que con esta reforma se deja amplia libertad a la mujer para que pueda contratar y se la expone al peligro de verla víctima de una prisión, como consecuencia de las obligaciones que haya contraído. En cambio yo le pregunto al señor doctor Páez si ahora también la mujer, en muchos casos no puede comparecer en juicio, no puede comerciar y si por estos actos de la mujer en ejercicio del comercio, plenamente autorizada por su marido es tan responsable como en el caso propuesto por él? No puedo desconocer que toda reforma trae sus inconvenientes, pero para eso es la labor del legislador que ha de procurar evitar en lo posible todos los escollos que pueden presentarse en la práctica; para eso estamos en los comienzos de esta discusión, en el curso de la cual podremos ir armonizando las disposiciones posteriores con el principio general que quiere establecer el proyecto".

El señor Andrade: "Entiendo yo que la base de este proyecto han sido las consideraciones que la mujer merece y que nosotros hemos querido manifestárselas; pero con esta moción concedemos una facultad que sería inútil, una vez que la mujer no ha de usar de esa facultad por imposibilidad moral. Indudablemente, la mujer está en el matrimonio obligada a obedecer siempre al marido, y resulta, en consecuencia, que la mujer no puede proceder con esa libertad con que la queremos dotar según la moción. Mi voto será en contra de ella".

Terminado el debate, se recogió votación nominal, a petición del señor Intriago, y el resultado fue, aprobarla por 13 votos contra 11.

Receso

Restablecida la sesión el señor Presidente ordenó que pasara el proyecto de nuevo a la Comisión para que armonice los demás artículos con el que acaba de aprobarse.

Entonces el doctor Peñaherrera observó que parecía correcta la disposición del señor Presidente, a fin de conseguir la concordancia del artículo sustitutivo con los restantes del proyecto; pero como el doctor Calisto manifestara que no podía suspenderse la discusión so pretexto de conseguir el acuerdo de todos los artículos del proyecto, una vez que, en tercera era potestativo de la Cámara el aprobarlos o negarlos, la Presidencia dispuso continuara el debate. Así se hizo, y al votarse el Art. 2º, el doctor Páez pidió votación nominal, cuyo resultado fue el siguiente: 16 votos afirmativos y 7 negativos.

En discusión los artículos 3º, 4º y 5º fueron negados en el orden en que se expresan; y pasaron los artículos 6º, 7º, 8º

y 9º, debiendo constar de modo expreso, el voto negativo del doctor Vela al artículo 7º. Este proyecto debe pasar de nuevo al estudio de la Comisión respectiva.

Así terminó la segunda discusión de tan controvertido proyecto. En el tercer debate el Senador don Federico Intriago lanzó una idea nueva, un nuevo proyecto, que dividió también las opiniones y fue discutido con igual acaloramiento, por lo cual transcribimos también alguna parte del acta respectiva:

Sesión del 15 de Setiembre de 1911

Presidencia del doctor Carlos Freile Z.

Leída el acta de la sesión anterior, fue aprobada.

Inmediatamente, después, se puso en tercera discusión el proyecto de emancipación económica de la mujer casada.

Entonces el señor Intriago dijo: Hago moción de que se discuta como artículo reformatorio el siguiente:

"Cada uno de los cónyuges tendrá la libre administración de sus bienes propios en la sociedad conyugal, gozando de iguales derechos y capacidad legal para contratar y comparecer en juicio".

El señor Torres: "Creo que con este artículo se proveen todas las necesidades, y, al mismo tiempo unificamos la opinión de la mayoría del Senado. Estamos de acuerdo en el fondo y sólo diferimos en la forma. Con este artículo subsiste la sociedad conyugal y se deja a cada uno de los esposos el derecho de administrar lo suyo, derecho que es innato para todo individuo que tiene capacidad jurídica y que hasta cierto punto está garantizado por la Constitución. Por otra parte se deja amplia libertad para que la mujer casada pueda conceder a su esposo la administración de sus bienes sin que se ataque la disolución de la sociedad conyugal. Los demás artículos posteriores de este proyecto reformatorio llenan los vacíos que se han anotado".

El doctor Peralta: "Este artículo fue ya desechado por el Senado. Según él se declara disuelta la sociedad, se impone a los esposos la disolución forzosa, lo cual fue ya negado al rechazarse el proyecto primitivo que vino de la Cámara de Diputados. De manera que creo no debe tomarse en consideración".

El señor Torres: "Suplico que se ordene por Secretaría se dé lectura al artículo reformatorio, para que el doctor Peralta se convenza de que no existe absolutamente la disolución de la sociedad conyugal". (Se leyó).

El doctor Peralta: "El artículo en discusión es un absurdo, porque en cualquiera sociedad comercial compuesta de tres o cuatro individuos debe haber un solo gerente para el buen manejo de sus negocios; es, pues, un despropósito concebir que un negocio puedan dirigir indistintamente dos individuos. La modificación introducida por el señor doctor Peñaherrera es sabia y consulta el laudable fin de dar libertad a la mujer; de otro modo se alterará el Código Civil".

El doctor Peñaherrera: "Voy a expresar francamente mi opinión en este asunto, comenzando por hacer la distinción entre los tres proyectos. El de la H. Cámara de Diputados tiene por base fundamental la abolición de la sociedad conyugal; el de la Comisión del Senado y el modificatorio que hoy presente el el señor Intriago, conservan esa sociedad, y, por lo mismo, difieren esencialmente de aquél. Ahora notemos la diferencia entre estos dos proyectos. Según el de la Comisión, por el hecho del matrimonio toma el marido la administración de los bienes de la mujer, conforme a todas las reglas del Código Civil; pero esa administración que, según este Código, no puede cesar sino por el difícil y odiosísimo camino de la separación de bienes o del divorcio, ahora terminará por sólo la voluntad de la mujer, como puede terminar un mandato por la revocación del mandante. Mientras el matrimonio marche normalmente; mientras el marido sepa conservar la confianza de su esposa, él será el representante legal y administrador de los intereses de ella, mas, cuando por desgracia esto no suceda, la mujer le retirará esa facultad, sin verse obligada a alegar en juicio causales que son a veces miserias y vergüenzas, y sin necesidad de sostener largos y escandalosos litigios.

Tal es, en sustancia, la fundamental reforma que hemos propuesto, conservando, por lo demás, el sistema del Código Civil. Permitimos a la mujer hacer durante el matrimonio, es decir, cuando la experiencia le convenza de la necesidad, aquello que el mismo Código se lo permite en las capitulaciones, esto es, en ocasión absolutamente inapropiada para prever peligros y desgracias y buscar anticipadas seguridades.

Según la modificación que propone el señor Intriago, no existe ese mandato legal; y, desde el primer momento, cada uno de los cónyuges administra independientemente lo suyo, si bien los gananciales que cada uno obtenga serán para los dos.

Lo que a primera vista parece absurdo en este sistema es lo de que la sociedad de los esposos quede sin jefe, y, en cierto modo, venga el matrimonio a constar de dos maridos, en vez de marido y mujer; mas, la exagerada importancia que se da, a esta observación depende de que se confunde la sociedad

conyugal con la sociedad doméstica, la cual, no podría subsistir sin una autoridad que la gobierne. Ni el proyecto del señor Intriago, ni el de la Comisión se proponen, pues, atacar la autoridad del marido en la sociedad doméstica; ni el uno ni el otro se oponen en manera alguna a que el marido siga siendo, como debe ser, el jefe de la familia y la suprema autoridad de la casa. Mas, la organización de la sociedad doméstica no exige que precisamente sea el marido el administrador de los bienes de la mujer; y ahora no tratamos de esa administración.

Una sociedad de bienes puede haber legalmente y de hecho la hay en muchos casos, sin que se haya atribuído la gerencia o administración a uno de sus socios. Si dos comerciantes se asocian para negocios y los dos nombres figuran en la razón social, ambos son administradores, y nadie lo encuentra absurdo. Siendo de advertir que en este caso ambos socios administran los bienes y negocios sociales, lo cual es ocasionado a conflictos o desacuerdos; mientras que en el proyecto que nos ocupa, las funciones están separadas y cada socio administra negocios diversos.

De ninguna manera, puede, pues, en mi concepto, calificarse de absurdo este proyecto. Tiene, sí, la dificultad de que, por cambiar totalmente el sistema del Código Civil, no es posible plantearlo y desarrollarlo en sólo dos o tres artículos. En el Código mismo está confundido lo que concierne a la autoridad doméstica con lo que atañe únicamente a la gerencia de la sociedad de bienes; y para separar lo uno de lo otro, conciliando lo primero con la capacidad legal de la mujer casada, en que se basa el proyecto, sería preciso una prolija revisión de gran parte del Código, lo cual en estos estrechos momentos nos sería absolutamente imposible.

Al tratar de las relaciones entre padres e hijos, el Código separa muy sabia y metódicamente, en dos capítulos diversos, la patria potestad, institución puramente civil y que se reduce a la representación, el usufructo y la administración, de aquellos deberes y derechos mutuos que, como la protección de una parte y la subordinación de otra, emanan directamente de la ley natural y constituyen lo que pudiéramos llamar la potestad paterna. Mas, en cuanto a los cónyuges, un mismo capítulo, un mismo artículo encierra a veces cosas que atañen a la sociedad doméstica y otras que se refieren exclusivamente a la sociedad de bienes; y, por otra parte, en todo el desenvolvimiento de un sistema relativo a esta sociedad, procede el Código sobre el supuesto de que es el marido gerente natural y ordinario de ella.

Debemos, también, tener en cuenta que las mejores reformas jurídicas, sobre todo en materias relacionadas con las

costumbres, son las que se hacen gradualmente. La mujer no está entre nosotros preparada para un cambio violento en esta materia, como justamente lo observó el señor Andrade. Le faltan, por una parte, experiencia y criterio para los negocios, y por otra, cabal conocimiento de sus derechos y deberes. El cambio brusco y repentino del sistema legal podría inducirla a entregarse inconsideramente a la vida de los negocios y podría acaso sugerirle también la idea de que ha quedado en todo emancipada del marido, al punto de no deberle ya respeto y obediencia; lo cual podría ser muy perjudicial para el orden doméstico y el bienestar de las familias. Válganos, por lo menos, como un ensayo el sistema propuesto por la Comisión, y veamos si la experiencia nos convence de la necesidad de ir más allá; pero tengamos en cuenta que es un ensayo bien avanzado en esta materia, con relación a lo que hasta ahora ha conseguido el feminismo en la generalidad de los países civilizados".

El doctor Páez: "Como acaba de manifestar con propiedad el señor doctor Peñaherrera, puede muy bien distinguirse dos clases de sociedad: la sociedad de bienes y la sociedad doméstica; y a este respecto no estoy conforme en sostener que, dislocada la sociedad de bienes, no se disloca en manera alguna la sociedad doméstica, sino muy al contrario, porque desde que la mujer tiene la administración de bienes, ¿qué autoridad le quedaría al marido para impedir, por ejemplo, que la mujer se ausente de su hogar a pretexto de administrar sus bienes? Sí, digo, ¿quién podría impedirle que viaje a Europa dejándole al marido abandonado con todos sus hijos? Esto, señor, viene a desequilibrar el orden en el hogar doméstico y a dar por tierra aquella sabia disposición de que la mujer debe seguir el domicilio del marido. ¿Cómo puede concebirse la sociedad conyugal si aquellos dos seres que la forman se dedican por su cuenta a atender a sus negocios? La mujer conforme a este artículo puede irse muy bien mañana a las Filipinas a efectuar por su cuenta cualquier género de negocios; ¿se podrá decir, en este caso, que se conserva la sociedad doméstica? Hay otro absurdo que siempre lo será y es el de que la administración de la sociedad conyugal no puede afectar únicamente al cónyuge que hubiere negociado por su cuenta. La mujer como muy bien lo ha dicho el señor doctor Peñaherrera, por lo general no tiene entre nosotros una capacidad probada para administrar sus bienes, no está dotada de ese espíritu de negocio como la mujer americana, a la cual se quiere tomar como modelo para nuestra sociedad. Además, ¿por qué se va a estableler la responsabilidad del marido en aquellos negocios desastrosos que puede efectuar la mujer? Pues sabido es que el Código Civil dice que respecto de

terceros se consideran como bienes propios de la sociedad conyugal los gananciales y bienes del marido; ¿por qué se va a establecer, pues, que el marido venga a pagar los platos rotos? ¿Será esto racional? De ninguna manera. Otra cosa será cuando surja la separación de bienes; ésta tiene que comenzar por disolver la sociedad doméstica, y, entonces, cada uno carga con la responsabilidad de sus actos, pues no puede sostenerse que separados de bienes puede subsistir la sociedad doméstica y que las ganancias y las pérdidas, en este caso, sean comunes, porque ya no existe la sociedad. Estas dos reflexiones bastan, señor Presidente, para no aceptar este proyecto.

El doctor Vela: "Tan incontestables son las razones expuestas por los doctores Páez y Peñaherrera, que ningún otro argumento puede resistir al menor examen, por más que se hagan nuevas reflexiones con todas las argucias del entendimiento humano. Yo no puedo decir una palabra más, pero quiero ser más claro, más explícito. Nosotros lo que tratamos es de conservar a todo trance el hogar, la sociedad doméstica, la unión íntima entre el marido y la mujer, sin que de una plumada, como se quiere con el artículo sustitutivo, se eche por el suelo esta institución tan sagrada. Con la reforma, como lo ha dicho el doctor Peñaherrera, se establecería una sociedad de dos maridos y no de un hombre y una mujer que se unen actual e indisolublemente para toda la vida, para procrear, amarse y auxiliarse mutuamente. Vuelvo a decir que, con el artículo sustitutivo, desaparece por completo la sociedad conyugal, desaparece la sociedad doméstica, en una palabra, desaparece el amor que es el vínculo que une al hombre. ¿Cómo, pues, señor Presidente, hemos de concebir una sociedad en la cual tanto la mujer, desde el primer momento que se casa, como el marido, cada uno se va por su camino, administrando y disponiendo de sus bienes por su cuenta? Ya dije el otro día que no todos nuestros matrimonios son desgraciados, sino muy al contrario, en la generalidad existe un cielo de felicidad: allí el hombre se consuela de todas sus desgracias, de todas sus amarguras en el regazo de una mujer amada y de unos hijos todavía más amados. ¿Cómo, pues, vamos a imaginarnos que se conciba tanta dicha en un hogar en que la mujer, comienza desde el primer momento en que se casa, mandando y disponiendo como marido? No, jamás estaré por el artículo sustitutivo. En el artículo de la Comisión están aconsejados todos los medios de que la mujer puede disponer para ser feliz, y cuando no lo es, tiene derecho en cualquier tiempo para pedir la separación total o parcial de sus bienes; tiene derecho para que el juez le atienda y le conceda sin mayores formalidades lo que solicita; puede presentarse por sí y sin autorización del marido en juicio, en fin tiene todo lo

que nosotros hemos deseado para que la mujer sea libre y feliz cuando no lo es en el hogar; pero irnos de una manera tan violenta no es posible ni lo consentiré jamás, por que así se introduciría la desavenencia en el hogar y desaparecería la familia. La potestad marital no es, como se dijo por uno de los honorables, un freno espantoso contra la mujer, es como potestad materna, necesaria, inevitable, y sí freno, suave, de amor, de ternura; y cuando la mujer así no quiere ser feliz o realmente no lo es, allí está el artículo que le faculta pedir la separación de bienes. Entre tanto, mantengamos el vínculo de la familia, mantengamos el hogar y no apaguemos el fuego sagrado que anima ese hogar, fuego de amor a cuyo calor crece la familia con la bendición de Dios y de la sociedad. No violentemos pues un asunto de tanta importancia".

El señor Intriago: "Para formar cabal concepto de la reforma, pido al señor Secretario de lectura a todo el proyecto que he presentado. (Se leyó). Era necesario haber oído el proyecto en su totalidad para formarse un concepto cabal de la doctrina que encierra. Estoy de auerdo con las notables apreciaciones hechas, con gran talento jurídico, por el señor doctor Peñaherrera, respecto de esta reforma; y convengo en que no se echa por tierra la potestad marital, porque una cosa es esa potestad y otra la administración de sus bienes. Ha dicho el señor doctor Páez que la sociedad tal como se concibe en la reforma, no es posible, porque se concede la administración a ambas partes. Voy a demostrar lo contrario. Nosotros no queremos romper la sociedad conyugal, queremos conservarla, pero a la vez pretendemos amoldarla a la reforma para que sea efectiva. Ya manifesté en la vez pasada, y lo repito ahora, que sería nugatoria la reforma tal como la ha propuesto la Comisión, dado nuestro carácter, modo de ser, las susceptibilidades de nuestra raza y las demás circunstancias que nos rodea. Por lo demás, así como el doctor Peñaherrera ha juzgado que en las capitulaciones matrimoniales no se llevará nunca a efecto la separación de bienes, porque en el estado de novios la mujer no ha de ir a exigir al esposo separación de bienes, ya que esto sería desconfiar del que va a ser su compañero, de la misma manera en el caso de que el matrimonio estuviera efectuado, es indudable que la mujer nunca puede pedir en cualquier forma la separación de bienes, porque eso sería injuriar al marido, desde que se pone en duda su honradez, y, entonces, se destruiría la felicidad conyugal, y desaparecería el amor que debe reinar en el hogar doméstico.

Es necesario que no desatendamos cuando se trata de reformas de esta naturaleza, nuestras preocupaciones sociales, y sobre todo nuestro modo de ser, para que sea efectivo el fin que nos hemos propuesto. No vamos a destruír la sociedad

conyugal, sino más bien a evitar que los bienes de la mujer sean tal vez despilfarrados, queremos darle facilidades para que antes de que gran parte de sus bienes sean dilapidados, los administre con la acuciosidad que hace su dueño; porque, precisamente, la ley debe prevenir los males que amenacen a los asociados. Por otra parte, nuestra reforma no impide que la mujer unida por el cariño a su marido pueda confiarle la administración de sus bienes, porque una imposición de esta clase constituiría un verdadero reato para una reforma por cuya amplitud y equidad trabajamos tanto. En cuanto a lo demás, en uno de los artículos posteriores se limitan los contratos entre ambos cónyuges, se dice que lo único que pueden contratar es la administración de sus bienes, y que para la hipoteca y la venta y para contraer deudas en nombre del otro cónyuge, se necesita poder especial, a fin de evitar abusos e incorrecciones que pueden acarrear el desprestigio de la reforma. Por tanto, si todos estos requisitos los compaginamos los unos con los otros, tenemos la emancipación de la mujer por el ministerio de la ley perfectamente garantizada y como un escudo admirable contra los ataques de la mujer. Eso de que la mujer vaya a Europa y deje al marido no es argumento decisivo, porque estamos viendo que sin necesidad de la ley, muchas mujeres abandonan el hogar, hacen de su capa un sayo, y no se sujetan a la potestad marital ni prestan el más mínimo respeto a la sociedad conyugal, imperfecciones que pueden remediarse con otra ley sabia como es la del divorcio por mutuo consentimiento.

Cierto es que con esta reforma vamos a producir en nuestra legislación un sacudimiento profundo, pero ya era necesario para armonizar y poner en consonancia con aquella reforma del divorcio consensual. En cuanto a lo demás, la manera como se redacte el primer artículo, bastará para que desaparezcan los inconvenientes anotados y se concuerden las disposiciones generales entre la administración de sus bienes y la potestad marital. Así quedarán completamente deslindados esos dos actos y no se presentarán nuevas dificultades para lo futuro. Mi ánimo es de que una reforma tan laudable como la que nos ocupa sea útil y práctica".

El doctor Vela: "No hay ningún argumento jurídico que contestar al señor Intriago; su clara inteligencia le hace ver las cosas más allá de lo común y talvez de mejor modo que nosotros. El quiere que la mujer sea libre desde todo punto de vista y nosotros también aspiramos al mismo fin, pero no queremos que desaparezca la potestad marital, porque ella es necesaria no sólo para conservar el amor entre la familia sino también para las relaciones sociales; esa potestad es indispensable y no creemos racional arrebatarla desde el primer día

del matrimonio, manteniéndose alejados marido y mujer, en virtud de una separación de hecho de todos los bienes; pues al entrar la mujer administrando libremente, disponiendo de sus bienes, se aleja tanto de hacer economías y ahorros para la vida privada y más aún, que también se la precipita sin saber cómo ni cuándo en el torbellino del mundo, a donde entra niña todavía. La mujer tiene que aprender en la sociedad a administrar sus bienes, tiene que ser educada por el marido racional y cuerdo. Repito, señor, y repetiré siempre, la generalidad de los casados son felices en el hogar, pocos son los matrimonios mal avenidos, y dado el caso que en esto venga a romperse el vínculo sagrado que les une, la ley ampara a la mujer, pero en la manera y forma en que está concebido el artículo de la Comisión; de ningún modo podemos convenir los hombres que hemos trabajado tantos años en el foro, que la mujer entre desde el primer momento que se casa administrando sus bienes, alejándose de su marido y de su familia, porque freno santo y saludable es la potestad marital, y más que todo es necesaria esta unión en que el lazo fuerte que mantiene es el amor con que se quisieron; no siempre es el interés, el sórdido y mezquino interés el que liga a dos seres. Por lo regular, entre los pobres, es el amor el que entra de por medio y el amor santifica, porque todo es amor en la tierra; el freno suave del amor es un freno santo que contiene a la mujer dentro de los límites de la honestidad y al hombre le contiene dentro de la familia. ¿Por qué hemos de romper ese lazo sagrado, bajado, por decirlo así, del cielo a la tierra para consolar nuestro espíritu? ¿Por qué hemos de dejar a la mujer, rompiendo todo lo humano, y lo divino, la administración de sus bienes desde el momento en que se casa? Por lo demás, estamos en el fondo en un corazón con los señores que han presentado esta reforma; yo siento como ellos la necesidad de que se de a la mujer libertad para que no sea desgraciada, pero no por esto debemos empeñarnos en mirar por todas partes negro; contemplemos la dulce sonrisa del placer que nos brinda el seno del matrimonio. Allá voy y no a romper con nuestra tradición y nuestras costumbres".

El doctor Páez: "El único argumento atendible que ha expuesto el señor Intriago es el de que el sólo medio de emancipar a la mujer sería aceptar la moción que ha propuesto; pero no es cierto. Esta no es la única medida para conseguir este laudable objeto, porque en mi concepto el medio escogitado por la Comisión es más seguro, ya que establece la subsistencia de la sociedad conyugal y deja la medida salvadora para cuando esta sociedad se vuelva desgraciada, facultando a la mujer para pedir la separación de bienes de tal manera que, sin atacar la base del matrimonio, mejora la situación

de la mujer. Esto es lo más natural y equitativo. Ahora pido a la H. Cámara que se sirva considerar el artículo que dice: La mujer y el marido tendrán la libre administración de sus bienes, etc. Entonces, pregunto yo: ¿Qué es sociedad? Un contrato por el cual dos personas ponen algo en común para administrar una de ellas. Ahora, si cada uno de los cónyuges va a administrar por su cuenta, ¿qué ponen en común? Hasta el sentido natural se opone, señor Presidente, a que se acepte este artículo que pugna aun con la significación que a la palabra concede el diccionario de la lengua. Ahora en cuanto a la aptitud de la mujer ecuatoriana, salta a la vista que está mal preparada para los negocios de la vida, dato que no puede revocarse a duda: las condiciones en que ella ha nacido, la educación que recibe, la influencia a que está sometida en nuestra sociedad, no pueden hacerle comparable a la mujer americana a quien se la toma como modelo, a esa mujer que a horcajadas sobre un potro y revólver en mano, se lanza por esos caminos de Dios. La nuestra es una mujer distinta de la mujer americana.

Por tanto, con antecedentes de esta clase, ¿qué se espera de su administración? Que ella sea desastroza y que conduzca a una quiebra segura sus intereses y los del desgraciado marido, que, con su acuciosidad, está aumentando sus bienes para luego pagar los desaciertos de la mujer; porque sabido es que a falta de gananciales en la sociedad conyugal los bienes del marido quedan sujetos a responsabilidad con todo de ser la mujer la causa de los desaciertos. ¿Será esto racional y aceptable? Se ha dicho que no desaparece la potestad marital, y en mi concepto, desaparece, porque, en qué consiste la potestad marital?, en que la mujer sigue al hombre. Ahora vuelvo a preguntar, podrá subsistir la potestad marital atribuyéndose a la mujer la administración de sus bienes? No, porque ésta como administradora, puede muy bien ir a comprar una casa en Guayaquil, y el marido, si acaso le sigue a esta mujer, será luego víctima de la fiebre amarilla. El matrimonio con estas condiciones es enteramente inaceptable".

El señor Torres: "Noto que se está razonando sobre una base que no la creo exacta. En efecto, ¿de dónde se deduce que, por el hecho de conceder a cada uno de los cónyuges la libre administración de sus bienes, queda disuelta la sociedad conyugal? No veo el por qué de esta consecuencia, porque es natural suponer que si viven avenidos los esposos, la mujer concederá siempre la administración de sus bienes al marido, y la sociedad conyugal marchará perfectamente. Por otro lado, nosotros estamos legislando, no para los matrimonios felices, porque con ella o sin ella vivirán lo más avenidos esos esposos; legislamos para los momentos en que las desa-

venencias de familia traigan como consecuencia un rompimiento en las relaciones domésticas; para estos casos deseamos exista una disposición, a fin de que la mujer no se vea precisada a acudir ante el juez en demanda de la separación de bienes, alegando cualquiera de las causales que puntualiza el Código Civil y que siempre son desdorosas para el marido.

Además, he oído decir que desde el momento en que administre sus bienes la mujer casada, se rompen las relaciones de afecto entre los esposos; de tal manera que el amor se lo hace consistir única y exclusivamente en el interés, y como ha desaparecido el móvil que impulsara al matrimonio, éste no existe y toda relación de afecto ha terminado. Triste es la consecuencia que se saca, pero aunque triste, de lo más verdadera.

También se ha dicho que la mujer no está suficientemente preparada para el manejo de sus bienes; pero este argumento no es tan valedero como se lo cree, porque cuántas solteras vemos que administran sus bienes con la mayor facilidad y poseedoras como son de capacidad civil, en muchas ocasiones lo hacen mejor y más atinadamente que los hombres; aptitud tanto más digna de atención, si paramos mientes en la manera como dirigen los negocios del hogar, y sabido es que quien en pequeño da señales de aptitud, igualmente podrá administrar negocios de mayor escala.

Volviendo a lo principal de las reformas, el proyecto presentado por el señor Intriago no puede estar más en armonía con la ciencia y espíritu altamente innovador que se han presentado en estos momentos, una vez que se reconoce la libertad de la mujer para que conceda al marido la administración si éste le inspira confianza; en el caso contrario, toma sobre sí esa administración. De esta manera, por un lado se aseguran los derechos de la mujer, y por otro, cada cual es responsable de sus negocios, porque desde el momento en que cada uno tiene libertad de acción, mal podría recaer sobre el esposo la responsabilidad de los malos negocios de la mujer. Basado en esta consideraciones, mi voto será por la moción del señor Intriago".

Concluído este debate, se recogió votación nominal, a petición del señor Intriago, la misma que dio por resultado el rechazo de la moción, por trece votos negativos contra ocho afirmativos.

Entonces, se trajo a discusión el artículo 1º del proyecto de la Comisión. Una vez leído, el doctor Calisto, dijo:

"Quisiera que alguno de los miembros de la Comisión manifieste de qué manera se lleva a cabo esta separación: la mujer acude al juez o procede **ad-libitum.**

La Secretaría dio nuevamente lectura del artículo en debate, después de lo cual el doctor Calisto continuó: ¿Qué vamos a avanzar con esta reforma? En ese caso mejor sería desechar todo el proyecto; porque si tratamos de emancipar a la mujer debemos hacerlo en toda forma, o si se cree que emancipándola viene un cataclismo para el país, no hagamos nada.

Dice el artículo que la mujer podrá separar en todo tiempo sus bienes, pero en cambio pregunto yo, ¿esto no equivale a lo que propuso el señor Intriago? Claro que sí; porque puede pedir esa separación desde un principio, como puede pedirla después; de tal manera que este artículo no persigue otra cosa que lo mismo del señor Intriago, con la diferencia de que el uno lo hacía con franqueza, caballerosidad e hidalguía, mientras el otro se presentaba solapadamente. Por consiguiente, creo inaceptable el artículo, tanto más si se toma en cuenta la dificultad que entraña aquel requisito de que el marido ha de tener que firmar la escritura pública, y luego ¿si el marido no quiere firmar?, he allí entrabada la acción de la mujer. Mi voto será en contra del artículo".

El doctor Mora López: "El artículo que acabamos de negar era un decreto para todos los matrimonios que existen ahora; el que se discute en este momento, no es sino para los matrimonios mal avenidos, a fin de que la mujer pueda separar, en cualquier momento, todos sus bienes de la sociedad conyugal. Esta es la gran reforma que se consigue en favor de la mujer, cosa distinta de lo que pretendía el artículo anterior, como era separar los bienes de todos los matrimonios. Luego el gran avance consiste en dar libertad a la mujer sin necesidad de que esté acudiendo al juez. Mi voto será favorable al artículo".

El señor Intriago: "Precisamente porque no es lo que dice el artículo que se negó, yo estaré en contra del que se discute, porque en éste no se separan de hecho y por el ministerio de la ley los bienes, caso en el cual la mujer no se hallaba expuesta a perder parte de éstos, para tomar después la medida de separarse en la administración, tal vez en momentos en que no necesita de la reforma. Según mi moción, la mujer quedaba perfectamente garantizada de todo despilfarro o mala administración por parte del marido; de consiguiente, quedando como queda el mismo peligro que se ha querido evitar, mi voto será contrario al artículo en debate".

El doctor Peralta: "El artículo es diferente: en el propuesto por el señor Intriago se imponía a la sociedad conyugal la separación de bienes, se trataba a los cónyuges como a cosas, se atacaba la autonomía de sus voluntades; en el artículo que se discute, presentado por la Comisión, se respeta

esa voluntad y se reconoce los derechos que como persona tiene todo ser humano. En esto estriba la diferencia, en esto consiste la nobleza de la disposición".

Terminado el debate y recogida la votación nominal, fue aprobado el artículo 1º del proyecto de la Comisión por trece votos afirmativos contra seis negativos.

En discusión el artículo 2º del proyecto de la Comisión, el doctor Peñaherrera expuso: "Una vez que hemos prescindido de las causales de separación de bienes puntualizadas por el Código Civil, en vista de que estas causales no podían crear sino nuevas dificultades, natural era que procuremos nosotros una forma más simple en que pueda llevarse a cabo la separación de los bienes; y esta forma es la escritura pública en que hará constar la mujer los bienes que excluye de la sociedad; procedimiento que no ofrece ninguna dificultad; pues la citación que se hace al marido es sólo para que lo sepa, y en ningún caso para que pueda presentar oposición".

Cerrada la discusión de este artículo, resultó aprobado; e igualmente lo fueron los artículos 3º, 4º y 5º del proyecto de la Comisión.

Se discutió el artículo 6º, cuyo texto es el siguiente: "Los actos y contratos que dos cónyuges celebren con perjuicio de los acreedores, podrán, además, rescindirse con arreglo a la disposición 2ª del Art. 2450 del Código Civil. Y la prescripción que establece la regla 3ª de dicho artículo será, en este caso, de cuatro años".

El doctor Peñaherrera dijo: "Este es un punto bastante grave y que ha de preocupar demasiado tan pronto como sea conocida la reforma. Se temerá que el marido que se halle comprometido en sus negocios celebre arreglo de transacción con la mujer, de tal modo que pasen a ella todos los bienes del marido, medida con la cual éste ha burlado intereses de terceros. Con tal motivo, me pareció a mí conveniente conceder para estos casos la acción rescisoria que tiene el Código Civil. Pero, quizás convendría más bien adoptar la idea que figuraba en el proyecto del señor Intriago".

La presidencia, para conseguir el acuerdo en este punto, concedió un momento de

Receso

Reinstalada la Cámara, el doctor Peñaherrera presentó como sustitutivo del Art. 6º del proyecto, el que se copia a continuación:

"Art. 6º—No obstante la separación, los cónyuges no podrán celebrar entre sí otro contrato que el de mandato; el cual será siempre revocable, sin que valga ninguna estipulación en contrario".

Aceptado el artículo precedente por la Comisión, y discutido por la Cámara, fue aprobado como sustitutivo del artículo 6º del proyecto.

En consideración el artículo 7º, fue aprobado.

En seguida, el doctor Peñaherrera observó: "quiero proponer a mis honorables colegas la adición de algo más. No hemos previsto el caso en que la mujer no aporte nada al matrimonio; pero como puede adquirir bienes en lo sucesivo, mediante su industria y trabajo, yo desearía darle también en este caso la facultad de administrarlos, si ella quiere, con independencia del marido. Hay mujeres pobres que son las únicas que trabajan, mientras sus maridos son unos holgazanes; y en este caso sería injusto que para el fruto de su trabajo la mujer no tenga la libre administración. Meditando este punto, he formulado un artículo que diga así:

Art. ..... "Los bienes que la mujer adquiera con sus capitales separados o con su trabajo o industria, serán administrados por ella; y se considerarán, respecto de terceros, como de propiedad exclusiva de la mujer".

En debate, el doctor Peralta dijo: "Esto puede dar lugar a fraude, porque bien puede suceder que pasen a poder de la mujer bienes del marido, en momentos en que éste quisiera burlar el pago a que esté obligado".

El doctor Peñaherrera: "Sí me he preocupado de esta dificultad, que es verdaderamente grave, aunque no tanto como se imagina el doctor Peralta. El hombre trampista, el que burla sus obligaciones y en poco estima su buen crédito, puede valerse de toda clase de medios para perjudicar a sus acreedores; de tal modo que tanto valdría el que no constara esta disposición como que ella conste. Entonces, el remedio está más bien en la prudencia de los acreedores, quienes deben tomar toda precaución para asegurar sus capitales; pueden ocurrir a la hipoteca, pueden buscar hombres honrados con quien contratar y que inspiren toda la confianza del caso, porque de otra manera al informal no le faltará medios para eludir el pago".

El señor Torres: "El caso que advierte el doctor Peralta tuviera razón de ser si el marido traspasara a su esposa los bienes del matrimonio; pero como esto le está prohibido, desaparece todo el temor que acaba de anotar"

El doctor Peralta: "Puedo contestar con facilidad el argumento del señor Torres. Efectivamente que en el proyecto se prohibe todo contrato entre marido y mujer; pero la prohibición no puede extenderse a que el marido traslade a manos de la mujer cantidades de dinero para el giro de sus negocios. Cierto que la ley se presta a mil fraudes, pero con este artículo abrimos las puertas a uno más".

El doctor Páez: "Sobre todo tengo para mí que se falsea de todo en todo el sistema del Código Civil, el cual dice que todo lo que a título oneroso adquieran los cónyuges pertenece a la sociedad conyugal. ¿Con esto qué sucede?, que los bienes adquiridos por la mujer van a formar su patrimonio particular, siendo así que son gananciales y que como tales entran al fondo común. Tampoco yo estaré por el artículo, una vez que se falsea el principio de la sociedad conyugal".

El doctor Peñaherrera solicitó que se suspendiera el debate hasta mañana, para cruzar ideas al respecto; pero como a esto se opusieron algunos Senadores, alegando que ya se había discutido lo suficiente, la Presidencia dio por terminado el debate, y ordenó se recogiera votación nominal, a petición del doctor Hidalgo. El resultado fue aprobar el artículo del doctor Peñaherrera por once votos contra diez.

Terminado este debate, quedó completamente aprobado el proyecto de **emancipación económica de la mujer casada**, en esta forma:

273.—Texto de la Ley aprobada por el Congreso Nacional de 1911

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,

Decreta:

Art. 1º—La mujer casada tendrá en todo tiempo el derecho de excluír de la sociedad conyugal el todo o una parte de sus bienes propios, para administrarlos independientemente, sin necesidad de alegar ni comprobar ninguno de los motivos determinados por el Código Civil para la separación de bienes.

En dicha administración, la mujer casada tendrá plena capacidad legal para todo acto o contrato, inclusive venta o hipoteca de inmuebles y comparecencia en juicio.

Art. 2º—Se hará constar de escritura pública los bienes que la mujer excluya de la sociedad conyugal; y si fueren raíces, la escritura se inscribirá en el Registro Cantonal respectivo, en un libro especial que llevará el Anotador.

Si el marido no interviene en la escritura, se le notificará el contenido de ella.

Art. 3º—Toda diferencia que entre los cónyuges se suscitare sobre entrega de los bienes de la mujer o sobre cualquier otro punto relativo a dichos bienes, se ventilará en juicio verbal sumario.

Art. 4º—El fallo en que se ordene la entrega de las especies o cuerpos ciertos que, perteneciendo a la mujer, existan en poder del marido, se ejecutará por apremio personal; y en

el que se condene al marido a pagar a la mujer cantidades de dinero, por embargo y remate de bienes, como en juicio ejecutivo.

Art. 5º—Las resoluciones judiciales o acuerdo privado respecto de los haberes de la mujer, no surtirán efecto respecto de treceros, sino en cuanto dichos haberes estuvieren comprobados en la forma o por los medios que el Código Civil determina al tratar de la prelación de créditos.

Art. 6º—No obstante la separación, los cónyuges no podrán celebrar entre sí otro contrato que el de mandato; el cual será siempre revocable, sin que valga ninguno estipulación en contrario.

Art. 7º—Las reglas del inciso segundo del Art. 1º y de los artículos 3º, 4º, 5º y 6º se aplicarán también a los casos de separación de bienes, obtenida conforme al Código Civil o de divorcio con subsistencia del vínculo conyugal.

Art. 8º—Los bienes que la mujer adquiera con sus capitales separados o con su trabajo o industria, serán administrados por ella; y se considerarán respecto de terceros, como de propiedad exclusiva de la mujer.

Dado, etc.....

274.—Agregación de 1912 y Edición de 1918

La Legislatura de 1912 agregó al artículo final dos incisos que dicen:

A la mujer casada que exprese hallarse en el caso del inciso anterior, al tiempo de celebrar, por escritura pública, contratos de adquisición, o de cualquier otra clase, no se le exigirá la intervención del marido, ni la presentación de documento habilitante alguno.

"Podrá asimismo, enajenar libremente los bienes adquiridos conforme a este artículo; y, durante la sociedad conyugal, el marido no podrá disponer de ellos".

Y la Academia de Abogados, comisionada por Decreto de la misma Legislatura, para hacer, de acuerdo con la Corte Suprema, la revisión y nueva edición de los Códigos de la República, incorporó esa ley en el Código de Enjuiciamiento, dividiendo la Sección XV del Título II en dos párrafos, el uno sobre el juicio de separación de bienes, fundado en causales o en divorcio, según el Código Civil, y el otro para la ley de exclusión de 1911, con la agregación susodicha de 1912.

Hay en esa ley una parte sustantiva y otra adjetiva, combinadas; y así, cabía muy bien incorporarla en el Código de Enjuiciamiento, como se la incorporó, cuando se hizo la revisión y nueva edición del Código Civil.

275.—Principios y fines trascendentes: Esbozo histórico

En líneas anteriores hemos esbozado una relación suscinta de los principios económicos de la sociedad conyugal. Nos referiremos aquí a otros aspectos de la misma.

Nuestro codificador se apartó del aspecto económico o comercial que en sí encarnaban los matrimonios por muchas costumbres antiguas legadas por la tradición a legislaciones modernas del extranjero, e inspirándose en principios de ética idealista, lo buriló bajo formas adecuadas a nuestra modalidad y modo de sentir, consagrado por nuestro medio ambiente. Analizando uno de los aspectos de las donaciones antes del matrimonio hechas por la mujer al marido, costumbre que como luego veremos, data de las primeras leyes romanas, no significaba otra cosa que la compra del hombre por la mujer, en pueblos que nacían pensando y obrando bajo añejas tradiciones, ya que, como sucede en muchas naciones de Europa, todo está regulado y condicionado al interés y a la comercialidad, haciendo desaparecer una de las cualidades o más bien, virtudes humanas que es el idealismo y sentimentalismo, principio que debe anidar como esencialidad en los corazones humanos, cuya fuerza emotiva debe ser la impulsora virtud para el matrimonio.

276.—Derecho Comparado

Roma, no obstante considerarlo como un acto sacramental y sagrado al matrimonio, en su unión idealista reconocía este acto jurídico como una expresión de sentimentalismo y pureza, empero considerando siempre el concepto guerrero que tenía el pueblo, del hombre, en todos los actos de la vida, al cual tenían como amo y señor, dueño de vidas y haciendas, rompía ese principio sentimental del matrimonio, con lo material, debido a la supeditación que hacían de la mujer en la dependencia de bienes y dotes en la sociedad conyugal.

Era obligación en los matrimonios romanos, sobre todo en la gente patricia, que los padres para casar a sus hijas o parientes o amigos de la desposada, le hicieran una dote nupcial que pasaba a ser pertenencia del marido. Era también el marido administrador de los bienes de la mujer; en consecuencia, estaba en sus manos y podía disponer a su antojo todo el patrimonio de la mujer. Dentro de esta situación, los malos maridos despojaban a las mujeres de sus fortunas cuando tenían bienes propios, y con la dote era el negocio comercial, con lo cual se compraba al marido.

Hubo una época en que los romanos, al igual que en muchas partes en la actualidad, hicieron y hacen uso y abuso del ejercicio del divorcio, situación que les permitía practicar el despojo patrimonial de la mujer; debido a esta situación, para repartir los bienes propios y gananciales que le pudieran corresponder, se creó una ley de garantía tácita hipotecaria sobre los bienes del marido, asegurando así la situación económica de la mujer.

277.—España

Las leyes de partidas encauzaron las dotes patrimoniales dentro casi de los mismos moldes del derecho romano. Pasan más tarde dichas disposiciones legislativas al Consejo de Indias, que era el que imponía en las colonias españolas las leyes que debían regir, pasando a nosotros, entonces colonia española, el régimen dotal que preceptuaba la ley de partidas.

Como en España no existía el divorcio absoluto, esto impedía en gran parte el abuso en el apoderamiento de los bienes de la mujer por el marido, y también de la dote. Los grandes jurisconsultos y tratadistas Mercadé y Goyena, españoles, fueron los que más influyeron con sus doctrinas, en las últimas épocas antes de la expedición de nuestro Código Civil para la modificación de las convenciones dotales y patrimoniales de la sociedad conyugal.

Empero recibimos como legado en la creación de nuestro Código Civil, mucho de la legislación española, en cuanto a lo patrimonial y administración de la sociedad conyugal, y si bien es cierto que no se impone la exigencia de la dote entre los cónyuges, como muchas legislaciones de otras naciones, nuestra ley le daba al marido la amplia atribución de todos los bienes del matrimonio, negándole a la mujer derechos para ejercer este acto, sin autorización del marido o del juez. La mujer no podía estar en juicio si no tenía expresa autorización marital o del juez. No podía celebrar contrato o desistir de éstos, ni adquirir bienes o acciones por título oneroso o lucrativo; ni enajenar ni obligar sus bienes, ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación a su favor. De estas disposiciones que sólo son algunos de los frenos que la ley le imponía a la mujer en la sociedad conyugal, sin estudiar los demás preceptos que siguen a los citados, demuestra evidentemente que la mujer en el matrimonio venía a ser en cuanto a sus bienes, el ente mudo y ciego para sus bienes, así el marido los despilfarrara.

Tratando el legislador ecuatoriano de emancipar económicamente a la mujer dentro de la sociedad conyugal, e inspirándose en leyes de evolución progresista y moderna, expidió la **ley de exclusión de bienes, llamada de emancipación económica de la mujer casada,** que liberó a la esposa del sostenimiento a que estaba sojuzgada en cuanto a sus bienes en el matrimonio por el marido.

278.—Inglaterra

En esta nación como en las demás que conformaban la federación del Norte, el marido era el administrador legal de los bienes de la esposa, empero cuando la mujer quería privarlo de que siguiera administrando por no hacerlo correctamente en los bienes dotales, la ley autorizaba al juez para quitarle ese derecho al marido. En cambio, como ya hemos dicho, en otras naciones se exigía la hipoteca de los bienes del esposo para responder a la mujer de cualquier acto incorrecto que hiciere en los bienes de ésta.

279.—Alemania

En esta nación se implantó legalmente la comunidad de bienes en la sociedad conyugal; por la ley no se exigían las convenciones dotales. Contrariamente a los que siguieron la ley romana, sólo se permitía que el esposo hiciera donaciones a la mujer y eso dentro de limitaciones que la ley fijaba.

280.—Francia

Esta legislación tomó parte del derecho romano y del germánico en cuanto a la dote y régimen del patrimonio de la sociedad conyugal, en la forma siguiente:

a) La imposición dotal librada a la voluntad de los contrayentes, vale decir, no hay imposición, como en el derecho alemán.

b) La convención pre-nupcial puede hacerse bajo las siguientes condiciones legales según los contrayentes lo dispongan. Estas son: 1º—Poner los bienes en común para que el esposo los administre; 2º—La no comunidad de bienes cuyo estatuto lo imponen las partes en el contrato social; 3º—La separación de bienes, rigiendo en igual forma que en el caso anterior el estatuto de éstos, y 4º— La no estipulación por el contrato pre-nupcial para este caso establece el art. 1400 que se regirá por la reglamentación del Código Civil. Actualmente rigen estas normas, que después de muchas evoluciones se consagran en el primitivo derecho francés, napoleónico.

281.—El régimen matrimonial de separación de bienes

El matrimonio produce la más fuerte unión que se pueda concebir entre dos personas de distinto sexo, que se unen indisolublemente (al menos en la intención, aun en los países de divorcio vincular) para la íntegra realización de sus vidas en común, procreando y auxiliándose y socorriéndose mutuamente.

A esa unión concurren dos personas con su plena capacidad para ello y dos patrimonios o posibilidades de patrimonios.

Y a la comunidad de vida resultante de aquella unión han de producirse dos efectos: a), una ordenación personal de dirección o jefatura que la Naturaleza y la ley atribuyen al varón; y, b), una ordenación económica de los bienes como medios para el cumplimiento de los fines personales de la unión.

Esta ordenación, que puede parecer independiente de aquélla, está verdaderamente a ella subordinada por la naturaleza de las cosas, es decir, por "cualidad", aunque la "cantidad" o alcance de la subordinación varía de unos medios sociales a otros, de unos a otros ordenamientos jurídicos.

Supuesta la subordinación personal de la mujer al marido y su consiguiente dependencia económica, en mayor o menor grado, la ordenación patrimonial del matrimonio parece que, en principio, ha de ser libre, para que los contrayentes lo hagan ajustando el régimen a su caso, necesidades y circunstancias concretas; pero admitida esta libertad de principio, como no puede imponerse ni suponerse en todos los que se casan unos especiales conocimientos y previsión, a la ley corresponde establecer impositivamente un régimen general supletorio.

A una comunidad personal de vida corresponde, en principio, una comunidad económica. Lo más natural parece ser, pues, que al matrimonio acompañe un régimen de comunidad (de muebles y adquisiciones, como en Francia, o de gananciales, como en el régimen común predominante en países de América).

Y como el matrimonio no es retroactivo, la comunidad tampoco tiene por qué serlo: los bienes de que los contrayentes son titulares al casarse no han de comunicarse, salvo pacto, porque sus vidas se comunican sólo desde aquel momento y para el futuro.

Esta lógica es la que ha hecho que el régimen de comunidad absoluta esté tan poco extendido.

Tal es el orden que se refleja en el Art. 1768 del Código Civil patrio, a cuyo tenor:

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

"A falta de pacto escrito, añade el artículo 1771, se entenderá, por el hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este Título".

Pero si los cónyuges, acogiéndose a la posibilidad de capitular su régimen económico, se limitaron a excluír la comunidad ganancial, la ley, recogiendo la realidad general de que el marido, no sólo es la cabeza o jefe del hogar, sino que a él compete y sobre él pesa la carga del matrimonio, afecta los bienes de la mujer al levantamiento de estas cargas, **vinculándolos directamente a la jefatura del marido** mediante el segundo régimen supletorio: el **dotal**, que no se debe confundir con la **dote**, porque mientras ésta es un capital formado por un bien o un grupo de bienes, voluntaria y especialmente afectado, el **régimen dotal comprende el patrimonio íntegro de la mujer**, presente y futuro, bien por pacto, bien por disposición supletoria de la ley (fundada en una presunción de voluntad o criterio subjetivo o directamente por mandato o criterio objetivo), bien por imposición legal, cuando no se acepta más que este régimen.

Frente al sistema de comunidad, correlativo a la comunión de vida, el régimen dotal realiza la correspondencia entre la economía y el poder marital.

En un tercer escalón está el régimen de separación de bienes: ni hay comunidad ni vinculación. A ésta, que supone una afección real, sucede un vínculo meramente obligacional.

La mujer es dueña y administradora: como dueña casada tendrá subordinación a su marido en los actos dispositivos; como administradora casada percibirá y tomará los rendimientos de sus bienes, con la obligación de contribuir "a las necesidades de la familia común, en proporción de sus facultades" (Art. 202 del Código Civil vigente).

Y en este sentido hemos de unirnos a los que piensan, como Rogín y otros, que el régimen matrimonial de separación de bienes no es tal régimen, sino esa obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio, que no nace de la capitulación (que, a lo más, podrá señalar el módulo de la proporción), sino directamente de la ley, por el hecho y la razón del matrimonio.

Creen otros autores que se trata de un verdadero y propio régimen, porque no deja de haber comunidad de vida, unos gastos comunes y una gestión del hogar por parte de la mujer.

Pero tales consideraciones carecen de significación, porque son aspectos o consecuencias de un ámbito distinto, derivado del hogar común bajo la jefatura del marido, y que merece una consideración previa y especial, preparatoria de la comprensión del problema general de la separación de bienes.

282.—Relaciones económicas del hogar común

La jefatura doméstica del marido está consagrada de un modo general en el inciso 2º del Art. 157 del Código, según el cual "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido".

Pero son cosas distintas la administración de la casa (en lo que ni los padres ni los tutores se pueden inmiscuir) de la administración y gestión de los bienes que constituyen el patrimonio de los cónyuges, que nada tiene que ver con la potestad marital y sí con la teoría general de la capacidad de obrar de las personas.

Con la contribución proporcional al sostenmiento de las cargas matrimoniales se forma un capital de gasto o consumo, un **fondo de maniobra** (empleando una terminología que nos parece muy expresiva), al que hay que contraer el poder doméstico intrínsecamente marital.

El marido concentra en sus manos los ingresos necesarios para la vida común, y con ellos atiende y ordena los gastos de la familia.

La mujer ni los ordena ni los atiende, aunque los cause en el ejercicio de la gestión económica de la casa, a ella naturalmente encomendada y de la que no se le puede privar.

Dentro de la ordenación general de los gastos familiares, que corresponden exclusivamente al marido, la mujer puede realizar con plena eficacia externa los que se refieren a las compras al fiado "de objetos destinados al consumo ordinario de la familia" (inciso 2º del art. 172 del Código Civil).

Esta eficacia externa de la actuación jurídica de la mujer en ese ámbito impone al marido la consecuencia de la responsabilidad: las deudas por aquella contraídas por razón de tales cosas obligan al marido y se harán efectivas sobre sus bienes.

La doctrina se ha esforzado en determinar la verdadera naturaleza jurídica de la facultad que el art. 172 del Código civil concede a la mujer, siendo la tesis más extendida la que ve aquí un **mandato tácito del marido.**

Frente a su marido la mujer tiene, en la esfera de su actuación doméstica, facultades de representación y de gestión. Está obligada legalmente a ello, y puede reclamarle las cantidades necesarias.

Frente a los terceros puede obrar en su propio nombre o en el de su marido. En el primer caso el contratante sólo puede accionar contra la mujer. En el segundo, exclusivamente contra el marido; pero siempre a condición de que el negocio entre en la comptencia doméstica de la mujer; si obra más allá de esos límites debe probarse la autorización marital.

La relación de matrimonio en vida normal de cohabitación crea una situación en la que los terceros que contratan habitualmente, como proveedores de cosas, con mujeres casadas han de ver un punto decidido de apoyo para la seguridad de los múltiples y diarios contratos que con ellas celebran.

No puede exigirse a estos comerciantes que investiguen la aprobación o reprobación marital en cada caso de venta de telas, comestibles y objetos domésticos, que el uso admite como del consumo ordinario de la familia.

Es algo semejante al poder, de contenido legal, que el Código de Comercio atribuye al **factor mercantil,** que obliga a su principal en los contratos que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento.

Así como la notoria pertenencia de un factor a un establecimiento o empresa comercial le inviste legalmente de las facultades representativas correspondientes al tráfico del negocio, la notoriedad del hecho del matrimonio, o al menos de la vida matrimonial, faculta a la mujer para actuar jurídicamente a nombre de su marido, obligándole en los contratos que celebre en su propio tráfico, que es el de provisión y regulación del "consumo ordinario de la familia".

Aclarado este punto, se ofrece una nueva cuestión.

Se plantea el problema de saber si la teoría del mandato doméstico puede ser mantenida en caso de separación de hecho, ya que no puede presumirse que el marido haya conferido mandato a su mujer toda vez que hay una ruptura de relaciones matrimoniales. Se dice que las deudas contraídas por la mujer casada separada de hecho de su marido no son deudas de éste, aunque estén causadas por razón de consumo ordinario, porque no la ha sido para la familia, entendiendo por tal la convivencia en hogar (aunque la mujer siga siendo "familia" de su marido).

En el aspecto matrimonial nos parece indudable que, en el caso de separación de hecho, se ha destruído la apariencia de matrimonio, aunque éste subsista como vínculo; pero ha desaparecido la "familia", para cuyo consumo ordinario puede contratar la mujer con repercusión en su marido.

En el aspecto personal es indudable también que la incapacidad de la mujer para "adquirir por título oneroso..... y obligarse" sin licencia marital, no se refiere a estas pequeñas adquisiciones onerosas y obligaciones propias del aprovisionamiento ordinario de una casa (que la no será la casa de la familia, sino la suya particular).

Por ello la mujer casada y separada de hecho no ofrece la apariencia que justifique la represcusión de tales obligaciones en su marido, a quien no representa ya como jefe de la casa; pero si tiene propia y personal capacidad para adquirir por sí y obligarse por sí misma, porque ello es absolutamente necesario para su vida ordinaria, y sería obsurdo exigir a la mujer para tal contratación (imprescindible para la satisfacción de sus necesidades) una expresa y concreta autorización marital.

El bienestar de los esposos, las relaciones de las familias, la suerte de los hijos, las garantías de los extraños que en el comercio de la vida tienen que celebrar contratos con el marido o la mujer, el presente y todo lo por venir, he ahí lo que comprende esa carta del hogar doméstico; toca a todo lo que hay de más esencial y vital en el estado y en la familia; el crédito y la prosperidad no pueden dar un paso sin ir a parar a ella.

Un punto de importancia hemos de tratar ahora, como complemento de este apígrafe ¿es embargable el usufructo del marido sobre los bienes de su mujer, según nuestro Código Civil?

Para proceder con método, conviene hacer, ante todo, una ligera exposición, para fijar la base de la cuestión, de las relaciones de marido y de mujer, y de la idea legal de usufructo; esto es, de la sociedad conyugal bajo todos los puntos de vista posibles, en sus relaciones con ella misma, con sus socios individualmente considerados y respecto de terceros, a fin de determinar el modo y forma en que acreedor de ella o de cualquiera de sus socios debe ser cubierto de sus créditos, y sobre qué bienes puede éste ejercitar su acción.

Las relaciones del marido y mujer están perfectamente deslindadas en nuestro Código Civil durante la sociedad conyugal. Estos, no solo tienen las obligaciones morales que les impone el art. 155, sino que por el solo hecho del matrimonio se contrae una sociedad de bienes entre los cónyuges, que se compone de aquellos que determina el art. 1778. Existen, por lo

tanto, en esta sociedad, como en toda otra, relaciones mutuas entre sus socios; pero no con terceros, que únicamente tienen que entenderse con el marido, y a veces con la mujer, en sus respectivas transaciones. Ahora bien, teniendo dicha sociedad los bienes designados en el art. 1.778 entre los que se hallan comprendidos los "frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio"; y siendo el marido el administrador de la sociedad en su estado ordinario, según el Art. 1801, tiene por consecuencia lógica que ser con respecto de terceros el único usufructuario de éstos y de los demás bienes sociales, porque en cuanto a ellos no tiene existencia la sociedad.

Fijados estos puntos, analicemos la cuestión.

283.—¿Es embargable el usufruto del marido sobre los bienes de la mujer, según nuestro Código Civil?

Un acreedor del marido ¿puede embargar el usufructo que éste tiene sobre los bienes de su mujer?

Hemos visto que el haber de la sociedad conyugal se compone, entre otras cosas, de los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio. Esta, según la parte 2ª del Art. 1792, es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o por la mujer con su autorización o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. La sociedad, continúa el mismo artículo, es obligada también, con la misma limitación, al gasto de toda fianza, prenda o hipoteca constituída por el marido. El inciso siguiente añade que también es obligada a pagar "las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello".

Según estos artículos, los frutos deben concurrir al pago de las deudas de la clase que hemos señalado, pudiendo, en consecuencia, embargarse.

Más aun, el Art. 1802, comprendido en el párrafo **De la administración ordinaria de la sociedad**, establece textualmente lo que sigue: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad

los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste, como los bienes sociales, sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad, o la sociedad al marido".

También, como se ve por este artículo, los acreedores del marido pueden embargar los bienes sociales para satisfacerse de sus créditos; y habiéndose determinado que los frutos, según la parte 2ª del Art. 1778, forman parte del haber social, se deduce que el usufructo del marido sobre los bienes de su mujer es embargable.

De manera que siempre, según estos artículos, que en la sociedad de bienes entre marido y mujer se trate de deudas del marido, pueden sus acreedores hacerse pago con los bienes sociales, o bien sea con aquellos frutos de los bienes de la mujer que forman parte de la sociedad, teniendo, por lo tanto que embargarse el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer.

Antes de continuar en esta cuestión, haremos presente que pudiera objetarse que las citadas disposiciones permiten el pago de las deudas del marido con los bienes sociales, o bien, con los **frutos** de estos bienes, que también forman parte de la sociedad, y que de ninguna manera tratan ellos del pago que pueden hacerse los acreedores con el **usufructo** de dichos bienes, que es distinto de **frutos.**

Ahora se ofrece lo que los expositores de esta cuestión llaman contradicción entre el principio sentado y lo dispuesto en el Art. 2482, y en la parte última del 2483, del título **De la prelación de créditos,** que disponen textualmente lo siguiente: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1671"; y "no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre de familia.....".

Contradicción evidente, se dice, en nuestra Legislación, y para salvarla se han expuesto teorías como la de clasificar en abstracto las ideas que comprende el usufructo: la de administrar y gozar de la cosa. Por una parte, en el título **De la sociedad conyugal** ya analizado, se dispone que el usufructo de que se trata sea embargable, y por la prsente, se establece lo contrario; y para salvar esta contradicción (que en realidad no es más que aparente), se hace del usufructo una clasificación excelente en teoría, pero que en el caso actual no puede tener aplicación práctica ninguna, diciendo que es embargable el goce de la cosa, o bien sea, los frutos, y que no tiene cabida el embargo en la administración de la cosa, o bien sea, la segunda idea, del usufructo.

Pero, como lo tenemos dicho, esto no es sino una abstracción del Derecho, porque nadie quiere administrar por el placer de administrar, para que otro goce de la cosa. Otros han querido salvar esta aparente contrariedad con el beneficio de competencia, estableciendo por vía de equidad cuando los bienes son demasiado exiguos, y permitiendo el embargo completo de dicho usufructo, cuando él puede sobrellevar con desahogo las cargas de la familia.

Expliquemos, pues, cuál es el verdadero alcance en nuestro concepto de estas disposiciones, y el por qué se ha dispuesto en el título **De la sociedad conyugal** el embargo de este usufructo, y en el **De la prelación de créditos** se le ha exonerado de este gravamen.

De la misma exposición antedicha puede ya deducirse la razón. Efectivamente, es preciso tener presente que el Art. 1802, que dice: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formase un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste, como los bienes sociales; sin perjuicio de los **abonos o compensaciones** que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido", se refiere al caso de la administración ordinaria de la sociedad conyugal, es decir, cuando ésta tiene bienes suficientes para sobrellevar las cargas que se imponen a ambos cónyuges, y para colocar entre las cosas no embargables, en este estado extraordinario de quiebra, a más del usufructo en cuestión, el del padre de familia sobre los bienes de su hijo y los derechos de uso y habitación, y se verá que las mismas consideraciones que militan para el primero, existen para los otros. En efecto, en el estado ordinario de las relaciones pecuniarias de padres e hijos, cuando ambos tienen bienes, los acreedores pueden embargar el usufructo del padre de familia sobre los bienes del hijo, siguiendo la regla general; pero, por la razón de equidad ya indicada, no permite el embargo en el caso de quiebra del padre, porque el hijo tal vez no tendrá como alimentarse a pesar de tener bienes propios. Las mismas consideraciones militan con los derechos reales mencionados.

En resumen, el usufructo del marido sobre los bienes de su mujer es embargable en el caso ordinario de la sociedad conyugal, cuando ambos tienen bienes para hacerse las debidas compensaciones; y no es embargable en el estado extraordinario de la misma sociedad por la insolvencia del marido, cuando no puede compensar y no queda otro arbitrio que consulte la equidad y salve el principio de garantía de los bienes de la mujer en el matrimonio.

284.—De la separación de los bienes de los cónyuges, y de su administración por la mujer durante el matrimonio

En el estado normal del matrimonio pesan sobre la sociedad conyugal los gastos del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda carga de familia; y como el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, a más de sus bienes propios; y es respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si éstos y esos bienes propios formasen un solo patrimonio, toca directamente al marido, es decir, al padre de familia satisfacer las expensas de mantenimiento, educación y establecimiento de los hijos.

El primer objetivo de la sociedad conyugal que se establece entre los cónyuges por el hecho del matrimonio es la satisfacción de los gastos comunes. El segundo es realizar economías, en lo que sea posible y mejorar de este modo la situación pecuniaria de la familia. Bajo el régimen de la comunidad de bienes, el fondo común está precisamente constituído en manos del marido que disponga de él como dueño, con afectación especial a este fin; y él debe satisfacer las cargas de familia con las entradas de los bienes y los productos del trabajo, imputándose, por lo tanto, las expensas a los gananciales. Por otra parte, los bienes que la mujer ha podido aportar al matrimonio han entrado también bajo su administración y tiene sobre ellos el usufructo que se le otorga por la ley para ayudarlo precisamente a la satisfacción de todos los gastos comunes del matrimonio; de modo que todos los recursos de que la madre podría disponer para atender a la crianza, educación y establecimiento de sus hijos están en poder del marido y es natural que sea él quien deba hacer frente a todas esas expensas.

Pero cuando en los matrimonios se presentan situaciones anómalas, es preciso que se adopten medidas legales para solucionar las dificultades de la gestión económica del matrimonio.

Nuestro Código civil provee a ellas con dos medidas: la exclusión de bienes y la transferencia a la mujer de la administración de la sociedad conyugal.

La exclusión de bienes está contenida en el Art. 195:

"La mujer casada tendrá, en cualquier tiempo, el derecho de excluír, de la sociedad conyugal, el todo o una parte de sus bienes propios, estén o no formando parte del haber social, para administrarlos independientemente, sin necesidad de alegar ni comprobar ninguno de los motivos determinados por este Código para la separación de bienes".

Podíase, en una anterior etapa de las leyes vigentes, procederse a modificar de cualquier modo la normalidad del estado social del matrimonio, ya por medio de los convenios prematrimoniales (capitulaciones), ya por la sentencia de simple separación de bienes, ya por la que declaraba la separación de los cuerpos y los bienes sin ruptura del vínculo matrimonial (el antiguo divorcio, restablecido por la reforma legislativa de 15 de septiembre de 1958).

Pero, en desuso de las capitulaciones matrimoniales (en las que no sería posible, desde luego, pactar un régimen total de separación), las otras dos maneras de modificar el sistema social han quedado prácticamente sin efecto, desde que fue admitida la que hemos llamado "emancipación económica de la mujer" y entró en la ley y las costumbres el divorcio vincular.

La emancipación, medio fácil de obtener ahora, por simple declaración auténtica de la mujer, lo que antes no se obtenía sino después de un juicio en que la materia discutida era la ineptitud del marido administrador, tiene en sí una eficacia de que aun las capitulaciones carecen.

Fue, sin duda, un paso de progreso, la trascendental reforma que implantó el régimen económico-matrimonial más "feminista", o que realzó más la personalidad o independencia de la mujer; más se debe reconocer que con ello no se resolvió sino la mitad del problema.

No se llegará a suplantar con arbitrios de ley la única y eterna clave del éxito martimonial que es la conformidad de los caracteres y, como resultado, la concordia. Así como es digno de alabanza todo lo que tiende a sostenerla, es ilusorio lo que tiende a restablecerla, una vez que se perdió. Quedaba entonces el hacedero programa de organizar separadamente el bienestar de los desavenidos y lo primero era igualar su situación jurídica. Bien se nos alcanza que, en la mayoria de los casos, las emancipaciones convienen más al marido que a la mujer que las hace y muy poco a terceros que con el marido contrataron. Pero era justo que se concediese al marido el mismo derecho que se había otorgado a la mujer, y el Decreto Legislativo de 25 de Octubre de 1956 así lo hizo.

Las desigualdades naturales, es cierto que no se igualan con leyes, pero no es menos cierto que, dada la hipótesis de la institución, no quedaba otra solución que la de establecer igualdad de derechos entre los cónyuges.

Verificada la exclusión de bienes, se está en el caso de determinar sus importantes efectos civiles, que pueden clasificarse, para su mejor comprensión, en comunes a ambos cónyuges, especiales respetos de los bienes del marido, de los de la mujer y de los terceros.

285.—Efectos comunes

En la exclusión de bienes no se interrumpe la vida común entre los cónyuges y su familia; pero como la sociedad conyugal se ha disuelto y la mujer ha recuperado la administración de sus bienes, debe ella ayudar al marido a proveer a las necesidades de ambos y de sus hijos. "En estado de exclusión de bienes o en el de separación conyugal judicialmente autorizada, dice el Art. 202, ambos cónyuges proveerán a las necesidades de la familia común, en proporción de sus facultades. El juez, en caso necesario, reglarará la contribución de cada cónyuge".

Claro es que desapareciendo por la exclusión de bienes el fondo común de la sociedad de gananciales, al cual está remitida como carga el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes, no cabe otra solución que la que el Código emplea de atribuir el levantamiento de estas cargas a los bienes particulares del marido y de la mujer con un criterio proporcional a la cuantía de su patrimonio respectivo; pero es más fácil formular esta regla en tales términos, que verla cumplida sin dificultades de ejecución. ¿Cómo se regulará, en efecto, esta proporción en las imputaciones a las facultades de cada cónyuge para el sostenimiento de las cargas de familia, y en forma tal que no se produzcan desarmonías y entorpecimientos en la práctica de la vida familiar? Si el precepto se ha de cumplir tal como está escrito, no basta consignarlo en el articulado del Código y dejarlo sin desarrollos que hagan su efectividad difícil o de práctica perturbadora para el cumplimiento de los mismos fines de su aplicación.

Habrá que estar, pues, a las reglas generales de las relaciones familiares, o sea a los derechos que a los cónyuges corresponde en una sociedad disuelta de hecho, pero con apariencias de vida legal.

A la formación del capital de gasto necesario para el sostenimiento del hogar han de contribuir, según la disposición citada, ambos cónyuges proporcionalmente (a sus ingresos, habrá que entender, y no a una proporcionalidad valorativa de bienes, porque éstos no se deben consumir, sino sus rentas).

La mujer puede tener bienes o puede ejercer actividades remuneradas. El marido, jefe doméstico, es acreedor de su mujer por la parte que ésta deberá proporcionalmente aportar (los tratadistas franceses emplean a este respecto una expresión muy gráfica: dice que "se considera que la mujer está hospedada en casa del marido").

Otro efecto legal, en esta materia, es el de que, a tenor del Art. 200, los cónyuges, no obstante la exclusión, no podrán

celebrar entre sí otro contrato que el de mandato, exceptuándose solo el caso de venta forzada de los bienes de cualquiera de ellos; sin duda porque en el orden de las relaciones personales la consideración legal de unidad de persona entre los cónyuges existe lo mismo con exclusión de bienes que sin ella, mientras el matrimonio no se disuelve o anula.

Respecto de la incompatibilidad contractual entre los cónyuges, se declara en el Art. 201 que "las resoluciones judiciales o acuerdos privados, respecto de los haberes de la mujer, no producirán efecto contra terceros, sino en cuanto dichos haberes estuviesen comprobados en la forma o por los medios determinados en el Título **De la prelación de créditos**".

Complementan esta doctrina de efectos civiles de la exclusión de bienes **comunes** a ambos cónyuges, los siguientes:

1º—El de que si el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, el cumplimiento de la obligación toca al padre sobreviviente. "Muerto uno de los padres, dice el Art. 248, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, corresponderá al sobreviviente, en los términos del inciso final del precedente artículo".

La muerte de uno de los padres ha producido, con la disolución del matrimonio, la terminación de la sociedad conyugal y los hijos han pasado a ser herederos del padre o madre fallecido.

La obligación de proveer a las expensas necesarias para la crianza, educación y establecimiento de los hijos, supone que éstos carecen de recursos para ello. En efecto, salvo casos extraordinarios, los hijos carecen durante la vida de ambos padres, de bienes personales y son, o niños que no pueden valerse por sí mismos o adolescentes que no pueden proporcionarse con su trabajo los recursos necesarios, ya que ni aun en las clases populares pueden ser ocupados en fábricas o talleres los menores de catorce años y que no hayan cumplido con la obligación escolar.

Con la muerte del padre o de la madre, de quienes son asignatarios forzosos en razón de legítima, los hijos adquieren bienes; y esta nueva situación tiene que influir en la manera cómo el padre o la madre sobreviviente debe satisfacer la obligación que tiene en orden al pago de las referidas expensas.

Vamos a analizar separadamente el caso de muerte del padre y el caso de muerte de la madre.

Si ha muerto el padre, los hijos quedan sometidos a la potestad de la madre, pero como les pertenecen los bienes que heredan del padre, es natural que los gastos de establecimiento sean satisfechos con los frutos de los bienes que han heredado de su padre o de los que pertenecían y su padre usu-

fructuaba en virtud de la patria potestad, que ahora pertenece a la madre. La posesión y goce de aquellos bienes, que constituyen la mitad de los gananciales de la sociedad conyugal, fuera de los bienes propios que el padre pudo haber aportado al matrimonio, representa un capital suficiente, en las condiciones de la respectiva familia, para el establecimiento de los hijos.

En cuanto a los gastos de crianza y educación, la madre estará obligada siempre a satisfacerlos, pero si careciese de recursos suficientes podrían sacarse también de los bienes del hijo que caen bajo su potestad o que ella tuviera fuera de la patria potestad.

Si quien ha fallecido es la madre, los bienes del hijo quedan sometidos al usufructo legal del padre, y sólo excepcionalmente podrá el hijo tener bienes independientes.

El padre tendrá, por lo tanto, que satisfacer todos los gastos de mantenimiento, educación y establecimiento del hijo, porque el hijo no tendrá bienes personales de que poder disponer, salvo los que formen su peculio adventicio extraordinario y los de su peculio profesional o industrial. Los primeros no existen sino en casos excepcionales, y los segundos, tratándose de un hijo que está educándose, generalmente no existirán tampoco o serán muy insignificantes para poderlos tomar en cuenta en la contribución al pago de las expensas de mantenimiento, educación y establecimiento del hijo. El padre tendrá que satisfacerlos en su totalidad en cumplimiento de la obligación que tiene como padre e independientemente de toda situación pecuniaria del hijo.

2º—Que en todo divorcio la mujer que carece de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del marido, salvo el caso de que el divorcio que disuelve el matrimonio se declare o se hubiese declarado por cualesquiera de las causas determinadas en el Art. 132 y de que hubiere resultado responsable la mujer por su culpa.

Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, sólo tendrá derecho al complemento.

Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad con el marido.

El divorcio de los padres no modifica, desde luego, las obligaciones que ellos tienen respecto de sus hijos, las que no proceden, como hemos dicho, del matrimonio, sino del hecho de la generación.

La legislación española imponía al cónyuge culpable de divorcio la obligación de costear él solo la crianza y educación de los hijos.

Efectos especiales

Se refieren a los derechos del marido y de la mujer, y, en general, a la situación jurídica de los cónyuges respecto de los bienes. Los efectos especiales de la exclusión, son:

a) Cesa la incapacidad de la mujer, proveniente de su estado civil de casada y queda en la misma capacidad legal que si fuera soltera;

b) Los bienes que la mujer hubiere excluído asi como los frutos de ellos y los nuevos bienes que adquiriere en su administración separada, o con su trabajo o industria, serán administrados libremente por ella y le pertenecerán en propiedad exclusiva, sin que el marido tenga derecho a gananciales en ninguno de estos bienes ni en sus frutos;

c) Respecto de los bienes a que se refiere el acápite anterior, la mujer no necesita de la autorización del marido para los contratos relativos a la enajenación de dicho bienes, y el marido no podrá disponer de ellos;

d) Si la exclusión fuere de todos los bienes, comprenderá, sin necesidad de nuevo instrumento, los que la mujer adquiera posteriormente, a cualquier título;

e) En caso de exclusión de bienes, cualquiera de los cónyuges puede demandar en juicio verbal sumario,, la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma. Decretada la disolución conyugal, se procederá a la división y adjudicación de sus bienes en la forma común.

Para el caso de **interdicción** del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, la mujer que hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal, administrará con iguales facultades que el marido, y podrá, además, ejecutar, por sí sola los actos para cuya legalidad es necesario al marido el consentimiento de la mujer. Pero no podrá, sin autorización especial del juez, previo conocimiento de causa, enajenar los bienes raíces de su marido, ni gravarlos con hipoteca, ni hacer subrogaciones en ellos, ni aceptar, sino con beneficio de inventario, una herencia deferida al marido.

Todo acto en contravención a tales restricciones será nulo, y le hará responsable en sus bienes, de la misma manera que el marido lo sería en los suyos, abusando de sus facultades administrativas.

La mujer administradora podrá dar en arriendo los bienes del marido, y éste o sus descendientes estarán obligados al cumplimiento del arriendo por un tiempo que no pase de ocho años en tratándose de los predios rústicos, ni los urbanos por

más de cinco, pudiendo durar más tiempo, si la mujer ,para estipularlo así, hubiere sido especialmente autorizada por el juez, previa información de utilidad.

La situación así creada, aunque sea indefinida, tiene intrínsecamente carácter interino, pues responde a una anormalidad que puede ser transitoria: cesando la causa de la administración extraordinaria, recobrará el marido sus facultades administrativas, previo decreto judicial.

286.—Comentario

La Ley de exclusión de bienes —llamada de **emancipación económica de la mujer casada,** por haber sido esa la denominación y ese el propósito del proyecto primitivo— no altera las bases esenciales del sistema de nuestro Código Civil recordadas en el exordio de este estudio: potestad marital, sociedad de bienes e incapacidad de la mujer, como regla general; separación total o parcial de bienes, como excepción.

Nuestro Código Civil permite a la mujer estipular con el marido la separación de bienes, en las **capitulaciones matrimoniales,** esto es, antes del matrimonio, pero capitulaciones matrimoniales no se hacen en el Ecuador. La institución del Código es, por lo mismo, prácticamente inútil.

La reforma le concede a la mujer usar de ese derecho en cualquier tiempo después de celebrado el matrimonio, sin alegar razones, sin más formalidad que una escritura pública y la notificación del marido, cuando éste no interviene en el acto.

No cabe, desde luego, el que la mujer pueda, en connivencia con el marido, y con el propósito de evitar persecuciones y embargos, separar los bienes que en realidad pertenezcan a la sociedad; pues en conformidad con el artículo 5º de la ley aprobada por el Congreso (201 del Código vigente) los acreedores del marido pueden embargar los bienes separados de la mujer, si ésta no acredita su propiedad o derecho, sirviéndose de los medios establecidos en el Código, es decir, por los títulos adquisitivos, por inventarios solemnes, particiones u otros instrumentos auténticos.

En una palabra, la declaración hecha por la mujer en la escritura de separación, con o sin intervención del marido, no surte efecto contra terceros, en cuanto al origen y la propiedad de los bienes.

El Código de Napoleón no contiene disposición alguna sobre la sociedad conyugal en el título de los mutuos derechos y deberes de los cónyuges; pues dejándoles la más amplia libertad para estipular, en las capitulaciones matrimoniales, todo cuanto concierne a los bienes, no da reglas sobre esto en el

título del contrato de matrimonio. Al paso que el Código patrio establece la sociedad conyugal por el ministerio de la ley; por eso la enumera entre los derechos y deberes que nacen inmediatamente del matrimonio.

La **capacidad de la mujer casada** debe ampliarse paralelamente a una modificación del régimen patrimonial.

Tanto el extremo de la incapacidad relativa que la afecta bajo el régimen de comunidad de ganancias, como la plena capacidad que involucra el régimen de separación son criticables. Lo primero, porque no hay razón valedera para que la mujer esté en muy inferior condición jurídica que la soltera mayor de edad, y lo segundo, porque la separación de bienes es, en definitiva y en la generalidad de los casos, perjudicial a la misma mujer que no trabaja.

Es por eso que hay que tender al establecimiento de un sistema mixto, de independencia jurídica o capacidad en cierto ámbito —administración y disposición de los bienes propios— y solidaridad o colaboración entre ambos cónyuges en otro aspecto —coadministración de los bienes matrimoniales—, participando marido y mujer en los gananciales al término del régimen. (Régimen de Participación en los Gananciales).

El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos.

Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes: cada uno conserva la propiedad de los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen, se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquélla. Este régimen ofrece, pues, las ventajas de los de separación y de comunidad, sin sus inconvenientes. El régimen de separación tiene la ventaja de que cada cónyuge administra sus bienes y se hace dueño de los que adquiera con su trabajo, pero presenta el inconveniente de que los gananciales adquiridos por cada uno durante el matrimonio le pertenecen exclusivamente, de modo que si sólo uno trabaja, como sucede en las clases acomodadas, el otro de ordinario la mujer, no tiene ninguna participación en lo que aquél adquiera. A su vez, el régimen de comunidad, si bien

ofrece la ventaja de que disuelta ella los gananciales se dividen por mitad entre los cónyuges, cualquiera que sea el que los adquirió, adolece del grave inconveniente de dejar a la mujer sometida por completo al marido, al extremo de que queda privada hasta de la administración de sus bienes propios.

En el régimen de participación en los gananciales ambos inconvenientes desaparecen. Junto con asegurar la completa igualdad e independencia de los cónyuges y disposición de bienes, les permite participar en la mitad de los gananciales adquiridos por el otro. Es el régimen legal que existe actualmente en Suecia (Ley de 11 de junio de 1920), Costa Rica (artículos 76 y 77 del Código Civil) y Colombia (Ley 28 de 17 de noviembre de 1932. Es de advertir que además de Suecia y Costa Rica, el régimen de separación de bienes y comunidad, rige también en sus rasgos esenciales en las modernas legislaciones de Hungría, Noruega, Dinamarca, y tiende a implantarse de manera general en otros países, como en Francia, donde ya existe desde el año de 1907 algo semejante para los llamados bienes reservados de la mujer.

287.—La libre enajenación de los bienes de la mujer casada dentro de la sociedad conyugal

En 1916, al reformar el Código de Procedimiento, se dieron varias importantes disposiciones que, si relacionadas con ese Código, reformaban a la vez las reglas substantivas consignadas en el Código Civil, como la de que la venta o hipoteca de bienes raíces de mujer casada, no se requiere autorización judicial, sino simplemente el consentimiento de la mujer.

Al reglar el Código Civil en el parágrafo III, del Título XXII del Libro IV, la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal, comienza por sentar en el artículo 1739 (codificación de 1930) la base de que el marido es jefe de las sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, sujetándose, empero, a las obligaciones que en ese título se le imponen y a las que haya contraído en las capitulaciones matrimoniales.

Y después de desarrollar ese principio en los artículos siguientes, consignaba estas restricciones o limitaciones:

"Art. 1744.—No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituír en especie, sino con voluntad de la mujer, y previo decreto del juez, con conocimiento de causa. Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

Las causas jue justifiquen la enajenación o hipoteca no serán otras que éstas:

1º—Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales;

2º—Necesidad o utilidad manifiesta de sólo la mujer, y no de la sociedad conyugal.

Art. 1745.—Para enajenar otros bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituír en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplida por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad".

El Código de Enjuiciamiento Civil, vigente hasta 1916, decía, a su vez, lo siguiente:

"Art. 847.—Los bienes que el marido tiene que restituír en especie a la mujer, no se podrán vender ni hipotecar sin orden judicial; pero no es necesaria la subasta.

Art. 848.—El juez dictará la orden expresada en el artículo anterior, si se justificare, por medio de una información sumaria, que el contrato es útil o necesario sólo a la mujer, y ésta expresare su consentimiento para la celebración de dicho contrato.

Art. 849.—Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere autorizado la venta o hipoteca, bastará que se presente al juez copia de dichas capitulaciones, para que éste ordene la celebración del contrato".

Como se ve, el legislador, tratando quizá únicamente de establecer reglas de procedimiento para llevar a la práctica las disposiciones del Código Civil, modificó algún tanto esas disposiciones, de dos maneras: por una parte, exigiendo la autorización judicial para la enajenación, no sólo de los inmuebles de la mujer, sino de todos los demás bienes de ella que el marido debiese restituírle en especie, sin tomar en cuenta la distinción hecha por la ley substantiva en los dos artículos transcritos; y por otra, guardando silencio respecto de los bienes que el marido pudiese estar obligado a la misma restitución; por lo demás, los dos Códigos estaban conformes en la necesidad de la intervención judicial en asuntos de carácter privado y puede decirse doméstico de los cónyuges; asuntos que, por su naturaleza misma, deben quedar al buena criterio y libertad de acción de los interesados y de nadie más.

Allí lo vicioso e inconveniente del sistema; por lo que se propuso a la Legislatura de 1913 que los mencionados artículos 847, 848 y 849 del Código adjetivo se sustituyesen con éste:

"Art. ..... Para la enajenación o hipoteca de bienes raíces de mujeres casadas, bastará el consentimiento de éstas, manifestado en el respectivo contrato, y no será necesaria la autorización judicial".

El proyecto contenía muchas otras reformas; y discutidas en las Cámaras a largos intervalos, fue convertido en ley de la República en 1916. Hízose en seguida, por la Academia de Abogados, la nueva edición del Código de Procedimiento; y la disposición sustitutiva a que nos referimos se contiene ahora en el artículo 840.

El orden lógico exige que la revisión y reforma de los Códigos se comience por la parte substantiva, para adaptar a esta reforma la de la parte adjetiva, en los respectivos lugares; y a ese orden habría que ceñirse, si una comisión especial pudiera concretar exclusivamente su atención a esa importante labor jurídica, y si, presentados los trabajos a la Legislatura, ésta se limitara a aceptarlos o negarlos en conjunto con tal o cual modificación accidental, sin esa discusión especial y detallada de cada artículo, que vuelve en nuestras Cámaras interminable todo proyecto de alguna extensión, y desconcierta y destruye el plan general de la obra y de la armonía de sus diversas partes.

Pero con nuestra manera inconsulta de preparar y elaborar las leyes, la estricta observancia de aquel orden no es posible.

En lo concerniente a la enajenación o hipoteca de bienes de mujeres casadas, está evidentemente reformado el Código civil; pero es una reforma de indispensable conveniencia, que habría quedado indefinidamente postergada, al reservarla para cuando llegue el lejano día de acometer directamente la revisión y reforma, por muchas razones necesaria, del Código Civil.

288.—Decreto Legislativo de 25 de octubre de 1956

Ante todo, es indispensable establecer que, como medida de compensación al derecho de la esposa que excluía sus bienes patrimoniales, el artículo 194 de las reformas de 1950 facultaba al marido **demandar** la separación total de bienes y la disolución de la sociedad conyugal, lo cual constituía una notoria injusticia contra el marido frente al derecho incondicional de la mujer: mientras ésta, por su sola voluntad, excluía sus bienes, el marido, en cambio, no podía exigir la **liquidación** de la sociedad, sino como conccccuencia del fallo que aceptara la demanda de **separación.** Y el Decreto Legislativo de 25 de octubre de 1956, dió término a esa desigualdad de derechos entre los esposos, al disponer en el artículo 2º de dicha Ley que, "en caso de exclusión de bienes, **cualquiera** de los cónyuges podrá demandar la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma".

289.—Vicisitudes sobre la nacionalidad de la mujer casada

Al principio del **jus sangunis**, que rige la nacionalidad en Europa, en contraposición al del **jus soli**, que rige en la mayoría de los países americanos, se une, con relación a la mujer casada, el que podemos llamar derecho matrimonial, que impone a la mujer casada con extranjero —salvo en unos pocos países— la nacionalidad del marido, y, por ello, la pérdida de la propia.

La Constitución liga la nacionalidad ecuatoriana de origen al **jus soli** absoluto y al **jus sangunis** condicionado a la declaración, o al domicilio en la República. El enunciado del ordinal 1º del Art. 9: "Son ecuatorianos de nacimiento los nacidos en el territorio nacional", implica la adopción de la fórmula más amplia del **jus soli**, como lo hacen la mayoría de las legislaciones americanas. En cuanto al **jus sangunis**, el ordinal segundo del mismo artículo lo condiciona a la declaración o al domicilio en la República, al establecer en la letra c) que: "Los nacidos en territorio extranjero son ecuatorianos: "Si el padre o la madre, o ambos, son ecuatorianos o extranjeros domiciliados en el Ecuador a la fecha del nacimiento del hijo, y éste, habiendo cumplido la edad de dieciocho años, no manifiesta voluntad contraria".

El criterio ecuatoriano determinante de la nacionalidad de origen no es el del **jus sangunis**. Con una población formamada por mestizos e indios en gran proporción, no nos interesa mantener una pureza racial de que carecemos. Somos Nación porque en el Ecuador se dan dos elementos del tiempo trascendente. Nuestro pasado se halla actualizado y engarzado en el presente, vivimos un tiempo vital y prolongamos al futuro nuestro tiempo. Es evidente que el Ecuador no es racialmente indígena ni hispano, sino un Ecuador al que cada instante y cada época de su historia han aportado elementos constitutivos, y cuyo espíritu colectivo aparece en momentos de fervor y de emoción.

En estas condiciones, para hacer de alguien un nacional no es necesario exigirle que sus padres sean ecuatorianos. El problema no está en tener antepasados nacidos en el Ecuador, sino en contribuir a formar la conciencia de un común destino nacional.

Aparte de su calidad de vínculo jurídico, el concepto de nacionalidad implica una relación de orden sociológico entre el nacional y el país respectivo, que debe ser sustentada sobre bases sicológicas y socio-económicas suficientemente fuertes como para crear la necesaria unión entre el sujeto y el Estado. Tal vinculación se supone en los nacionalidad de los cón-

yuges y de sus hijos. La razón de unidad de la ley nacional en la familia no es lo bastante poderosa para decidir a la doctrina a imponer a la mujer la nacionalidad del marido. El hecho del matrimonio debe quedar sin influencia en la nacionalidad.

En cuanto a las convenciones internacionales suscritas por el Ecuador basta citar los textos del artículo 1º de la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer y del artículo 6º de la Convención sobre Nacionalidad, suscritas por el Ecuador con motivo de la conferencia Internacional Americana de Montevideo, que a la letra dicen: "No se hará distinción alguna, basada en el sexo en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica"; y "Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos".

Nuestra actual disposición constitucional con respecto a la nacionalidad de la mujer casada ratifica plenamente dicha convención internacional, al establecer en el artículo 12: "Ni el matrimonio, ni su disolución, alteran la nacionalidad de los cónyuges".

Si conforme con la Ley del marido extranjero, la mujer no adquiere, por el hecho del matrimonio, la nacionalidad del marido, la mujer ecuatoriana conserva su nacionalidad aun cuando resida o se domicilie fuera del Ecuador.

Como la **ciudadanía** supone necesariamente la **nacionalidad,** siempre que la mujer ecuatoriana que se casa con extranjero, pierde su nacionalidad, perderá también, la ciudadanía ecuatoriana por el hecho de naturalizarse en otro país.

¿Adquiere una extranjera la ciudadanía ecuatoriana, al contraer matrimonio con un nativo del Ecuador?

En tiempos anteriores, este caso se resolvía por disposición expresa de la Constitución de la República. Así, en las Constituciones de 1845, 1850 y 1852, se declaraba ecuatorianas, por naturalización, a las mujeres extranjeras que se hubieran casado o se casaren con ecuatorianos.

Ahora, la Constitución no trae ese precepto, sino la del artículo 12 ya citado, según el cual el matrimonio no tiene influencia en la nacionalidad de la mujer.

¿Pierde una mujer ecuatoriana su ciudadanía por el hecho de casarse con un extranjero, si los contrayentes residiesen en un país extranjero?

Si el ecuatoriano se casa con un extranjero, fuera del Ecuador, conserva la nacionalidad ecuatoriana sólo en el caso que la ley del marido no prescriba que la mujer, por el hecho del matrimonio, adquiere la nacionalidad del marido.

¿Adquiere una extranjera la ciudadanía ecuatoriana, al contraer matrimonio con un nativo del Ecuador, si los contrayentes residiesen en un país extranjero?

Es condición indispensable para que la extranjera, casada con ecuatoriano, se nacionalice en la República, el que establezca su domicilio en el Ecuador. Mientras esto no suceda, la extranjera, aun cuando según su ley conserve su nacionalidad anterior, no adquiere la nacionalidad ecuatoriana.

El **domicilio**, según la Ley ecuatoriana, debemos repetirlo, no es la simple residencia, sino que consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

¿La muerte del esposo cambaría la ciudadanía adquirida por la mujer ecuatoriana casada con extranjero?

Si la ecuatoriana viuda de extranjero reside en el Ecuador conserva su propia nacionalidad, pues, ya hemos visto que, mientras resida en el país no la pierde ni aun durante el matrimonio.

Si la ecuatoriana, viuda de extranjero, reside fuera del país y hubiera adquirido una nacionalidad extranjera, puede, según nuestra Ley recobrar la nacionalidad ecuatoriana si hace constar su deseo ante un Agente Diplomático o Consular ecuatoriano. Copia de esta declaración, debidamente autenticada, será enviada por el Agente Diplomático o Consular al Ministerio de Relaciones Exteriores, en donde se inscribirá en el Registro de Nacionalización, debiendo enviarse con el mismo fin a la Oficina de Registro Civil.

¿La muerte del esposo cambiaría la ciudadanía adquirida por la mujer extranjera casada con ecuatoriano?

Si la extranjera, viuda de ecuatoriano, reside fuera del Ecuador, no adquiere la nacionalidad ecuatoriana ni aun durante el matrimonio y, a la muerte del marido, la extranjera continuará en el goce de su propia nacionalidad.

Si la extranjera, viuda de ecuatoriano, reside en el Ecuador, se la reputa ecuatoriana por nacionalización, mientras no manifieste su voluntad contraria.

La Constitución no tiene prescripción expresa al respecto, pero se deduce, de un modo lógico y natural, del artículo que declara ecuatoriana por naturalización a la mujer extranjera, viuda de extranjero naturalizado en la República, mientras no manifieste su voluntad contraria. Y se comprende que si esto sucede con la viuda de extranjero naturalizado, con mayor razón ha de pasar con la viuda de ecuatoriano por nacimiento.

CAPITULO X

DE LA FILIACION

Sumario:— 290.—Definición.— 291.—Diversas clases de filiación.— 292.—Filiación **legítima.**— 293.—Filiación **ilegítima**; sus clases.— 294.—Para calificar la filiación se atiende a la concepción.— 295.—Efectos de la filiación.— 296.—Presunción de paternidad del marido; su fundamento.— 297.—Elementos de que depende la filiación legítima; su impugnación.— 298.—Causales de impugnación.— 299.—Primer caso.—**Imposibilidad física.**— Casos de imposibilidad física: **ausencia, impotencia.**— 300.—**Ausencia.**— 301.—**Impotencia,** sus clases: impotencia accidental, impotencia natural.— 302.—Segundo caso.—**Adulterio** de la mujer; imposibilidad moral de cohabitación.— 303.—Cómo puede ser establecida la filiación; maternidad; paternidad.— 304.—De los hijos legitimados por matrimonio posterior a la concepción.— 305.—De la filiación **ilegítima.**— Definición; sus clases.— 306.—Historia evolutiva del Derecho sobre esta materia.— Alemania.— 307.—Prusia.— 308.—Inglaterra.— 309.—Francia.— 310.—Fuentes de nuestro Derecho positivo sobre filiación ilegítima: el Derecho español, la Legislación de Indias y la Legislación Nacional, desde 1810 hasta 1860, fecha de la expedición de nuestro Código.— 311.— Ley de 17 de abril de 1837.— 312.— Régimen del Código Civil de 1860.— 313.— Leyes que lo han reformado.— Consideraciones sociales y de hecho.— Reforma hecha por la Constitución Política expedida el 26 de marzo de 1929.— 314.—Decreto Supremo 94, de 22 de noviembre de 1935, que determina la situación legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio.— 315.—Decreto Supremo 221, de 12 de mayo de 1936, que fija nuevos modos de verificar el reconocimiento de los hijos ilegítimos.— 316.—Decreto Supremo 211, de 23 de julio de 1937, que agrega nuevas disposiciones, referentes a la guarda de hijos ilegítimos.— 317.—Derecho comparado.— Francia.— 318.—España.— 319.—Uruguay. 320.—Méjico.— 321.—Acción de filiación.— Sistemas que coexisten en el mundo contemporáneo acerca de la filiación.— 322.—Formas de reconocimiento.— 323.—Reforma de la Ley

94 de 1935.— 324.—La Ley II de Toro.— 325.—¿Puede un incapaz reconocer a un hijo ilegítimo?.— 326.—**Mujer casada.**— 327.—**Menor de edad.**— 328.—**Demente.**— 329.—De los efectos del reconocimiento.— 330.—Irrevocabilidad del reconocimiento.— 331.—Reconocimiento en testamento que ha sido revocado.— 332.—Reconocimiento por declaración personal ante el funcionario del estado civil.— Retroactividad.— 333.— Reconocimiento en el acta matrimonial.— Observaciones a la reforma.— 334.—Bases fundamentales de la reforma 94, de 1935 sobre filiación ilegítima.— Primera base.— Desaparece la histórica distinción entre **hijos de dañado ayuntamiento, naturales, simplemente ilegítimos,** considerándose genéricamente como **ilegítimos** los habidos fuera del matrimonio.— 335.—Segunda base.— Investigación de la paternidad ilegítima.— 336.—Clasificación de las legislaciones de los diversos países en punto a la investigación de la paternidad, y en cuanto a sus efectos: a), las que confieren todos los efectos, incluso el derecho hereditario; estableciendo a veces completa equiparación entre los hijos legítimos e ilegítimos; b), las que solamente otorgan a los hijos ilegítimos el derecho a los alimentos; c), las que, paralelamente, admiten los dos efectos.— Y en cuanto al derecho mismo de procurar el reconocimiento judicial, hay también tres grupos, a saber: uno, que establece la prohibición absoluta; otro, que acepta la libre investigación; y otro, que la prohibe de modo relativo.— 337.—Evolución del Derecho sobre esta materia en el Ecuador.— 338.— Examen analítico de los casos en que se autoriza la investigación de la paternidad.— Primer caso.—**Declaración judicial de paternidad por confesión expresa.**— 339.—Segundo caso.— **Concubinato notorio.**— Notoriedad del concubinato.— 342.— Epoca y duración del concubinato.— 343.—Esbozo histórico sobre la materia.— 344.—Quinto caso.— La posesión de estado del hijo ilegítimo.— Hechos que la caracterizan: el sostenimiento y educación del hijo.— 345.—Tercera base.— Derecho herencial de los hijos ilegítimos.— 346.—Quién es legítimo contradictor, conforme a nuestra legislación, en la cuestión de paternidad ilegítima.— 347.—El estado civil y los efectos del silencio frente a las relaciones familiares.— 348.— Naturaleza de la acción de investigación de la paternidad y maternidad ilegítimas.— 349.—Prueba biológica de la paternidad.

DE LA ADOPCION

350.—Definición de la adopción y generalidad.— 351.— La adopción en el Derecho.— 352.—Importancia de la adopción en Roma.— Diferencia entre la adopción y la arrogación.— 353.—La adopción en el Derecho moderno.— 354.—La

adopción en Francia.— 355.—La adopción en el antiguo Derecho español.— 356.—Efectos de la adopción en el Derecho español.— 357.—La adopción en nuestro Código del 60.— 358.—De la constitución de la adopción.— 359.—Capacidad del adoptante.— 360.—Requisitos con respecto al adoptado.— 361.—Requisitos de forma.— 362.—Los efectos de la adopción.— 363.—De la terminación de la adopción.— 364.—De la acción de nulidad.— 365.—Personería del padre natural para intervenir en las acciones de nulidad y de revocación de la adopción.

I.—GENERALIDADES

290.—Definición

Filiación es el vínculo que existe de padres a hijos.

La **filiación** y la paternidad son expresiones esencialmente correlativas: son dos aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un ser humano con sus autores. Con la voz **paternidad** se designa, en esta generalidad de su acepción, a la madre lo mismo que al padre. En un sentido más restringido se aplica exclusivamente al padre, y se emplea la voz **maternidad** para designar el lazo particular que une la madre al hijo, como ocurre en el Título XVI, **De la maternidad disputada.**

Las expresiones paternidad y maternidad de una parte y filiación de otra, son pues, sinónimas; y como designan la misma relación de derecho bajo diferentes aspectos, puede emplearse con ventaja la palabra filiación que es siempre genérica en su significado.

291.—La filiación es legítima e ilegítima

La filiación legítima tiene su fundamento en la naturaleza y en la ley; y la filiación ilegítima, en la naturaleza sola, por lo cual se le aplica también el calificativo de **natural.**

Nuestro Código no aceptaba la filiación **adoptiva,** creación exclusiva de la ley en la cual nada tiene que ver la naturaleza. El Congreso Nacional de 1948 estableció la adopción como una institución jurídica destinada a crear, entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la ley.

292.—Filiación legítima

La filiación legítima procede únicamente del matrimonio. Pero esto no quiere decir que todos los hijos que nacen durante el matrimonio sean legítimos: lo que constituye la legiti-

midad de un hijo es la concepción durante el matrimonio de sus padres. La ley llama, sin embargo, a gozar de los beneficios de la legitimidad a los hijos concebidos antes y legitimados por él.

Según esto, los hijos legítimos son: o **legítimos** propiamente tales o **legtimados.**

293.—Filiación ilegítima

La filiación ilegítima proviene de las relaciones habidas entre personas que no estaban casadas en el momento de la concepción o cuyo matrimonio no ha producido efectos civiles. Siempre ilícitas estas relaciones, el Código patrio calificó de **dañado ayuntamiento** al hijo fruto de ellas; pero la ley núm. 94, de 22 de noviembre de 1935, ha derogado estas disposiciones y suprimido la calificación de dañado ayuntamiento.

Los hijos que no procedían de dañado ayuntamiento, hoy todos los hijos ilegítimos, pueden ser reconocidos y llamados al goce de derechos civiles especiales, aunque inferiores a los que corresponden a la filiación legítima.

De este modo la filiación ilegítima, que era de tres clases: 1º **natural**; 2º, **simplemente ilegítima**; y, 3º de **dañado ayuntamiento,** es hoy solamente de las dos primeras clases, no existiendo actualmente para la ley hijos **adulterinos, incestuosos, ni sacrílegos.** Nos ocupamos más adelante de esta reforma.

294.—Para calificar la filiación se atiende a la concepción

Para determinar si un hijo es legítimo, o ilegítimo, hay que atender a la concepción. Así lo establecen expresamente los artículos 203 y 204 del Código.

Y como la duración de la gestación es variable, la ley ha establecido presunciones que determinan su máximo y su mínimo, fijando un período preciso dentro del cual debe ser necesariamente colocada la concepción. Los artículos 204 y 209 fijan la gestación mínima de 180 días y la máxima en 300, imponiendo, como **presunción legal,** que si el hijo nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, durante él fue concebido.

Declarada la presunción de que el hijo fue concebido durante el matrimonio, deduce el legislador otra importantísima, esto es, que el **hijo tiene por padre al marido.** Ninguna presunción más grave, como fundada en la esencia misma del matrimonio, en las relaciones que él establece entre los cónyuges, en la moral y en el orden de las familias.

295.—Efectos de la filiación

La filiación tiene efectos múltiples y muy importantes. De ella resulta el parentesco, que es el fundamento del derecho de familia. La legislación que une al hijo a su padre y a su madre, lo liga también por intermedio del padre y de la madre a los parientes de éstos y constituye así la familia. Si se producen en el matrimonio, es legítima y crea el parentesco legítimo; si se se produce fuera del matrimonio, es ilegítima y crea el parentesco ilegítimo.

Los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, son, pues, una consecuencia de la filiación. La filiación legítima produce la plenitud de ellos; mientras que la filiación ilegítima solo produce algunos y con mayor o menor extensión.

La paternidad, hecho natural, reglamentado por el ordenamiento jurídico, lleva consigo una serie de obligaciones que se corresponden con los derechos de los hijos y una serie de derechos, de los que el principal es la patria potestad.

296.—Presunción de paternidad del marido; su fundamento

La ley establece varias presunciones para la fijación de la paternidad, pero ésta no aparece siempre indubitada. Cuando sobrevienen estos casos de duda, aparecen las acciones que tienen por objeto declararla, conociéndose esto en el Derecho ecuatoriano con el nombre de "investigación de la paternidad". El hecho de la paternidad es más difícil de probar que el de la maternidad, pues con respecto a ésta se reduce a la probanza del embarazo y el parto, hechos visibles, materiales, que no pueden prestarse a equivocaciones ni incertidumbres.

Por la dificultad mencionada, las legislaciones conceden más importania a la regulación de la investigación de la paternidad. La presunción de que el marido es el padre del hijo que la mujer concibe durante el matrimonio, se funda, insistimos en ello, en lo verosímil que resulta atribuír el hijo al marido de una mujer a quien se tiene por fiel. Pero hay que añadir que esta simple verosimilitud no hubiera sido suficiente para establecer la regla del artículo 203, sin reservar la posibilidad de una prueba en contrario. Otro punto de vista es el que ha guiado al legislador,y es el de que la regla **"pater is est"** no debe ser apreciada aisladamente dentro del capítulo de las pruebas de la filiación,, sino que debe ser relacionada con la institución misma del matrimonio, y como una de sus consecuencias. La legitimidad de un hijo que una mujer ca-

sada de a luz, es un efecto del matrimonio, forma uno de los elementos constitutivos de la familia legítima. La seguridad que resulta de la atribución legal de la paternidad, ha sido un especial propósito del legislador, a fin de reforzar la solidez de la familia, considerando, no sin razón, que dicha solidez es una de las bases del orden social.

En cuanto a la paternidad ilegítima sólo existirían indicios más o menos vehementes; pero no pueden autorizar una presunción que carecería de un fundamento sólido, y para comprobarla la ley exige el reconocimiento del padre, independientemente de los casos en que la paternidad puede ser judicialmente declarada.

Vamos a tratar en párrafos separados de la filiación legítima y de la filiación ilegítima.

DE LA FILIACION LEGITIMA

Como ya ha quedado establecido, la filiación legítima previene de la concepción en el matrimonio, o de la legitimación.

SECCION I

DE LA LEGITIMIDAD

297.—Elementos de que depende la filiación legítima; su impugnación

La legitimidad es una condición que se atribuye a la filiación de los hijos concebidos y nacidos en matrimonio. Los hijos cuya filiación corresponda a esta definición son legítimos, dice el artículo 203. Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras surta efectos civiles, según el inciso segundo del propio artículo. Esta disposición establece, en primer término, que la legitimidad es fruto del matrimonio; de modo que la concepción en toda unión que no produzca los efectos civiles del matrimonio, tendrá que ser ilegítima, aunque posteriormente pueda ser legitimada en el matrimonio verdadero.

La legitimidad depende por eso de los siguientes elementos: 1º El matrimonio; 2º La maternidad de la mujer; 3º La paternidad del marido; 4º La concepción del hijo durante el matrimonio; y 5º La identidad de ese hijo.

Por la inversa, la legitimidad de un hijo podrá ser impugnada: a) negando la existencia del matrimonio o que éste haya producido efectos civiles; b) disputando la maternidad que se atribuye a una mujer casada; y c) desconociendo la

paternidad del marido de esta mujer. Justificada la existencia del matrimonio y la maternidad de la mujer, cuya prueba es más o menos fácil, la ley presume la paternidad del marido si la concepción del hijo que ella dió a luz y cuya identidad está también acreditada, se ha efectuado durante el matrimonio.

La ley preceptúa que los hijos concebidos durante el matrimonio válido o putativo, que surta efectos civiles, son sus padres; para los hijos ilegítimos es menester el reconocimiento de los progenitores o probar la filiación judicialmente.

Ante la ley los hijos provienen, del acto sexual, de la unión legítima de los cónyuges, que es el matrimonio, o del acto genital realizado al margen de éste, que es el origen de la descendencia ilegítima.

Partiendo de la idea racional de que la paternidad es un hecho que no se puede demostrar directamente, la ley establece, para la prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada por el artículo 204 (el hijo que nace 180 días después del matrimonio, se reputa que en él fue concebido y tiene por padre al marido) y para la prueba de la filiación legitimada la presunción del artículo 226 (el matrimonio posterior legitima **ipso jure** a los hijos concebidos antes y nacidos en él). La primera de esas presunciones se apoya en la circunstancia de que ha debido haber relaciones sexuales entre la mujer y el marido y de que aquella le ha debido ser fiel a éste. Por eso se llama presunción de **cohabitación y fidelidad.** La segunda se funda en que el hombre que se casa con una mujer en cinta es porque tácitamente reconoce la paternidad del niño que está por nacer. Pero esas presunciones no son irrefragables. La ley permite en ciertos casos y bajo ciertas condiciones al marido desconocer la paternidad del hijo dado a luz por su mujer y concebido durante el matrimonio o antes de éste. Es esta la acción de impugnación de la paternidad a la cual se refieren los Arts. 204 y siguientes del Código Civil, pertenecientes al Título VII del Libro I del propio Código. Este capítulo está consagrado a la presunción de paternidad de que antes se habló y a la acción mediante la cual puede destruírse esa presunción en caso de absoluta **imposibilidad física** por parte del marido de tener acceso a la mujer, en caso de adulterio, acompañado de otras circunstancias.

Concepción: Según el Art. 68 del Código Civil, se fija ésta dentro del espacio de tiempo entre el máximo, que son 300 días, y mínimo, que es de 180, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día de nacimiento.

Declarada la presunción de que el hijo fue concebido durante el matrimonio, deduce el legislador otra importantísi-

sima, esto es, que el **hijo tiene por padre al marido.** Ninguna presunción más grave, como fundada en la esencia misma del matrimonio, en las relaciones que él establece entre los cónyuges, en la moral y en el orden de las familias. El hombre y la mujer se casan con el fin de vivir juntos y de procrear, y es natural que se hayan llenado los fines del matrimonio.

La presunción de paternidad está fundada, por consiguiente, en el orden natural de las cosas. Ella es una consecuencia de la cohabitación de los cónyuges y del deber de fidelidad de la mujer que se supone cumplido.

298.—Causales de impugnación

Pero aunque el hijo que da a luz la mujer casada haya sido concebido durante el matrimonoi, puede no ser hijo del marido, o porque es imposible que éste sea el padre, o porque la mujer ha cometido adulterio. El marido puede combatir la presunción que le atribuye la paternidad de ese miño: la presunción es **simplemente legal.**

El Código sólo admite dos causas de impugnación de la paternidad del marido, fundadas en estos antecedentes:

1ª—La absoluta imposibilidad del acceso del marido a la mujer; y

2ª—La imposibilidad moral de la cohabitación en el caso de adulterio de la mujer, cometido en la época de la concepción.

299.—Primer caso.—Imposibilidad física

Cuando el marido prueba que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante todo el período legal de la concepción, prueba por este mismo hecho y de una manera cierta y evidente que no es el padre del niño que su mujer ha dado a luz.

Esta imposibilidad física debe ser absoluta y debe haber durado todo el tiempo en que, según la presunción legal, puede colocarse la concepción del hijo, pues éste en interés de su legitimidad, está autorizado para colocar su concepción en cualquier momento de este período; y bastaría que en un instante cualquiera de dicho período haya sido físicamente posible el acceso del marido a la mujer y por lo mismo la concepción del hijo, para que se aplique la regla **pater is est** y el marido sea tenido por padre de ese niño.

No dice la ley cuáles son los casos de imposibilidad física absoluta que puedan alegarse; pero ellos no pueden ser otros que la ausencia y la impotencia.

300.—Ausencia

La ausencia es el caso más sencillo y claro de imposibilidad de cohabitación de los cónyuges; y era natural que hubiera sido aceptado siempre por la legislación sin restricción.

Las Partidas no hablaron expresamente del desconocimiento de la paternidad del marido; pero admitían la ausencia como opuesta a la presunción cuando había durado bastante para suponer que el hijo no podía tener por padre al marido. La ley 13, de Toro, que es la 3, título 5, libro 10 de la Novísima Recopilación, ocupándose de la viabilidad, precisó algo más la idea, estableciendo "que si por ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se probare que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, no sea habido por parto natural ni legítimo".

El Código francés indicó expresamente la causal de ausencia como prueba de la imposibilidad física, y muchas otras legislaciones han seguido ese ejemplo.

Nuestro Código no creyó necesario aludir directamente a la causal que constituye la prueba más fácil de la absoluta imposibilidad física. Para que la ausencia constituya la imposibilidad física de cohabitación debe ser cierta y continua durante todo el tiempo en que puede presumirse la concepción. La cuestión de saber si la ausencia ha tenido este carácter es una cuestión de hecho que los jueces resolverán soberanamente según las circunstancias.

301.—Impotencia

La impotencia que consiste precisamente en la falta de poder del marido para llenar el objeto del matrimonio en cuanto a la procreación de los hijos, es un caso de absoluta imposibilidad física de acceso del marido a la mujer. y cabe, por lo mismo, dentro de los términos generales de la ley.

La impotencia puede ser natural o accidental:

a) Es natural, cuando sólo proviene de algún defecto de la naturaleza.

b) Es relativa, la que resulta o es derivada de algún accidente.

¿Pueden una y otra clase de impotencia constituir un caso de imposibilidad física absoluta?

La impotencia accidental, no hay duda que lo constituye, pues, generalmente ella es aparente y puede ser establecida con certidumbre. En silencio de nuestro Código sobre la impotencia, lejos de implicar que no la admite, la autoriza; y no se advierte razón para rechazar la alegación de una impo-

tencia proveniente de una operación quirúrgica, por ejemplo, que da la evidencia de la imposibilidad física obsoluta del acceso del marido a la mujer.

El Derecho romano admitía expresamente la impotencia accidental, aun resultante de enfermedad, como causa de impugnación de la paternidad.

La impotencia accidental, aun procedente de enfermedad, puede autorizar, por lo tanto, el desconocimiento del hijo, con tal que de ella resulte la absoluta imposibilidad física de acceso del marido a la mujer. Es cierto que la enfermedad en la generalidad de los casos no podrá llevarnos a la certidumbre de esta prueba, pero esta dificultad no sería razón para no admitirla en los casos en que esa certidumbre de absoluta imposibilidad física existiera.

La impotencia natural es también en principio una causa de absoluta inposibilidad física; pero cuando ella no consiste en un defecto de conformación perceptible al exterior, no vemos cómo podría establecerse.

Esto explica la disposición del artículo 313 del Código francés, según el cual "el marido, no podrá desconocer al hijo alegando su impotencia natural". Pero no se advierte efectivamente razón para proscribir de un modo absoluto la alegación de la impotencia en contra de la legitimidad del hijo, cuando ella puede ser establecida en un modo claro y evidente.

302.—Segundo caso.—Adulterio de la mujer

El adulterio de la mujer no basta por si solo para establecer la ilegitimidad del hijo, pues aunque se cometa durante la época de la concepción, no habría imposibilidad para que el niño fuera hijo del marido con quien su mujer había tenido relaciones en la misma época. El adulterio de la mujer será siempre una consecuencia de la no paternidad del marido; pero no puede constituir por sí solo un antecedente necesario de ésta y en la duda debe prevalecer la solución favorable a la legitimidad del hijo.

El artículo 205 de nuestro Código no puede prestarse a dudas. La prueba del adulterio es exigida como condición previa, como base necesaria de la acción de desconocimiento del hijo por parte del marido.

La ley presume que el marido es el padre del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. Esta presunción no puede ser destruida sino con la prueba de la imposibilidad física absoluta de la paternidad presumida. Toda otra prueba, por grave, por fundada que sea, no es bastante para destruir una presunción que es la base indispensable de legitimidad. Ni el adulterio de la mujer, aun cometido durante la época seña-

lada a la concepción; ni ese adulterio probado y evidente, es bastante para destruirla, desde que, a pesar de su efectividad, existe la posibilidad de que el marido sea el padre.

La ley no puede, sin embargo, desatenderse del hecho del adulterio comprobado cuando otras circunstancias vienen a agregarse y conducen a la convicción contraria a la presunta paternidad del marido. Admite entonces la ley que, establecido y aprobado el adulterio directamente, entre el marido a acreditar esos otros hechos que han de formar la conciencia del juez.

Imposibilidad moral de cohabitación.— La ley alude a ella al hablar de la **"prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre"**. ¿De qué hechos se trata? La ley no lo dice, y por tanto, quedan sometidos a la apreciación del juez. Ellos pueden ser físicos, como la edad avanzada del marido, su estado valetudinario, su residencia en una habitación separada. etc., o de orden moral como desavenencias graves con su mujer, pero bastantes, en todo caso, para formar la convicción moral de que el marido no es el padre.

303.—Cómo puede ser establecida la filiación; maternidad; paternidad

La prueba de la filiación legítima materna implica la demostración, por una parte, del parto de la mujer casada, y por otra parte, de la identidad entre el niño que esa mujer dio a luz y el que pretende ser hijo de ella. Esa prueba es distinta de la prueba de la paternidad y anterior a ésta, aunque es la base de la presunción de paternidad. Es distinta, porque puede producirse directamente, por la naturaleza misma de las cosas, a tiempo que la filiación legítima paterna no es susceptible de prueba directa y absoluta sino que tiene que ser establecida por presunciones. Y es anterior, porque sólo cuanto se haya establecido el hecho del parto de la mujer casada y la identidad del hijo dado a luz por ésta con aquel, cuyo estado se discute, puede haber lugar a la atribución legal de la paternidad, susceptible de prueba en contrario.

Partiendo de la idea racional de que la paternidad es un hecho que no se puede demostrar directamente, la ley establece, para la prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada por el artículo 203 y para la prueba de la filiación legitimada la presunción del artículo 224. La primera de esas presunciones se apoya en la circunstancia de que ha debido haber relaciones sexuales entre la mujer y el marido y de que aquella le ha debido ser fiel a éste. Por eso se llama

presunción de **cohabitación y fidelidad.** La segunda se funda en que el hombre que se casa con una mujer en cinta es porque tácitamente reconoce la paternidad del niño que está por nacer.

304.—De los hijos legitimados por matrimonio posterior a la concepción

La segunda clase de hijos legítimos es la de los **legitimados.** "Son también hijos legítimos, dice el artículo 224, los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse".

Los hijos ilegítimos o concebidos fuera de matrimonio, pueden obtener el beneficio de la legitimación por el matrimonio de sus padres, y pasar a la categoría de hijos legítimos. La **legitimación es,** según esto, un beneficio de la ley, en virtud del cual un hijo concebido fuera del matrimonio de sus padres es elevado al estado civil de hijo legítimo por el matrimonio que éstos contraen.

La legitimación de los hijos ilegítimos por el matrimonio posterior tiene su origen de una constitución del emperador Constantino, según la cual cuando un hombre tenía hijos naturales en una mujer de condición ingenua, su concubina, y carecía de hijos legítimos de un matrimonio legítimo contraído con otra concubina, no sólo le confería a ella la calidad y los derechos de mujer, legítima, **iuxta uxor,** sino que confería igualmente la calidad y los derechos de hijos legítimos a los que había tenido en esa mujer su concubina, como si hubiesen nacido durante el matrimonio; los cuales, por consecuencia, eran **sui haeredes,** y sucedían al padre, aun con los otros hijos nacidos durante el matrimonio, sin ninguna otra distinción.

El Derecho canónico extendiendo más todavía los efectos del matrimonio en cuanto a la legitimación de los hijos por el matrimonio posterior de los padres: dispone que los hijos, aunque habidos de una unión ilícita, sean legitimados por el matrimonio posterior de los padres, siempre que cuando el comercio de que proceden, los padres hubieren sido capaces de contraer matrimonio.

Para aceptar el Derecho canónico esta legitimación supone que cuando los padres procrearon los hijos, tuvieron la intención de contraer matrimonio; que no han sucumbido sino a la violencia de la pasión; que los hijos nacidos de ese comercio deben, por ende, considerarse frutos anticipados del matrimonio y como si en él hubiesen nacido. Por esas razones el papá Alejandro III en su decretal inserta en el **c.,** Extr. **Qui**

filii sint legit., dice: "Tan grande es la fuerza del matrimonio, que legitima a los hijos que las partes tuvieron antes de contraerlo": **Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.**

El Papa no limita su decisión, como las leyes romanas, a los hijos nacidos **ex concubinatu**, que, sin ser una unión legítima, era una unión permitida. Los términos generales en que se redacta la regla comprenden a todos los hijos nacidos del comercio que las partes tuvieron antes del matrimonio.

Es indudable que quiso excepcionar de la regla el caso en que las partes, cuando el comercio carnal, no hubiesen sido capaces de contraer entonces matrimonio.

La legitimación por subsiguiente matrimonio, establecida por Constantino, se admitió por Zenón.

Casi todas las naciones modernas han aceptado la legitimación por subsiguiente matrimonio; pero las leyes inglesas no lo permiten.

Con esta institución, el legislador ha querido a la vez favorecer la condición de los hijos ilegítimos y estimular a los padres a regularizar su unión. La legitimación tiene así una influencia moralizadora innegable. Sorprende ver que en Inglaterra no se admita, por temor a alentar el concubinato, severidad inútil puesto que la pasión no piensa, y el carácter irreparable de una falta no impide generalmente que se cometa. "Las pasiones no se calculan, dice **Laurent.** Más vale, pues, dejarles una puerta abierta al arrepentimiento y a la reparación". En todo caso ello tiene como principal resultado rehabilitar a víctimas inocentes de las faltas de otros.

Reconocían las leyes españolas la legitimación por rescripto del Rey, y una forma de legitimación muy semejante a la que se efectuaba por la **oblación a la curia** (Ley 5, tít. 15, Partida 4ª).

La legitimación por rescripto la ideó Justiniano para suplir la precedente, cuando el matrimonio resultaba ya imposible entre los padres. En Francia, el rescripto imperial fue sustituído por **cartas** de legitimación expedidas por la Cancillería real y que constituían una fuente de ingresos. La legitimación por cartas reales desapareció al principio de la Revolución, sin ninguna derogación formal, en virtud del acuerdo de la Constitución de 1791 que suprimió los Parlamentos.

La legitimación por rescripto ha sido mantenida en algunos Códigos.

DE LA FILIACION ILEGITIMA

305.—Definición; sus clases

Siendo la filiación originaria de un hecho fisiológico, de la concepción y el consecuente parto de la mujer, con el antecedente causal necesario que implica el acto de engendrar por parte del varón, siempre será uno mismo e idéntico en contenido el hecho biológico del que aquélla procede, y aunque se realice en distintas circunstancias y el nacido lo sea dentro de (filiación legítima), o fuere (filiación ilegítima) del matrimonio. Esta es la razón por la cual todos los tratadistas de Derecho la definen de igual modo en el fondo y, por tanto, diremos que la filiación es un hecho del que nace una relación directa entre los dos términos, progenitor y procreado, es decir, entre dos personas, padre o madre la una de la otra que se denomina hijo. Eso es lo que nos enseña y demuestra la realidad científica misma que explica el hecho biológico del nacimiento. La naturaleza no establece diferencias de ninguna índole; los privilegios que traen las diferencias los establecen los hombres en sus fórmulas legales. Por eso a nuetro entender dice acertadamente el profesor de Derecho Civil de la Universidad de La Plata, Julio Carlos Rébora, que "en consecuencia el conjunto de derechos y de deberes derivados de la relación llamada filiación o paternidad, no se subordina a la existencia previa, entre los progenitores, de un vínculo jurídico que corresponda al establecimiento controlado por el Estado, de relaciones sexuales permanentes. En principio, los derechos de filiación y los deberes de la filiación y los deberes de la paternidad no dependen de que los padres estén unidos o no en matrimonio".

Nuestro Código Civil clasificaba la filiación que resultaba de las relaciones habidas entre un hombre y una mujer que no estaban casados en el momento de la concepción en **natural, simplemente ilegítima y de dañado ayuntamiento.** La ley núm. 94, de 22 de Noviembre de 1935, derogando los artículos respectivos, suprimió la calificación de **hijos de dañado ayuntamiento,** para reemplazarlos con la clasificación única y general de **hijos legítimos e ilegítimos.**

Nuestro Código Civil fue, hasta hace poco tiempo, fiel trasunto de los prejuicios de la época, al establecer la clasificación de los hijos con el criterio más odioso, que perduró como resabio de la legislación romana. Hoy está derogada la arcaica clasificación que distinguía a los hijos nacidos fuera de matrimonio con el nombre de **naturales, si habían sido reconocidos;** con el nombre de **simplemente ilegítimos,** los **no reconocidos;**

y los hijos de reconocimiento prohibido o de **dañado ayuntamiento,** con el nombre de **adulterinos, incestuosos y sacrílegos,** para dejar reducida la clasificación de los hijos, a sólo dos clases: legítimos e ilegítimos.

306.—Historia evolutiva del Derecho sobre esta materia.— Alemania

Ningún derecho se reconocía a los hijos ilegítimos en la legislación alemana de los siglos medios, por acto **intervivos** ni por causa de muerte, con relación al padre y familia paterna ni a la madre y familia materna. Su mismo patrimonio pasaba al Estado cuando morían sin descendencia; las influencias del Derecho romano y del canónico modificaron esta triste condición y empezó a introducirse la práctica jurídica de reconocerles derecho a obtener alimentos de su padre y sobre todo de promover la **investigación de la paternidad** con aquél fin, que después fuera sancionado para todos los territorios que se regían por el Derecho común y también en otros cuerpos legales de Alemania, habiendo dado origen a múltiples conflictos las fuentes legales que regían los derechos de la prole ilegítima, y distintos criterios para resolver cual era la ley aplicable, pues mientras en unos Estados se establecía que lo sea la de la cópula generatriz, en algunos se aplicaba la de del domicilio del demandado, y en otros la del de la madre.

El hijo ilegítimo sigue la condición de la madre y lleva su nombre; y aunque ninguna legislación alemana le niega el derecho es generalmente innecesario, puesto que está prevenido que en el acta de nacimiento de un hijo ilegítimo se ha de hacer constar el nombre de la madre, fuera de aquellos territorios regidos por el Derecho francés, en los que tal prescripción no existe. En cambio, está prohibido que conste el nombre del padre en el acta de nacimiento, a no mediar solemne reconocimiento por parte de éste, o constar por decisión judicial o acta notarial; y aun en los casos en que por virtud de esta circunstancia fuera conocido el padre y constara su nombre en el acta de nacimiento del hijo, éste no adquiere el derecho de llevar el nombre de dicho padre sino el de su madre.

307.—Prusia

La situación legal de los hijos ilegítimos no les atribuye en **Prusia** otras relaciones jurídicas que con la madre, a la que sólo pueden heredar, mientras que en los países regidos por el Derecho común, y también según el Código de Sajonia, estas relaciones se extienden a la familia materna bajo la misma

consideración de los hijos legítimos, tanto respecto de los alimentos como de las sucesiones. Más aún; se consideran de igual condición para todos estos efectos los hijos propiamente **naturales**, los **adulterinos** y los **incestuosos**, doctrina extensiva que constituye el criterio del **Landrecht** prusiano y del proyecto del Código Civil, lo cual no sucede en otros territorios regidos por el **Landrecht** bávaro de Wurttemberg y algún otro, que no reconocen a los hijos de dañado ayuntamiento derecho alguno. **En Sajonia** se acepta el criterio intermedio de reconocer algunos derechos a los hijos **adulterinos**, aunque no tantos como a los naturales, en los casos en que aquéllos concurran a la sucesión con el marido de su madre.

La madre no tiene verdadera **patria potestad** sobre los hijos ilegítimos ni aun en aquellas legislaciones que le otorgan el poder paterno sobre los legítimos, sino simplemente una **tutela**, por razón de la cual le corresponde regir su educación. En **Prusia** la ley moderna de tutelas considera tutor legal de los mismos al abuelo materno.

El hijo ilegítimo, y además la madre, tienen en Derecho alemán una acción para exigir el reconocimiento de la **paternidad** contra la persona a quien ésta se imputa mediante la prueba correspondiente. Es distinto, por lo demás, el criterio legal que en diferentes territorios se aplica a los casos en que la madre tuvo relación carnal con varios varones, pues, según **Lanrecht** bávaro y el Código Sajón (1872) se reputa a todos como obligados solidariamente; conforme a la ley de Baden (de 21 de febrero de 1851) no puede invocarse aquel hecho de la pluralidad como excepción, y, por último, con arreglo a la ley prusiana (de 24 de abril de 1895) y a la de Wurtemberg (de 5 de septiembre de 1839), dicha excepción destruía la acción de reconocimiento.

Siendo fundamental en el Derecho alemán la doctrina de que la familia no se constituye sino sobre la base del matrimonio, el reconocimiento voluntario o judicial de la paternidad de un hijo ilegítimo no establece vínculos genuinamente **familiares**, ni, en su consecuencia, autoriza al hijo reconocido para llevar el nombre de su padre ni para seguir su condición. En la esfera de las relaciones personales, el reconocimiento de un hijo natural no tiene otras aplicaciones que las relativas a la materia de impedimentos para el matrimonio, y las consecuencias jurídicas quedan limitadas a ciertos derechos del hijo en los bienes del padre, y no viceversa, por lo que se refiere a su alimentación, y a su sucesión circunstancial y de cuota.

308.—Inglaterra

En **Inglaterra**, los hijos **ilegítimos**, reputados **naturales** —y lo son todos los que no proceden de un matrimonio válido,— se consideraron siempre desligados de vínculo civil con sus progenitores, y eran denominados **nullius filii** —hijos de nadie o hijos del pueblo,— no reconociéndoles pariente alguno en línea colateral ni ascendente. Se les excluía, por esto mismo, de la sucesión intestada de la línea paterna, de la materna y de la colateral, y sus relaciones familiares de parentesco empiezan con sus propios hijos, que son los que tan sólo tienen derecho a heredarles abintestato. Dado, no obstante ,el amplio principio de libertad de testar que impera en la legislación inglesa, pueden los padres disponer en su testamento de cuanto gusten en favor de sus hijos naturales. La incapacidad sucesoria del hijo ilegítimo para heredar como tal a sus ascendientes sólo puede desaparecer en virtud de un **bill** del Parlamento. El sostenimiento de la prole ilegítima corrió en Inglaterra únicamente a cargo de la parroquia en que había sido expuesta.

El hecho de acreditarse la filiación de una persona, respecto de otra, no le da la condición civil de **hijo**, ni atribuye, por el reconocimiento ni por otro medio del que resulte investigada y puesta en claro la paternidad o la maternidad, otro derecho que el de alimentos, que pudiéramos decir, estrictamente naturales.

Esto, no obstante, la madre del hijo natural está obligada al sostenimiento del mismo, mientras permanece soltera o viuda, y hasta que aquél cumpla los diez y seis años o sea apto para librar por sí su existencia, debiendo además permanecer en su compañía si fuere hija. Es más; el hijo natural tiene, respecto de su madre, aun cuando después se case, la consideración de un hijo de familia, quedando sometido el cónyuge a las propias obligaciones que ella, pero adquiriendo, en cambio, cierto derecho a una especie de guarda (**custody**) que dura hasta los diez y seis años.

La **investigación de la paternidad** está admitida por las leyes inglesas. La madre soltera o viuda que no cuenta con los medios necesarios para el sostenimiento de su hijo natural, puede solicitar de los Tribunales que declaren la paternidad, mediante prueba, respecto del autor del embarazo, debiendo entablar esta acción durante el tiempo de la preñez, o en los doce meses siguientes al parto, pues de otro modo no prosperará la demanda, a no ser que durante aquellos plazos el padre hubiera prestado voluntariamente recursos para el

sostenimiento del hijo. Además de la garantía moral del juramento que debe acompañar a la declaración de la mujer imputando la paternidad de la prole natural a un hombre determinado, la ley inglesa establece otras para evitar los peligros de reclamaciones infundadas o maliciosas, aparte las sanciones penales impuestas en el caso de justificarse ser falsa la imputación. Probada la paternidad, el Tribunal condena al demandado, no a la obligación entera del sostenimiento del hijo natural, sino únicamente a que contribuya con una pensión semanal, fijada por tasa **única y común** para todos los casos, en 5 chelines. Si la madre no promueve la investigación de la paternidad, por cualquiera circunstancia, el hijo natural es adoptado en virtud del ministerio de la ley (Poor law) por la parroquia, la cual puede compelerle a entablar aquellas reclamaciones contra el autor de la concepción de que aquél proceda.

309.—Francia

A través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución francesa, en la ley de 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores **Planiol** y **Ripért** en su "Traite Elementaire de Droit Civil", en esta forma: En el antiguo Derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de **Bigot du Preaser,** el azote de la sociedad. **Tronchet** refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la

madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: **Virgini praegnati creditur".**

Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso de rapto. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que —ateniéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición— se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

El eminente expositor Luis Josserand explica en su "Cours de Droit Civil Francais" tal evolución del derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así: "En nuestro antiguo Derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido que se había orientado..... La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público....."

Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural. Esta ley con espíritu de moderación de humanidad y de justicia, realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantage.....

La Ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohibe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no cambió, y por consiguiente, la Ley de 1912 requiere interpretación restrictiva". (Páginas 679 a 681).

Los cinco casos en que permite la ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

"1º—En caso de rapto o de violación, cuando la época del rapto o de la violación coinciden con el de la concepción;

2º—En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

3º—En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

4º—En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción;

5º—En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo".

Comentando **Planiol** y **Ripért** esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código francés, dicen que "la enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos".

310.—Fuentes de nuestro Derecho Positivo sobre filiación ilegítima

A nadie se le escapan las fuentes de nuestro Derecho positivo en cuanto a filiación ilegítima se refiere: el Derecho español, la legislación especial que dictó España para sus colonias de allende los mares, propiamente llamada Legislación de Indias y la Legislación Nacional, desde 1810 hasta 1860, fecha de la expedición de nuestro Código Civil. Las leyes que lo han reformado las anotaremos después.

Al emanciparse de la Metrópoli los pueblos que formaron la gran República de Colombia y después se dividieron en tres Estados independientes, declararon vigentes en lo que no se opusieren a la Constitución y a las leyes substantivas y adjetivas que hasta entonces habían regido, es decir las contenidas en las Siete Partidas, en la Novísima Recopilación, Ley de Toro, etc. (Art. 188 de la Constitución del Rosario de Cúcuta, de 30 de Agosto de 1821.

Esos Códigos españoles constituían, por tanto, nuestra legislación civil, con las modificaciones que sucesivamente se han hecho por nuestro Legislador, sobre diversos puntos, como más adelante veremos.

El Código de Alfonso el Sabio declara que es **ipso iure** hijo natural el de barragana; y aun las leyes de Toro, dictadas en épocas de más cultura, expresan que es hijo natural, o bien el de concubina única y sola que habite en la misma casa del padre, o bien el que éste hubiere reconocido.

311.—Ley de 13 de abril de 1837

La principal omisión de la ley de Toro consistió en no determinar cómo se efectuara el reconocimeinto; y como ello originaba infinidad de litigios escandalosos sobre indagación de la paternidad, se expidió en el Ecuador la ley de 13 de abril de 1837. El texto de la mencionada Ley es el siguiente:

"EL SENADO Y CAMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, REUNIDOS EN CONGRESO,

En consideración de los abusos que se han introducido en las calificaciones y declaraciones de hijos naturales, no obstante que sobre el particular prescriben las leyes, para evitar fraudes y supercherías en una materia tan delicada,

Decretan:

Art. 1.—No podrá ser declarado hijo natural el que no haya sido expresamente reconocido por el padre, o que en su defecto no probare que al tiempo de la concepción vivía la madre en casa de aquel que pretende sea su padre, y que fue una sola.

Art. 2.—Caso de no producir una de estas pruebas no podrá ni aun admitirse otra alguna en juicio, ni mucho menos declararse la filiación natural.

Art. 3.—El reconocimiento del padre deberá constar de una manera clara, explícita y terminante, y no por indicaciones y conjeturas, ni por servicios u oficiosidades que pueden dispensarse a cualquier otra persona, y por otros diferentes motivos.

Art. 4.—La habitación de la madre en una misma casa con el que se supone padre al tiempo de la concepción del hijo, tampoco podrá estimarse por prueba bastante, si igualmente no se acredita que ella no se hallaba en la casa, como criada o inquilina, y que había entre ellos una amistad ilícita.

Art. 5.—En lo sucesivo sólo por reconocimiento explícito del padre, hecho en un instrumento público o a presencia del

juez y dos testigos, se podrá declarar a alguno por hijo natural para todos los efectos civiles. Sin este reconocimiento será prohibida toda investigación sobre paternidad natural".

Dado en Quito, a catorce de abril de mil ochocientos treinta y siete.

El Presidente del Senado, Juan José Flores.— El Presidente de la Cámara de Representantes, José María Santistevan.— El Senador Secretario, Angel Tola.— El Diputado Secretario de la Cámara de Representantes, Manuel Ignacio Pareja.

Palacio de Gobierno, en Quito, a 17 de abril de 1837.— Vigésimo Séptimo.

EJECUTESE,

Vicente Rocafuerte.

Por S. E.—El Ministro de Guerra y Marina,

Bernardo Daste.

312.—Régimen del Código Civil de 1860

Estas leyes estuvieron vigentes hasta que fue sancionado nuestro Código Civil que, calcado en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por acto entre vivos o por acto testamentario.

Nuestro Código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación.

Al efecto, todo hijo nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndolo citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía so-

licitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probare haber cuidado de su crianza. (Artículos 278 y 279 del Código Civil derogados por la Ley 94 de 1935).

Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de paternidad estaban destinados a producir en el sistema de nuestro Código limitados efectos, el de ser alimentados por sus padres, pero sólo en los casos de los artículos 282, 284, 285 y 286 del Código Civil (derogados por la Ley de 1935) pues que el artículo 311 del mismo Código, al determinar las personas a las cuales se deben alimentos y enumerar entre éstas a los hijos ilegítimos, agregaba, en el numeral 6º, "según el Título XIV de este Libro"; lo que equivalía a prescribir que el deber de los padres de alimentar a los hijos ilegítimos sólo tenía lugar en los casos puntualizados en los antedichos artículos, que eran los únicos que fijaba tal Título, o sea: cuando el padre confesaba con juramento que se creía padre del hijo; cuando no comparecía ante el juez, pudiendo, a prestar la declaración pedida por el hijo; cuando la madre declaraba con juramento que se creía tal; cuando, en caso de negarlo, se probaba, con testimonios fehacientes, el hecho del parto y la identidad del hijo; y en el caso del padre raptor, cuando, asimismo, con testimonios fehacientes, se probaba el rapto y que fue posible la concepción mientras estuvo la raptada en poder del raptor; pues, fuera de estos casos y del contemplado en el artículo 1159 del Código substantivo (reconocimiento por acto testamentario), el hijo ilegítimo no tenía, en la anterior legislación, derecho a exigir alimentos, aunque constase de un modo auténtico el reconocimiento en otra forma o constase también plenamente la filiación del hijo, como en el caso del habido dentro de un matrimonio nulo y no putativo.

Sistema absurdo que hacía de mejor condición al hijo reconocido forzosamente, aunque fuese de dañado ayuntamiento, que al reconocido voluntariamente o al habido dentro del matrimonio nulo.

313.—Leyes reformatorias del Código de 1860. Consideraciones sociales y de hecho

Las leyes que han reformado el Código de 1860, en relación con la filiación ilegítima, podemos enumerarlas así:

La Asamblea Constituyente de 1929 reconoció a los hijos ilegítimos "el derecho a ser criados y educados por sus padres y a heredarles en la proporción que determine la ley".

Estableció, al mismo tiempo,

"el derecho de investigar la paternidad en los casos y en la forma que determine la ley".

Quedó así encargada a los Congresos que siguieran, la tarea de emprender en las reformas del Código Civil que realizasen el noble propósito constitucional, y como resultado de los estudios que se encomendaron a la Academia de Abogados, un **Proyecto** que ella aprobó fue presentado al Congreso ordinario de 1931 y discutido en la Cámara de Diputados, con la concurrencia de algunos Ministros de la Corte Suprema.

314.—Ley 94 de 1935

El Proyecto, que omitimos publicarlo, es casi idéntico a la ley francesa de 1912, o cuando menos debe reconocerse que los autores del proyecto tuvieron a la vista dicha ley y procuraron adaptarle al Ecuador; ley que no llegó a expedirse, por incuria de los Congresos posteriores. Viene en seguida la Ley 94 de 1935, justa y reivindicadora en su finalidad, aunque ello no quiere decir que en materia de filiación ilegítima se haya dicho la última palabra, pese a que la susodicha ley reglamentó íntegramente la materia mencionada. Después tenemos la Ley 221 de 1936, modificatoria de la anterior, que dispuso:

315.—Ley 221, de 1936

"Art. 1º—El Art. 269 del Código Civil, dirá:

"El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, o ante un Juez y tres testigos, o por acto testamentario, o por declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres".

"Si la declaración, en la inscripción del nacimiento o en el acta de matrimonio, hubiese sido hecha en cualquier tiempo anterior a la expedición de esta ley, tal declaración valdrá como reconocimiento, pero los efectos del mismo no surtirán sino a partir del 26 de marzo de 1929".

Quedó así modificado radicalmente el sistema restrictivo para entonces imperante, aceptando normas e instituciones que también han sido adoptados en el derecho contemporáneo de los pueblos cultos y que nuestro legislador consideró conveniente prohijar para regular de una manera más justa y equitativa la situación jurídica de una gran parte de nuestra población.

316.—Ley 211 de 1937

Posteriormente, la Ley 211 de 19 de julio de 1937, también modificatoria del Decreto Supremo 94, relativo a la guarda de los hijos ilegítimos. Y, finalmente, la Constitución de 1945 confirió a los hijos ilegítimos el derecho a ser criados por sus padres en las condiciones de legítimos y a heredarles en la misma proporción de igualdad. Poco tiempo había de imperar, sin embargo, esta noble conquista del derecho familiar y sucesorio.

Un movimiento político más, de los innumerables que se han sucedido en nuestra breve vida republicana, dejó sin efecto la flamante Carta Fundamental de 1945, pocos meses después de su vigencia (de seis de marzo del mismo año al 31 de diciembre de 1946).

El estudio de la filiación ilegítima ha merecido en el desarrollo institucional de los Estados, la atención ya serena, ya apasionada, ciega y demoledora de juristas, moralistas, filósofos y sociólogos de diversas tendencias ideológicas. No es, pues, un tema vacío de contenido filosófico en manera alguna. Y como es un estudio que hay que afrontar con clara y definida inteligencia, limpia de todo aberrante prejuicio, puesto que atañe nada menos que a uno de los soportes básicos de la sociedad, como es la familia, célula básica de todo orden social y político de carácter orgánico, no puede uno menos de invitar a la consciente reflexión de las generaciones ecuatorianas, para que expuesto el problema al desnudo y sin tapujos acomodaticios, apliquen a su solución, divulgación y defensa, la mejor de sus inquietudes y talentos, el mayor acervo de conocimientos sociológico-jurídicos, saturándolos de un recto criterio y de la mayor dosis de equidad y de justicia social.

Esa es la labor de la nueva generación: acometer el estudio de todos los problemas que digan relación a la organización y funcionamiento del Estado en todas sus instituciones, para presentar ante el país realizaciones de vasto alcance que lleguen hasta la entraña misma de la Patria. De lo contrario estaría traicionando su misión histórica.

Nuestro Código de 1860, en relación con la filiación ilegítima, colocó en un plano de relegación absoluta a los hijos de **dañado ayuntamiento**, negándoles hasta los más elementales derechos de asistencia económica, moral y patrimonial, y excusando escandalosamente a los padres de cumplir estos sagrados deberes. No tenían por ley, ni padre, ni madre, ni parientes por parte de padre o madre, ni derecho a investigar

judicialmente la paternidad ni la maternidad ni parte alguna en la sucesión de sus padres; eran los hijos de nadie.

Como consecuencia de tales preceptos, el hijo de dañado ayuntamiento estaba desamparado jurídicamente.

En estas circunstancias, no importaba que murieran de hambre o que vivieran en el desamparo, con las puertas abiertas a la vagancia, a la prostitución y a las prisiones, millares de ecuatorianos; tampoco importaba que los padres —verdaderos culpables de la desgracia de los hijos ilegítimos y de sus madres— quedaran impunes, ni que hicieran gala de su poder fecundativo, causante de tantas miserias. Ni siquiera importaba que las mujeres burladas permanecieran en el desamparo, víctimas de la reprobación moral de la sociedad y de su familia, expuestas casi siempre a obtener subsistencia mediana a cambio del comercio carnal si bien les iba, y si no terminaban de prostíbulo en prostíbulo en busca del licor para fugarse de la realidad vergonzante en que habían sido colocadas. ¿Qué importaba todo eso si lo esencial era defender la sacrosanta institución matrimonial? Pero ¿qué religión es aquella que quiere mantener un precepto, una institución como la familiar, por necesaria y moral que sea, si lo busca en función del olvido de la desgracia de tántos seres inocentes? ¿Y en qué queda la finalidad de protección social que todos defendemos? Y no se crea que nuestras afirmaciones son profanas; absolutamente!

Era la idolatría de la familia legítima y el concepto ático de la moral; imaginó el legislador del 60 que el hombre y la mujer católicos se abstendrían de las reaciones sexuales ilegítimas y buscarían en el matrimonio el remanso propicio para perpetuar su especie. La ley pudo haber traducido un anhelo nobilísimo o una aspiración moralizadora, pero estaba divorciada de la realidad humana.

Las estadísticas de todos los países mencionan con datos tenebrosos las miserias sociales de los hijos que nacen a la vida sin saber quienes son sus padres. De estos hijos, la muerte hace más víctimas: en ellos, las enfermedades buscan su reino; el hambre y la miseria los envuelven y la sociedad los olvida y abandona. Y por sí no fuera suficiente, los repudia.

Al defender la tesis de la filiación ilegítima, decía el penalista español Jiménez de Asúa: "El problema surge cuando nacen hijos. Un tercer ser aparece en la vida y al Derecho le interesa entonces garantir su existencia y asegurar sus facultades".

La protección legal del niño es, en efecto, uno de los más nobles postulados del pensamiento jurídico contemporáneo. Juzgamos empero, que la protección del niño y la dignifica-

ción de la mujer, son las orientaciones básicas de la nueva organización de la familia.

El ideal sería rodear al matrimonio de suficientes garantías de estabilidad, alejando la posibilidad del divorcio, mediante medidas que, como la educación sexual, el certificado médico pre-nupcial, el patrimonio familiar, el bono y el salario familiar, etc., lleven a la familia el desahogo económico y la salud física y moral necesarias.

Pero al proteger la familia matrimonial, no podemos olvidar la que se forma al margen de la ley y que responde a una realidad humana.

Son hechos sociales notorios y visibles estos de los hijos ilegítimos. Comprenderlos para encauzarlos en el mejor sentido, es obra de justicia social. No se afianza ni se hace respetable y digna la institución de la familia y el orden social manteniendo fuera del ámbito de la ley a seres indefensos y marcándoles con el sello ignominioso de una ilegitimidad de la que no son culpables. ¿Qué podía esperar de bueno la sociedad de seres que desde su nacimiento la ley los arroja fuera de sí, y los lanza al azar de las contingencias sin que nada se hiciera en favor de ellos y se les niegue hasta el derecho de tener padre?

La Ley 94 de 1935 es, sin duda alguna, el acto más revolucionario —dándole a esta palabra el sentido lato y noble que ella contiene, y no el jacobino y trasnochado que otros le dan— que nuestro país ha realizado en su obra legislativa en los últimos tiempos. Pero no es en manera alguna suficiente. Al hacer las anotaciones relacionadas con los hijos legítimos e ilegítimos, hablamos de la obligación que tienen los padres de proporcionar alimentos para subsistir, de que esta obligación sea siempre cumplida, y no es raro entre nosotros ver juicios que versan sobre reclamación de alimentos propuestos contra padres que desalmadamente han abandonado este deber. Padres que han desertado del hogar legítimamente formado, o padres que han abandonado a los hijos habidos fuera de matrimonio, o personas que llamadas por la ley se resisten a proporcionar los alimentos a que están obligados a cumplir con estos deberes, cuya omisión, en muchísimos casos es voluntaria o culposa.

El incumplimiento de este deber es necesario elevarlo a la categoría de un delito, para así evitar que se sigan irrogando graves daños a la niñez en desarrollo, esta niñez que precisa de los medios de subsistencia para poder vivir. Los niños que mueren por la falta de nutrición que le niegan sistemáticamente los autores de sus días son los crímenes de lesa niñez que quedan en la impunidad.

En algunas legislaciones, como la alemana y la mejicana han encontrado medios de asegurar, y hacer efectiva la pensión alimenticia; pero la solución mejor la da el Código francés, que por Ley dictada el 7 de Febrero de 1924, considera culpable de abandono de la familia y castigan con prisión de tres meses a un año, o con multa de 100 a 200 francos, a las personas que habiendo sido condenadas a servir una pensión alimentaria a sus hijos menores, si durante tres meses no hicieran el abono de ella. Los padres o madres condenados por abandono de la familia, podrán ser privados de la patria potestad y de sus derechos civiles. Mas aún, a los malos padres llega esta ley a privarles del derecho del sufragio, "considerando con sobra de razón, que quien no ha sabido velar por el destino de sus propios hijos, mal podría orientar las gestiones del Estado".

317.—Derecho Comparado

Cuando uno penetra en el estudio de las legislaciones de otros países americanos y europeos, en lo que se refiere a los hijos ilegítimos, se da perfecta cuenta de la alteración profunda que ha experimentado en esos países el sistema legal de la acción y el proceso de filiación natural.

Tal, por ejemplo, el caso de Alemania, de hoy, que en 1926 derogaba la **"Exceptio plurium"** que consistía en una forma de excepcionarse el padre de sus obligaciones, alegando para ello la mala conducta de la madre, pues en reemplazo de este principio se sustentó el que todos los amantes de una mujer estaban solidariamente obligados a ella y a su hijo, cuestión jurídica que está incorporada en el Art. 184 del Código del Niño del Uruguay.

Países como Suecia, Noruega y Dinamarca, extreman esta protección defiriendo al juramento de la madre admitido de tal manera que la paternidad queda de pleno derecho declarada, a menos que el padre, por cuerda separada, demuestre lo contrario.

Ya hemos dicho que en Francia el artículo 340 del Código de Napoleón, que prohibía la investigación de la paternidad, ha sido substituído por la Ley de 16 de noviembre de 1912 que establece su declaración judicial.

La prohibición del Código Civil chileno, ha sido modificada por la Ley de 30 de noviembre de 1935, que al agrupar dentro de la clase de hijos ilegítimos a los naturales no reconocidos, adulterinos e incestuosos, con derecho a los alimentos, permite la investigación de la paternidad, en caso de negativa a su prestación.

318.—España

Debe recordarse también que en España, desde las antiguas leyes, se les dió acceso en la sucesión por causa de muerte y en concurrencia con legítimos a los hijos que no lo fueran, especialmente en la sucesión materna, en la cual se les equiparaba (Ley 11, Título 13, Partida 6ª). Y si el Código de 1870 marcó un retroceso en tal sentido, la Constitución de 1931 preceptúa: "Los padres están obligados, respecto de sus hijos, a alimentarlos, a asistirlos, a educarlos e instruírlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos "habidos fuera de matrimonio", los mismos derechos que respecto de los nacidos en él. No podrá calificarse la legitimidad ni ilegitimidad de los nacimientos, ni mencionarse el estado civil de los padres ni en las actas de inscripción, ni en filiación ninguna".

319.—Uruguay

La legislación del Uruguay es también categórica: los descendientes legítimos solos, "o conjuntamente con los hijos naturales", cuando los hubiere, o sus descendientes legítimos o "naturales excluyen a los otros herederos". Y cuando los hijos naturales concurran con los legítimos, tendrán por hehencia lo que les correspondería como legítima si la sucesión fuere testamentaria (artículo 1025). Define la legítima como la parte de los bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador, y de que éste no puede privarle sin justa causa y probada de desheredamiento. Los legitimarios son, pues, como entre nosotros, herederos forzosos, pero allí lo son los hijos naturales, aun en concurrencia con los legítimos (artículo 884). Además, tienen legítima los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima o natural (885). Y, finalmente, para no abundar más en citas:

320.—Méjico

En América este país está a la cabeza de la tendencia igualitaria de todos los hijos, ya que éste principio anima la Constitución mejicana vigente desde el 1º de octubre de 1932. Allí, todos los descendientes, legítimos o naturales, se llaman simplemente parientes, hijos. Cuando concurren a la herencia hijos solamente, sean legítimos y naturales, se reparte

entre ellos la herencia "por partes iguales". Es decir que el derecho hereditario de los hijos naturales en frente de los legítimos es igual al de éstos. Y es de anotar que ni en este país ni en ningún otro han ocurrido las alteraciones sociales ni el caos familiar anunciado por los impugnadores de la tendencia igualitaria de los hijos.

321.—Acción de filiación

El estado civil de las personas consiste en el conjunto de cualidades que la ley exige para el goce de ciertos derechos. Es también la situación que da vida a cualquiera de esas cualidades, es cada una de esas calificaciones particulares y las condiciones anexas a ellas. Independientemente de su voluntad, el estado civil se determina en cada individuo por el nacimiento y queda para siempre fijado por la muerte. Entre estos dos acontecimientos extremos, el estado civil puede ser modificado por diversas causas, capaces de suprimir o añadir distintas cualidades o estados.

Filiación, paternidad, maternidad son tres aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un ser humano con sus autores. Se denomina filiación cuando ese vínculo se enfoca desde el ángulo del hijo; paternidad si desde el del padre, y maternidad si desde el de la madre. La filiación existe, pues, necesariamente en todos los seres de la especie humana, porque se es forzosamente hijo de un padre y de una madre.

El hecho fisiológico de la generación es uno de los elementos que hoy sirven para configurar la noción jurídica del parentesco, del cual se deducen las relaciones de familia y la estructuración de ésta.

En Roma, durante el período pagano, el hijo nacido fuera de matrimonio no estaba vinculado a su padre ni a su madre. Para el derecho civil era completamente indiferente. No gozaba de derechos pero tampoco tenía obligaciones. La filiación se basaba en el lazo artificial de la potestad. En seguida, cuando comenzó a tenerse en cuenta el hecho de la procreación, se reconoció el vínculo entre el padre y el hijo, igual en todas las hipótesis, no importaba que el hijo fuera habido en concubinato o en un acto sexual aislado. Siempre heredaba a la madre y pertenecía a su familia. No hubo, por consiguiente, en Roma madres legítimas sino madres naturales. En cambio, la paternidad natural jamás existió. El matrimonio con manus o la institución posterior, originalísima del matrimonio sin manus, creaba el vínculo entre el padre y el hijo procreado dentro del matrimonio, siempre que el marido, en virtud de que tenía un derecho idéntico sobre todos los hijos

de su mujer y carecía de deberes hacia ellos, aceptase al hijo que se le presentaba, puesto que podía rechazarlo libre y arbitrariamente.

El derecho cristiano, contrario hacia relaciones sexuales fuera de matrimonio, cambió el sistema. Distinguió al concubinato de las demás relaciones extramatrimoniales para reconocer la paternidad como fuente de ciertos derechos y creó, además la institución de la paternidad.

En el mundo contemporáneo coexisten tres sistemas acerca de la filiación, a saber:

a), el reconocimiento de la filiación únicamente con la existencia previa del vínculo matrimonial entre los autores del hijo. Por consiguiente, en esta acción prepondera todavía el elemento del matrimonio como condición necesaria para que el hecho fisiológico de la generación produzca efectos jurídicos;

b), la clasificación de la filiación en dos grupos, legítima y natural. Aquella se rige por el criterio dicho y de ella surge la familia. La segunda se basa en el reconocimiento voluntario de hijo por el padre o en la comprobación judicial del hecho de la procreación;

c), se prescinde de toda noción extraña al hecho fisiológico simple para atenerse sólo a éste y no se establecen, por lo tanto, diferencias entre los hijos legítimos y los naturales paar los efectos de la familia y de la sucesión.

El hecho de la paternidad es más difícil de probar que el de la maternidad, pues con respecto a ésta se reduce a la probanza del hecho del parto y de la identidad.

Por la dificultad mencionada, las legislaciones conceden más importancia a la regulación de la investigación de la paternidad; apareciendo junto a las doctrinas que la admiten ampliamente, otras que abogan por su supresión de los Códigos, o, al menos, su limitación.

Para la reclamación de la paternidad y maternidad ilegítimas, la Ley 94 de 1935 ha consagrado en su Art. 5º los cinco casos (Art. 300 de la codificación vigente) en los cuales el juez puede deducir el hecho de la filiación paterna o materna. No son verdaderas presunciones legales, porque el juez conserva libertad para rechazar la demanda si en el proceso existen elementos que debiliten su convicción, pero sí son a manera de presunciones con las cuales puede el juzgador declarar la paternidad.

De tal manera que en el estado actual de nuestra legislación, la comprobación de la paternidad y maternidad ilegítimas está limitada a los casos mencionados en el citado artículo 5º de la Ley 94 de 1935.

Si dentro del régimen de la familia legítima, en que el hijo nace protegido por la presunción legal de paternidad que del matrimonio arranca, todavía es posible impugnar la legitimidad a pesar de mostrarse la filiación en las mejores condiciones de certidumbre, no habrá de ser nunca menos austera la exigencia legal de las pruebas fidedignas, irrefragables y del todo concluyentes que se produce en campos de incertidumbre a veces impenetrables, desde luego que la paternidad, oculta por naturaleza, no es susceptible todavía de comprobación directa.

Si el debate sobre la filiación legítima, fundada en el matrimonio, se orienta sobre bases ciertas: período biológico de la gestación, presunción **pater is est quem nuptiae demostrant,** en la procreación extramatrimonial no existe el mismo apoyo de certidumbre, el demandado se presume libre de una paternidad que es necesario comprobar por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes que no permitan el menor género de duda, en el ánimo del juzgador.

322.—Formas de reconocimiento

La regla fundamental de nuestro derecho en materia de filiación ilegtíma consiste, como hemos dicho, en hacer del reconocimiento, que es un acto unilateral de voluntad, el único modo por el cual puede probarse dicha filiación, salvo por sentencia judicial y en los casos que la ley permite la investigación de la paternidad.

En un principio, la doctrina general consideró el reconocimiento como un acto de confesión. Se decía que cuando un progenitor era llamado a declarar en juicio acerca de si el actor era hijo suyo, y así lo afirmaba, el acto revestía dicho carácter, y que idéntico valor presentaba la declaración extrajudicial producida por medio de un instrumento público. Pero **Colin,** examinando más de cerca el problema en una monografía cuyas conclusiones aceptan **Planiol** y **Ripert,** sostuvo que ello no era siempre exacto, porque no en todas las hipótesis se reconocen hechos litigiosos y que perjudiquen a la persona, extremos necesarios para que exista jurídicamente la confesión. Ahora bien, cuando fuera de pleito el padre o la madre declara espontáneamente el vínculo que lo une con el hijo, no puede afirmarse que existan intereses encontrados ni un detrimento para el otorgante. Según **Colín,** el **reconocimiento** es una figura jurídica de carácter especial, a la que denomina **acto de admisión.**

323.—Reforma de la Ley de 1935

Innovando los modos de reconocimiento, el artículo 15 de la Ley 94 de 1935, introdujo modificaciones substanciales: exigió, en primer término, la presencia de tres testigos en lugar de dos cuando se realiza ante un Juez; y estableció como nuevas formas de reconocimiento "la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres". (Artículo 295, inciso 1º del Código Civil vigente).

El reconocimiento puede ser hecho por ambos padres conjuntamente, o solamente por uno de ellos.

"Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quién, o de quién hubo el hijo ilegítimo", dice el inciso 3º del artículo 295; pues, en este caso la filiación sólo quedará establecida respecto del padre o madre que reconoce.

324.—La Ley II de Toro

La ley II de Toro, exigía únicamente el reconocimiento del padre para que el hijo fuera considerado como natural, no sólo respecto de él, sino de la madre, aunque ésta no hubiera vivido en la casa del padre ni se tratara de una concubina, bastando que la maternidad fuera notoria, como tenía que serlo en ese caso, o que se acreditara.

Nuestro Código exige, en todo caso, el reconocimiento; pero permite que éste se haga o por ambos padres a la vez o por uno de ellos.

En el proyecto del Código español de 1851, se estableció que "cuando el padre o la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podían revelar en el acto de reconocimiento el nombre de la persona con quien lo hubo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida"; disposición que justificaba **Goyena**, diciendo que era una consecuencia del sistema que prohibe la investigación de la paternidad; pues "no pueden permitirse en el reconocimiento aislado designaciones de nombre ni de circunstancias que sólo pueden conducir a la difamación y al escándalo".

El Código español vigente, ha reproducido esta disposición en el artículo 132. Lo mismo establecen el artículo 124 del Código de Portugal; el artículo 368 del Código de Méjico, el artículo 207 del Código de Venezuela y el 19 de Costa Rica. Igual disposición consigna el artículo 212 del Código del Uruguay.

325.—¿Puede un incapaz reconocer a un hijo ilegítimo?

Hemos dicho que el reconocimiento es un acto esencialmente personal, que sólo puede ejecutar el padre o madre que reconoce. La ley se ha limitado a establecer este principio en la redacción del artículo 294; pero no se ha explicado sobre la capacidad requerida para reconocer a un hijo ilegítimo. ¿Podrá reconocerlo una persona incapaz?

Se ha sostenido que el menor, un hijo de familia, la mujer casada u otro incapaz, no puede reconocerlo por sí sólo, porque tal acto es, tanto respecto del padre como de la madre, un acto de declaración de voluntad y actos de esta especie no pueden ser ejecutados por un incapaz, con arreglo al artículo 1498 del Código.

La cuestión ha sido controvertida entre los tratadistas; pero se admite generalmente que no es necesario tener la capacidad de obligarse para poder reconocer a un hijo ilegítimo; y que para el propósito perseguido por un acto de esta naturaleza basta que la persona que lo lleva a cabo sea capaz de discernimiento y apta para la generación.

La ley no indica condiciones de capacidad; cualquier persona, un incapacitado inclusive, con tal de que tenga conciencia de lo que hace puede reconocer un hijo. Así puede hacerse el reconocimiento:

326.—Mujer casada

1º—Por la **mujer casada**, sin autorización marital. El reconocimiento de un hijo ilegítimo no es un contrato; es una declaración; "es llenar el primer deber de la naturaleza", dice **Merlin.** No es el reconocimiento el que produce las obligaciones sino el hecho de la paternidad o de la maternidad; y la persona que ha llegado a ser padre o madre debe tener la capacidad de llenar las obligaciones de tal.

Todos los tratadistas franceses, con la excepción de **Laurent**, están de acuerdo en esta conclusión que es aceptada también por la jurisprudencia.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo es un acto personal que sólo puede ejecutar la persona que reconoce; la ley exige la declaración voluntaria y libre de la madre y nadie, salvo un apoderado especial nombrado por ella misma, lo que para el caso es idéntico, puede hacer semejante declaración

de maternidad. El marido puede autorizar a su mujer en aquellos actos que caen bajo su potestad, que él debería y podría, por lo tanto ejecutar; pero nada tiene que hacer en actos que sólo su mujer puede realizar, porque le son exclusivamente personales.

327.—Menor de edad

2º—Por un **menor,** sin asistencia de su tutor o curador. Lo que acabamos de expresar facilita, en nuestro concepto, la solución. El reconocimiento supone una manifestación exclusivamente personal de voluntad. Nadie, sino los interesados —padre o madre— pueden intervenir en el reconocimiento, por la naturaleza de éste y el carácter íntimo que reviste una manifestación de tal índole; no puede entrar entre los actos de gestión que correspondan al curador. Si un menor no pudiera por sí mismo e independientemente de la autoridad de su curador, reconocer a un hijo ilegítimo, el reconocimiento sería imposible hasta la mayor edad, ya que el curador no puede ejecutar acto semejante. Las consecuencias de tal situación serían gravísimas: por una parte, el menor no podría legitimar a sus hijos naturales por el matrimonio celebrado durante su menor edad; y, por otra parte, el hijo quedaría privado de su estado a causa de la muerte de sus padres antes de la mayor edad.

328.—Demente

3º—Por un **demente** durante un intervalo de lucidez, por análogas razones a las que se acaban de exponer.

El reconocimiento puede ser hecho también por acto testamentario. La disposición de la ley es general y, por tanto, puede hacerse en testamento abierto o cerrado, o en testamento privilegiado.

"El reconocimiento del hijo ilegítimo debe ser notificado, y aceptado o repudiadio, de la misma manera que lo sería la legitimación según el Título **"De los legitimados por matrimonio posterior a la concepción"**, dice el artículo 296 del Código Civil.

La ley no fija plazo para hacer esta notificación y como el reconocimiento puede hacerse en instrumento público o en acto testamentario, la notificación en este último caso, vendrá hacerse después de la muerte del padre o madre, que reconoce.

El hijo puede aceptar o repudiar el reconociimento con entera libertad si es mayor de edad y no vive bajo potestad marital. La Ley le hace único juez de su determinación.

Si la persona reconocida como hijo ilegítimo vive bajo patria potestad necesita del consentimiento del marido para aceptar o repudiar el reconocimiento; y en caso de imposibilidad o negativa del marido, su aceptación o repudiación deberá ser autorizada por la justicia.

329.—De los efectos del reconocimiento

En el sistema de nuestro Código, el reconocimiento, al mismo tiempo que establece la filiación ya existente, y que es su base indispensable, la eleva a la categoría de un estado civil; pero como esto tiene que ser su fundamento necesario, los efectos de la filiación así establecida por el reconocimiento libre y deliberado del padre y por el consentimiento del hijo, se retrotrae a la fecha del nacimiento del hijo.

330.—Irrevocabilidad del reconocimiento

Otro de los efectos del reconocimiento consiste en que, una vez efectuado en la forma prescrita por la ley, y aceptado por el hijo, tal reconocimiento es irrevocable; pues confiere al reconocido el estado civil de hijo ilegítimo, y el estado de las personas es de derecho público, sin que la voluntad individual pueda tener en él ni la más mínima influencia.

Pregúntase si el padre o madre que reconocen pueden revocar mientras no se hubiere notificado al hijo para que acepte o repudie.

Juzgamos que debe distinguirse:

O bien el reconocimiento consta de escritura pública, o ante un juez y tres testigos, o por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres. O bien de acto testamentario.

En el primer caso, el padre o madre no puede revocarlo.

Ha reconocido la paternidad o maternidad, manifestando la intención de conferir al hijo los derechos inherentes a la filiación ilegítima; y aunque el reconocimiento no surta efecto mientras el hijo no manifieste la intención de aceptar, por parte de los padres es acto perfecto e irrevocable. El reconocimiento no es una obra de liberalidad propiamente dicha, sino la declaración de un hecho, a la cual confiere la ley ciertos derechos, declaración de paternidad ilegítima que da al hijo un estado de filiación de que no puede ser ya despojado.

En cuanto al reconocimiento por acto testamentario, la cuestión ha sido muy controvertida.

331.—Reconocimiento en testamento que ha sido revocado

Por el hecho de consignarse el reconocimiento en un testamento, es revocable, se dice; de lo contrario, es falso lo dispuesto en el artículo 1066 del Código; si después de ese reconocimiento no tiene el testador la facultad de revocarlo, no es cierto que todas las disposiciones de última voluntad sean esencialmente revocables. Mientras vive el testador, el testamento no es más que un proyecto que puede ser modificado en cualquir momento sin necesidad de motivo declarado.

Tales son los principales argumentos de esta doctrina que ha sido seguida por muchos tratadistas. Pero, si es cierto que el testamento es esencialmente revocable debe tenerse presente que la ley consagra esta revocabilidad al definir el testamento como "un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días". De manera que es menester distinguir en el testamento dos partes: una que precisamente la constituye y que tiene por objeto determinar la manera y forma como el testador quiere que se transmitan sus bienes después de sus días, o en que provee a la guarda de la familia y a la ejecución de lo mismo que deja dispuesto; y otra que es extraña a su objeto, tal como la confesión de una deuda, o el reconocimiento de un hijo ilegítimo. Esencialmente revocable en cuanto a las cláusulas que forman la primera parte, es también esencialmente irrevocable en cuanto a las que constituyen la segunda; las cuales, si bien escritas en el testamento, no tienen nada de testamentarias. Hay aquí dos actos bien distintos, un testamento y un reconocimiento de hijo ilegítimo; dos actos, es verdad, consignados en un mismo papel, pero separados por su naturaleza intrínseca y por caracteres bien diversos, que los distinguen lo suficiente para evitar toda confusión.

Si la ley permite consignar en un testamento accidentalmente cláusulas extrañas a los bienes y que sean irrevocables por su naturaleza, la circunstancia de estar contenidas en un testamento no las hace revocables.

El carácter del reconocimiento que, ante todo, es la confesión expresa de un hecho, a que sirve de prueba de su existencia y que no puede variar a voluntad, porque el padre que reconoce la paternidad o la madre que acepta la maternidad, no pueden destruir ya este hecho por una manifestación contraria.

No hay razón alguna para distinguir entre el reconocimiento hecho en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres y el que se hace en un testamento. El reconocimiento es siempre el mismo y la forma

en que se hace no puede conferir al padre o madre un poder que contraríe la naturaleza misma del acto, entregando el estado civil del hijo a los vaivenes de las ajenas influencias que pueden hacerse sentir sobre el testador.

Vamos a hacer ahora una salvedad o distinción que debíamos haber tomado en cuenta al principio, y a la cual no se refiere nada de los que dejamos expuesto. ¿Podrá decirse que es irrevocable el reconocimiento que se hace en un testamnto cerrado? Esta es la situación que quieríamos eliminar de las consideraciones anteriores, porque efectivamente no le son aplicables. Antes de haberse procedido a la comprobación de su identidad y demás circunstancias que han de preceder a su debida apertura y publicación, no es propiamente un instrumento testamentario.

Y se concibe al momento la diferencia que hay entre testamento cerrado y el abierto. Este último está en un protocolo de donde ya no puede desmembrase, es, a más de un instrumento, una escritura púbilca, cuando en un acto tan solemne, ante los testigos y el funcionario que es llamado a autorizarlo, el padre o la madre reonocen al hijo y declaran su voluntad de llamarlo al goce de los derechos que la ley concede al estado civil de **hijo ilegítimo**, ¿cómo sería admisible dar al testador la facultad de revocar este reconocimiento y solemne declaración de su voluntad que fue libre hasta el otorgamiento del acto, pero que ya quedó manifestada y que fija una relación de paternidad y filiación invariable por su propia naturaleza y que constituye un estado civil?.

La ley permite impugnar el reconocimiento por diversas causas; pero no acepta que pueda alguien prevalerse de la falta de notificación y aceptación para desestimarlo, lo que evidentemente habría hecho si el reconocimiento hubiera necesitado para su perfeccionamiento la aceptación del hijo.

Los tribunales franceses han aceptado esta resolución.

La generalidad de los Códigos no se pronuncia sobre la revocabilidad o irrevocabilidad del reconocimiento.

Entre los pocos que se ocupan de este punto el de la República Argentina distingue: si el reconocimiento se hace por escritura pública, o ante los jueces, o de otra manera es irrevocable según el art. 332; pero todo reconocimiento hecho en tsetamento puede ser revocado según el art. 333. El Código del Uruguay, art. 215, dispone que el reconocimiento es irrevocable, sea hecho por escritura pública o por testamento. El Código de Méjico, art. 381, dice: "El reconocimiento no es revocable para el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, aunque éste se revoque no se tiene por revocado aquél". El Código alemán se ha pronunciado en el mismo sentido, en el art. 1718, que no permite al padre que ha reconocido al hijo

inmediatamente después de su nacimiento, en escritura pública, alegar la excepción que le acuerda el art. 1717 para rechazar la presunción de paternidad que resulta de su cohabitación con la madre en la época de la concepción, probando que ella ha cohabitado también con otro hombre en esa misma época.

Pero en materia tan importante como trascendental debe alejarse aun los más leves motivos de duda, incorporando al texto del Código un precepto que solucione esta cuestión en favor del niño, cuya regulación jurídica se perfecciona cada vez más.

332.—Reconocimiento por declaración personal ante el funcionario del estado civil. Retroactividad

La alteración profunda que experimentó el sistema legal de la prueba de la filiación ilegítima y reconocimiento de hijos ilegítimos, está plasmada en la norma contenida en el art. 15 de la Ley 94 de 1935, al establecer como prueba plena de la filiación ilegítima "la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo".

Dado el objeto que el Registro Civil tiene, es natural que el oficial que lo lleva sea funcionario competente en el ejercicio de sus funciones privativas para recibir una declaración de reconocimiento de **hijo ilegítimo.** El debe hacer la inscripción del nacimiento, en virtud de parte verbal o escrito que, dentro de los diez días subsiguientes deben darle: en primer lugar el padre; por falta o impedimento de éste, la madre; y a falta de ambos, o por impedimento de ellos, el pariente más próximo, de mayor edad y residente en el lugar del nacimiento, según el artículo 18 de la Ley de Registro Civil vigente. La ley agrega que, tratándose de la inscripción del nacimiento de un hijo ilegítimo, no se expresará quién sea el padre, ni quién sea la madre; pero hará la enunciación, si la persona que se atribuye la paternidad o maternidad pide personalmente o por medio de apoderado constituído en forma legal, se entiende, que se inscriba su nombre. Según esto, dentro de las disposiciones legales contenidas en la reforma que examinamos, cabe que al hacerse la inscripción de un nacimiento el padre o la madre, haga la declaración de reconocimiento de un hijo ilegítimo, confiriéndole tal calidad, de acuerdo en esto con lo establecido en todos los Códigos modernos, en que se admite el reconocimiento en el acta de nacimiento.

El Registro Civil está llamado precisamente, a establecer el estado de los hijos, y cabe perfectamente dentro de las funciones del oficial civil, el recibir una declaración de legitimación o de reconocimiento de hijos ilegtimos, sea en las actas de nacimiento o de matrimonio.

Los derechos civiles, como ya hemos señalado, se originan de tres épocas principales de la vida del hombre, el nacimiento, el matrimonio y la muerte; por lo cual la ley debía referir a esas tres épocas la relación de las partidas del estado civil.

En efecto, es necesario que conste el nacimiento del individuo, para que goce de todos los derechos concedidos por la ley civil; también es necesario conste la filiación para dar a conocer la familia a que pertenece y en que ejercerá sus derechos.

De las pruebas de los hechos relativos a los nacimientos, matrimonios y muertes, es de donde nacen los derechos civiles y esas pruebas son las que las partidas del estado civil tienen por objeto reunir y verificar.

En definitiva, perfeccionando los modos de efectuar el reconocimiento, el artículo 15 del Decreto Supremo 94 introdujo modificaciones substanciales: exigió, en primer término, la presencia de tres testigos en lugar de dos cuando se realiza ante un Juez; y estableció como nuevas formas de reconocimiento la **declaración personal** en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres.

Tal como se expidió originariamente el citado artículo 15, quedaban fuera de la reforma los reconocimientos efectuados con anterioridad a dicha ley mediante declaración personal en la inscripción de nacimiento o en el acta matrimonial. Pero la reforma de 8 de mayo de 1936, expedida por la misma dictadura del Ingeniero Federico Páez, al sustituír el artículo 15 y agregar el inciso 2º del artículo 298 del Código Civil vigente, confirió retroactividad a la forma de reconocimiento, mediante declaración personal en la inscripción de nacimiento, hecha en cualquier tiempo anterior al 26 de marzo de 1929; retroactividad que tiene su explicación en el hecho de que la mencionada Ley se limitó a reconocer los derechos preestablecidos en la Constitución Política de 1929.

333.—Reconocimiento en el acta motrimonial

"El matrimonio posterior legitima **ipso jure** a los hijos concebidos antes y nacidos en él", dice el artículo 226 del Código Civil vigente; y el artículo 227 agrega: "El matrimonio de los padres legitima también **ipso jure** a sus hijos ilegítimos comunes".

La legitimación se opera, pues, por el solo matrimonio sin sin necesidad del consentimiento del hijo, ni la voluntad de los padres.

En esto el Código ha seguido los principios del antiguo Derecho español y del Derecho canónico. "La legislación de las Partidas, dice Bello parece haberse doblegado hasta cierto

punto a las disposiciones canónicas, declarando legítimos a los **fijos que ome ha en la mujer que tiene por barragana si después desso se casa con ella.** No pide declaración escrita; prescinde de la voluntad del padre y de los hijos; pero a lo menos exige una condición importante, que sean **fijos de barragana**, que sean hijos naturales. A éstos solos otorga **ipso jure** la legitimación por subsiguiente matrimonio.....". Los principios de la legislación romana eran más estrictos, porque el subsiguiente matrimonio no producía **ipso jure** la legitimación, sino que ella se efectuaba por el instrumento dotal, **dotalibus instrumentis compositis**, en que debía designarse a los hijos a quienes los padres quería legitimar, los cuales debían aceptar la legitimación para entrar bajo la patria potestad.

"Fuera de los casos de los artículos 226 y 227, el matrimonio posterior no produce **ipso jure** la legitimación de los hijos. Para que ella se produzca, dice el artículo 228, es necesario que los padres designen por instrumento público, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos". La causa eficiente de la legitimación es siempre y únicamente el matrimonio; pero aunque los cónyuges hayan tenido hijos antes de casarse, según el sistema de nuestro Código, el matrimonio no los legitimará por sí solo: es necesario, además, que se otorgue un instrumento público de legitimación que manifieste la voluntad de los padres de conferir este beneficio a los hijos que designen.

Las disposiciones que el Código nacional consagra a este especie de legitimación, que es la que propiamente llaman tal las demás legislaciones modernas, están relacionadas con el reconocimiento de los hijos ilegítimos. La declaración personal de ambos padres en el acta matrimonial no debe producir el efecto de un simple reconocimiento, como lo establece el Art. 15 de la reforma que comentamos, sino de una legitimación.

El Código de Alemania, que marcha a la cabeza de las legislaciones modernas, otorga la legitimación por el solo hecho del matrimonio y sin necesidad de un reconocimiento especial.

La ley autoriza el reconocimiento **en el acta de matrimonio.** Esta acta es evidentemente un instrumento público y en ella debe hacerse la declaración de reconocimiento, ¿qué necesidad hay entonces de que se otorgue un nuevo instrumento público especial de reconocimiento?

Para armonizar el sistema legal vigente sobre la materia debe expedirse una reforma en el sentido de que el matrimonio legitima **ipso jure** a los hijos comunes, reconocidos personalmente en el acta matrimonial.

334.—Bases fundamentales de la reforma de 1935 sobre filiación ilegítima

Son tres las bases principales de la reforma, que podemos sintetizarlas así:

1º—Supresión de las diferencias entre hijos naturales y de dañado ayuntamiento, adulterinos, incestuosos, y sacrílegos llamados espurios. Abolida semejante clasificación, todos los hijos fuera de matrimonio pueden adquirir la calidad de ilegítimos, sea cual fuere el estado civil y condición de los padres, pues la reforma echó a tierra la muralla centenaria que en nuestra legislación entonces separaba el destino de los hijos nacidos fuera de matrimonio al discrimen de la inferioridad jurídica y al oprobio de la indignidad social.

En el nuevo estatuto sólo hay dos grupos únicos de hijos: legítimos e ilegítimos.

Transcribimos las disposiciones pertinentes: artículo 30, Código de 1930. "Se llaman **hijos legítimos** los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son **ilegítimos**". "**Los hijos ilegítimos** son, agrega el artículo siguiente, o **naturales**, o de **dañado ayuntamiento**, o **simplemente ilegítimos**. Se llaman **naturales** los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre con arreglo al título 12 de este libro. Se llaman de **dañado ayuntamiento** los adulterinos, incestuosos y sacrílegos". Para aclarar un poco esta disposición diremos que la ilegitimidad presenta dos modalidades diferentes y claramente definidas: a) El hijo ilegítimo no reconocido voluntaria ni forzosamente por su progenitor, ni declarado judicialmente tal, no goza de los derechos establecidos por la ley, pues entonces el padre está obligado naturalmente pero no de una manera civil, es decir: el hijo no tiene acción para exigir del padre el cumplimiento de los deberes que su calidad de tal le impone; no tiene el hijo manera alguna de obligarlo a esas prestaciones porque la ley civil no les da fuerza obligatoria sino cuando ha mediado su reconocimiento o su declaración de hijo natural de determinado padre. El padre sólo tiene para con su hijo un escrúpulo de conciencia, un deber moral que cumplir; si ese padre no sigue los dictados de su conciencia ningún poder lo podrá obligar a protegerlo y a atender a todas sus necesidades materiales y espirituales; b) El hijo reconocido voluntaria o forzosamente como ilegítimo, o declarado tal por el juez, si goza plenamente de los derechos que establece la nueva Ley.

335.— 2ª Investigación de la paternidad ilegítima

Diremos más propiamente que se consagró la acción para comprobar la paternidad judicialmente, con la subsiguiente responsabilidad moral y patrimonial, por parte de su autor. Ya el hijo natural dispone de medios más adecuados para investigar y comprobar ante la justicia quién es su padre y quién debe en consecuencia cumplir los deberes a que tiene él pleno derecho. Primitivamente el Código traía en sus artículos 267 a 276 la regulación del reconocimiento de hijos naturales: sólo por instrumento público, o ante un Juez y dos testigos, o por acto testamentario; y se excluyeron luego los hijos de dañado ayuntamiento de esta posibilidad. El artículo 279 del Código estatuía un medio judicial para citar al supuesto padre ante el Juez para que declare, bajo juramento, si creía serlo de determinado hijo; bastaba pues su negativa para quedar exento de toda responsabilidad y, si su respuesta era afirmativa, cosa muy excepcional, debía alimentos al hijo, "pero sólo en cuanto fueren necesarios para su propia subsistencia". Como se ve, tal sistema era injusto e indigno, y los derechos de los hijos ilegítimos eran irrisorios y en veces nulos, por decir lo menos. Afortunadamente estaba destinado a desaparecer, y desapareció, merced a las circunstancias sociales que hemos señalado al principio.

Como consecuencia, vino la ley 94 de 1935, que dió vida al más humano de los postulados de justicia social que puede ostentar la conciencia democrática de un pueblo: el derecho del hijo ilegítimo a obtener el reconocimiento del padre que lo engendró, ya sea por confesión expresa de éste o por una serie de casos que nunca contemplaron las legislaciones anteriores, y cuyo estudio lo abordaremos más adelante.

336.—De acuerdo con la doctrina, en tres grupos pueden clasificarse las legislaciones de los diversos países en punto a la investigación de la paternidad, y en cuanto a sus efectos

En principio, bien puede decirse que no existe país alguno que de manera absoluta prohiba la investigación de la paternidad ilegítima, pues, como mínimo, se la ha autorizado a los fines de obtener alimentos; y así lo hizo el Ecuador desde los albores de su codificación, en el Código de 1860, inspirado en el que compusiera Andrés Bello para Chile.

Los tres grupos fundamentales de referencia son los siguientes:

1º—Los que confieren todos los efectos, incluso el derecho hereditario; estableciendo a veces completa equiparación entre los hijos legítimos e ilegítimos, como, en principio, lo hacen las legislaciones de Méjico, Uruguay, Venezuela y otras;

2º—Los que solamente otorgan a los hijos ilegítimos el derecho a los alimentos, como hemos visto que lo hace la legislación chilena y lo hizo la nuestra con anterioridad a marzo de 1929; y

3º—Los que, paralelamente, admiten los dos efectos, concediendo respectivamente acciones de grados y pruebas diferentes.

Y en cuanto al derecho mismo de procurar el reconocimiento judicial, existen también tres grupos distintos, a saber: uno —escasísimo— que establece la prohibición absoluta; otro, que acepta la libre investigación; y otro, en fin, que la prohibe de modo relativo.

De prohibición absoluta era el Código Napoleón, cuyo artículo 340 se explica "por una reacción contra la irracional libertad que existía en el derecho francés, donde la jurisprudencia aceptaba a ojos cerrados la vieja máxima de **creditur virgine se praegnentem asserenti**", según la cual el Estado debía aceptar, sin verificación alguna. la indicación materna, como extrema protección al hijo ilegítimo, pues se admitía como válida la designación hecha por una mujer soltera embarazada respecto a un supuesto padre del hijo que llevaba aquélla en las entrañas. La reacción, desde luego, fue proporcional a la medida extrema, yendo, de consiguiente, más allá de lo justo.

Pues bien; según el sistema adoptado en cuanto a los efectos o alcances de la investigación, así son, como es lógico, las exigencias probatorias, las cuales están, desde luego, en razón directa de la amplitud reconocida a esos efectos. De suerte que en los países donde se confieren amplios efectos a la filiación así obtenida, no sólo han sido limitados los casos en los cuales se permite la acción, sino que, en cuanto a la prueba son exigidos determinados extremos, tales como la obtención de la plena certeza moral y no simples probabilidades; se establecen casos de exclusión; y, en fin, se procura restringir la libertad de apreciación del juzgador. En cambio, cuando la prestación paterna consiste solamente en los alimentos, la acción no está sometida a trabas ni restricciones de importancia: son casi ilimitados los casos en que se procede; y, en una palabra, es plena la libertad de apreciación del juez.

337.—Evolución del derecho sobre esta materia en el Ecuador

Por lo que al Ecuador respecta, la legislación vigente está perfilada entre las que dispensan mayor favor al hijo ilegítimo. Antes de la reforma constitucional de 1929 y su complementaria la de 1935, la indagación de la paternidad se admitía sólo con el exclusivo objeto de que el padre suministre al hijo alimentos necesarios.

"Si el demandado confesare que se cree padre, o, según lo dispuesto en el artículo 280 (de la codificación de 1930) se mirare como reconocida la paternidad, decía el artículo 282, será obligado a suministrar alimentos al hijo, pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia".

Este es el único efecto de la filiación ilegítima así establecida. La ley toma, sin embargo el caso de rapto para imponer también la obligación y sin la restricción indicada.

"Si, por cualesquiera medios fehacientes se probare rapto, y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste, decía el artículo 284, a suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su preciso subsistencia, sino, en cuanto fuere posible, los que competan a la posición social de la madre".

Esta disposición se presenta, a primera vista, como una excepción a la regla general del artículo 281, que prohibía la investigación o presunción de paternidad por otros medios que los indicados en los artículos 279 y 280; pero su objeto, más que fijar la paternidad del raptor, era asegurar al hijo de la raptada, abandonada por aquél después de seducirla y deshonrarla, medios de subsistencia congrua, proporcionados a la posición social de la madre.

La ley no decía, en efecto, que se dará por establecida la paetrnidad del raptor, en el caso de haberse probado el rapto y de ser posible la concepción del hijo de la robada mientras estuvo en poder del raptor; sino que "será condenado éste a suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sino, en cuanto fuere posible, la que competa a la posición social de la madre".

El artículo 284 no consideraba, según esto, una verdadera excepción a la regla general consagrada por el artículo 281, de no ser admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que no sean la confesión expresa o presuntiva del padre.

Vino después la Constitución de 1929, que concede a los hijos ilegítimos no sólo derecho a ser criados y educados por sus padres, sino que les da también el de heredarles en la proporción que determina la ley, determinación que se hace por Decreto Supremo 94 de 1935.

Antes de la vigencia de dicha Constitución, el derecho de los hijos ilegítimos se limitaba al de ser alimentados por sus padres.

Luego, se consagra:

"Artículo 299.—El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo ilegítimo de determinado padre o madre, en los casos y para los efectos legales".

"Artículo 300.—La paternidad ilegítima puede ser declarada judicialmente en los casos siguientes:

1º Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;

2º En los casos de rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario, siempre que hubiere sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;

3º En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, promesa de matrimonio, y siempre que, en cualquiera de estos casos exista un principio de prueba por escrito, en los términos del Art. 1764, respecto a la paternidad;

4º En el caso en que, el presunto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción.

5º En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado al sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre".

Luego, sigue el Código reglamentando la acción de la declaración judicial de la paternidad y maternidad ilegítimas, en esta forma:

"Las disposiciones de los números 2º, 3º y 4º de este artículo se aplicarán cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate y aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido el juicio criminal al respecto".

"Artículo 301.—Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo".

De la transcripción literal de las disposiciones legales que han regulado la investigación de la paternidad ilegítima en la legislación ecuatoriana de 1837, 1860, 1929 y 1935 en vigen-

cia, pueden apreciarse obviamente las modificaciones substanciales que en el punto ha introducido nuestro codificador.

Constituye un postulado cierto de nuestro ordenamiento jurídico civil en vigor desde el 22 de noviembre de 1935, la amplitud con la cual los legisladores nacionales de dicho año admitieron y regularon la acción en reclamación judicial de filiación o declaración de paternidad o maternidad ilegítimas, al modificar profundamente los supuestos de hecho para el éxito de la acción correspondiente, con la cual se modificó radicalmente el sistema restrictivo para entonces imperante. Esa amplitud de criterio que informa el sistema positivo actual representa el triunfo de una concepción moderna de la vida, en la cual se acogen principios éticos avanzados que también han sido adoptados en el derecho contemporáneo de los pueblos cultos y que nuestro legislador consideró conveniente prohijar para regular de una manera más justa y equitativa la situación jurídica de una gran parte de nuestra población.

338.—Examen analítico de los casos que autorizan la investigación de la paternidad

Hemos transcrito los casos en que se autoriza la investigación de la paternidad ilegítima; hacemos de ellos, en este estudio, un examen analítico.

Primer Caso.—Declaración judicial de paternidad por confesión

Según la legislación anterior, el hijo ilegítimo, podía pedir que su padre o madre le reconozcan; pero solamente para los efectos de pedir alimentos. El reconocimiento era un acto voluntario, es decir, no podía ser la consecuencia de una demanda judicial en que se pruebe la maternidad a la mujer que niega ser madre y no quiere reconocer al hijo; o se establezcan presunciones de paternidad del hombre que niega ser padre y desconoce al hijo suyo. La ley había entregado exclusivamente al honor y a la conciencia del pretendido padre la obligación de dar alimentos al hijo ilegítimo: si la confesión era negativa, todo procedimiento quedaba terminado.

Le reforma, siguiendo en parte el sistema de la ley derogada, consagró como causal primera del reconocimiento judicial la confesión **expresa** del demandado. Es el único caso en que los jueces no pueden expedir la declaratoria de confeso. Una declaración de semejante trascendencia, por los efectos

que determina el derecho de familia, ha querido la ley que sea expresa, que revista las garantías necesarias para su autenticidad y seriedad. Ha de producirse entonces, ante el juez competente, para que surta efectos jurídicos en el punto de que se trata.

339.—Rapto, violación, etc.; condiciones

El caso de **rapto** era el único en que el artículo 284, antiguo, sin declarar la paternidad del raptor, le imponía, como indemnización civil, la obligación de suministrar alimentos necesarios al hijo de la robada.

La reforma, modificando radicalmente el sistema anterior, autoriza la declaratoria judicial de la paternidad y maternidad ilegítimas en los casos de **rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario.** Una sola condición exige la ley para aceptar la acción: el rapto o el secuestro deben coincidir con la época de la concepción, es decir, si los días que el raptor o secuestrador tuvo a la robada o secuestrada en su poder o algunos de esos días se comprenden en la época de los ciento vente días correspondientes a la concepción del recién nacido.

Tal como está redactado el precepto, excluye del caso que comentamos la concepción procedente de violación, sólo se concreta a las que coinciden con el rapto y el secuestro, olvidando que la mayor parte de las violaciones se cometen sin que medie ninguno de estos hechos.

El origen etimológico de la palabra "rapto" proviene del latín **rapere**, arrebatar. El rapto es un delito contra la persona robada y su familia, y el delincuente es responsable de todas las consecuencias de semejante atentado.

El proyecto de Código español que prohibía, **en todo caso,** la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, decía en el artículo 131: "En los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código Penal, cuando la época de los delitos coincide con la de la concepción, **podrán** los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad", y **Goyena** justificaba esta disposición, a pesar del calor con que había defendido la prohibición de indagar la paternidad y maternidad, diciendo que "cuando la época de la concepción coincide con la de la perpetración de estos delitos la presunción está y debe estar contra sus autores, sin perjuicio de que los tribunales aprecien todas las circunstancias que desvanezcan o atenúen la fuerza de presunción, de modo que la declaración de la paternidad queda al prudente y justificado arbitrio de aquellos.

Podemos, pues, afirmar en vista de tales antecedentes, que la persona que deduce la acción debe probar:

a) El rapto; y
b) Que la robada estuvo en poder del raptor por lo menos uno de los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción.

Tratándose de la madre, la ley distingue dos casos:

1º Si ella es mayor de edad; y
2º Si es menor.

Si es mayor, la palabra **rapto** se toma en su acepción propia: **llevarse a una mujer por la fuerza.**

Si la mujer es menor, la ley civil denomina rapto el hecho de seducirla, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado vive.

No cabe desconocerse la diferencia entre los dos casos.

Si la mujer es mayor, y voluntariamente ha pasado a vivir con un hombre, ambos son igualmente culpables.

Cuando la mujer es menor, presúmese de derecho que carece de suficiente juicio y discernimiento, y la seducción es una grave falta que nuestra ley penal califica de delito contra el orden de las familias, garantizando la moralidad de los menores e impidiendo su corrupción.

Cuando hubiere habido verdadero rapto, la prueba ha de versar sobre el hecho de que la robada estuvo en poder del raptor aunque sea uno solo de los ciento veinte días en que la concepción pudo efectuarse.

Si esto se desprende necesariamente del tenor y espíritu de la ley, no comprendemos por qué se excluye de la ley al que hubiere violado a una mujer, si el parto fuere consecuencia de la violación.

Cuando se discutía el artículo 340 del Código de Napoleón, se habló del caso de violación, y **Tronchet** propuso que entonces se admitiese la indagación de la paternidad. Después no volvió a mencionarse ese caso, quizá por mero olvido. Goyena reparó la falta en el Art. 131 de su Proyecto; y no sabemos por qué no aceptó don Andrés Bello y luego nuestro Legislador una regla tan justa.

Ciertos autores franceses declaraban que el rapto por seducción, es decir, el rapto sin violencia, constituía una escuestro (**enlévement**), mientras que otros, invocando el carácter excepcional de la disposición entendían por **enlévement** solamente el rapto violento seguido de secuestro. La jurisprudencia, en los escasos fallos en que ha resuelto esta cuestión,

ha sido favorable a esta segunda idea, con la atenuante de la equiparación de la intimidación moral con la intimidación física: pero exigía el elemento característico del secuestro. De todos modos ya no tiene el interés de antes porque ahora en el Código francés y en el nuestro la seducción constituye un caso distinto de investigación de paternidad.

340.—Seducción

Determina este numeral que la seducción debe estar precedida de promesa matrimonial o verificada por maniobras dolosas o con abuso de cualquiera clase de autoridad, y siempre que, en cualquiera de estos casos exista un principio de prueba por escrito.

La promesa de matrimonio o esponsales, es, a no dudarlo, la más frecuente de la seducción y de la paternidad ilegítima. La promesa de matrimonio rota después que la novia ha consentido tener relaciones sexuales, es un caso de seducción dolosa que da lugar a la acción de investigación de la parternidad.

El abuso de autoridad. Se comete por el amo que se vale de la preponderancia de su situación para pesar sobre el consentimiento de una mujer que esté a su servicio o sobre la que ejerce una autoridad cualquiera, a fin de convertirla en su amante. Y lo constituye también el hecho de una coacción moral por quien tiene ascendencia sobre otra por razón de su edad, de su situación social o por cualquier otra causa.

Pero cualquiera que sean los hechos invocados no deben ser tomados en cuenta mientras no se estimen como determinantes de las relaciones sexuales, sin que el texto exiga, como en el caso de rapto o violación, que la seducción sea contemporánea de la concepción. Basta con que sea anterior y con que el seductor no pueda excepcionarse, alegando la existencia efectiva de relaciones que su amante haya tenido con otro hombre en la época de la concepción.

Y, por último, los hechos de seducción no pueden probarse libremente; los autores de la ley han querido que además de la prueba testifical o de indicios, el demandante aporte un principio de prueba por escrito y han precisado, a fin de evitar toda otra interpretación, que dicho principio de prueba por escrito debe ser de acuerdo con los términos del Art. 1764, respecto a la paternidad; pero dicha exigencia, según la opinión de muchos autores, está limitada al caso de seducción mediante promesa de matrimonio, la cual es susceptible de probarse por escrito, sin que deba exigirse un principio de prueba por escrito para las otras clases de seducciones y principalmente para la del abuso de autoridad. El derecho común,

añaden, autoriza libremente la prueba testifical o por indicios cuando se trata de probar un simple hecho. Por otra parte, el texto está mal redactado; parece querer establecer alguna relación entre la necesidad de un principio de prueba por escrito y la prueba de la paternidad; y otra es, sin embargo la inteligencia de la ley. De las maniobras para la seducción y no del hecho de la paternidad es que hay que producir la prueba escrita.

341.—Concubinato notorio

En sí, el concubinato, no es una prueba directa de la paternidad, solamente la hace verosímil como ocurre en el rapto, en la violación, y en la seducción. Es una presunción. Es una presunción que no tiene valor más que en cuanto se tenga la certeza de la fidelidad de la amante hacia el demandado y como que para ella no existe el deber de fidelidad igual al que la ley impone a la mujer casada, será una presunción que no tendrá otro valor que el que le otorgan las circunstancias de hecho del concubinato.

El concubinato tomado en consideración como prueba de la paternidad debe ir acompañado de una apariencia de fidelidad por parte de la concubina, pues a falta de tal apariencia la presunción de paternidad se hace difícil. Dicha apariencia resultará principalmente de la vida en común, pero también podrá resultar de otras circunstancias, tales como las pruebas de afecto y adhesión dadas al amante, tales como un cambio de domicilio por seguirle, por la correspondencia sostenida durante las ausencias. De hecho, esta apariencia de fidelidad parece haber existido en las mayorías de las sentencias que han declarado la paternidad de concubinato sin existir la vida en común.

Notoriedad del concubinato.— La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no puede existir respecto de todos los hombres sin sujeción ni limitación propias del tiempo y del espacio .Como lo observa **Calmandrei** "se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social); pero, como también lo anota el mismo autor, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de personas respecto de las cuales el hecho es notorio: lo que interesa no es la multitud de quienes conocen el hecho sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimento tiene ya dentro del círculo social de que es patrimonio común. Resumiendo

los conceptos anteriores puede afirmarse que las relaciones sexuales a que se refiere el 4º caso de la Ley 94 de 1935 han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción, y por notorio el concubinato cuyo conocimiento pretenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen.

342.—Epoca y duración del concubinato

La época del concubinato debe coincidir con la de la concepción. ¿Debe durar durante todo el tiempo de la concepción legal? así parece, según los términos del precepto que exige un estado notorio de concubinato durante el período legal de la concepción; pero el ponente de la ley francesa de 1912, que es la fuente de nuestro Derecho civil, se pronunció en sentido contrario principalmente al declarar que el hombre que hubiere abandonado a su querida a los primeros síntomas de embarazo y más de 180 días antes del alumbramiento, podrá sin embargo ser declarado padre, con la condición de que el juez obtenga la confirmación de la paternidad por la apreciación de otros elementos. La jurisprudencia tiene tendencia a inspirarse en dicha doctrina y a no exigir que el concubinato haya durado todo el período legal de la concepción.

Por regla general se admite como decisivo el argumento de hecho presentado en su favor por el ponente en la Cámara de Diputados de Francia; desde luego que no se lograría el objeto de la ley si desde los primeros síntomas del embarazo el amante pudiera abandonar a la querida, sin consecuencia alguna para él. Pero esta solución ¿no daría por resultado desorientar a los jueces en la investigación del padre? En efecto, es posible que el concubinato haya empezado en una epoca en que la mujer estaba ya en cinta o que haya terminado antes del comienzo del embarazo. En este caso, deberán los jueces cerciorarse sobre la fecha probable de la concepción; el reconocimiento médico del hijo, fundado en su estado al tiempo del nacimiento, es el mejor procedimiento para determinarla. La prueba que se rinda al respecto no puede concretarse, desde luego, a las relaciones sexuales en sí mismas sino que ha de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción.

La jurisprudencia, en tratándose de la causal cuarta de investigación de la paternidad ilegítima, ha exigido estrictamente que las relaciones correspondan a la época de la con-

cepción, es decir, que el nacimiento se haya efectuado después de los ciento ochenta días a partir del comienzo de las relaciones y antes de los trescientos días después de haber cesado, siguiendo en ella el ordenamiento general de la legislación, trazado en los artículo 68, 204 y 209 del Código Civil (actual codificación).

343.—Esbozo histórico sobre la materia

El origen de dicha institución se encuentra en el Derecho romano, en donde se conoció el concubinato como una forma de comunidad conyugal permanente, aunque de condición jurídica inferior al matrimonio. Las leyes romanas lo autorizaban y lo reconocían-a partir de Augusto-como forma de unión legítima de hombre y mujer y base de una comunidad mutua de vida. Sin embargo, la concubina no disfrutaba de la consideración de mujer casada, puesto que en el concubinato falta el **consensus nuptialis**, tampoco recibía el nombre de **uxor**, ni compartía jurídicamente el rango y posición social del marido; es decir, carecía del **honor matrimonii**.

Los hijos —**liberi naturalis**— no entraban bajo la potestad ni en la familia del padre, sino que seguían la condición personal de la madre. Fue el concubinato la única forma posible de unión con libertos y mujeres tachadas sin infringir los preceptos de la **lex Iulia de adulteriis** de Augusto. Al prohibir las leyes matrimoniales de este Emperador, precisamente a las clases elevadas, el matrimonio con aquellas personas, pero permitiendo —por lo menos tácitamente— el concubinato con ellas, éste fue, hasta cierto punto, corriente en las costumbres de la época imperial e incluso los mismos emperadores no vieron inconveniente en contraerlo.

Con la aparición del Cristianismo, el concubinato es considerado como inmoral, variándose su organización. Constantino lo persiguió con sanciones, y trató de estimular a los concubinos al matrimonio, otorgando a los contraídos el efecto de la legitimación de los hijos, con todas sus consecuencias: ingreso en la potestad paterna y en la familia del padre. Justiniano, queriendo limitar aquellas uniones, prohibió tener más de una concubina, y ninguna a los hombres casados. Al mismo tiempo amplió las bases de la legitimación permitiendo su concesión por gracia imperial cuando la concubina hubiera fallecido (lo que hacía imposible el matrimonio), o cuando por la conducta de la mujer no se pudiera exigir al concubino hacerla su cónyuge.

De Roma pasó a España el concubinato, tomando el nombre de **barraganía**. La legislación alemana adoptó el sistema romano del vínculo oficializado, vale decir aquellas uniones en que el hombre hacía en común con una concubina dentro de un ambiente de seriedad y corrección, rigiéndolo una reglamentación del Estado.

Cuando alguna persona de la aristocracia ejercía el concubinato con plebeyas o mujeres del pueblo, los hijos no heredaban a sus padres ni en los bienes ni en los títulos de nobleza.

La legislación francesa no instituyó la **barraganía** que Roma exportó en la Edad Media a muchos estados europeos; adoptó en cambio las formas de matrimonios ocultos permitidos por el Derecho Canónico. Dado que el Estado negara la oficialización de estas costumbres de concubinato, dejaron de practicarse.

En su concepto general, hoy, el concubinato es el vínculo repudiado por la moral, la religión católica y las buenas costumbres; empero por principios de humanidad, social y biológica, las leyes en un orden casi universal, han debido reconocer derechos y obligaciones a los hijos de esa familia ilegítima.

344.—Posesión del estado del hijo ilegítimo Hechos que la caracterizan: Sostenimiento y educación del hijo

La declaración judicial de paternidad es posible cuando el hijo ha recibido del padre "sostenimiento y educación". El padre tiene que haber cuidado y educado al hijo en su **calidad de padre**. Esta condición se ha juzgado necesaria para que la paternidad no pueda ser atribuída a aquel que hubiere cuidado de un hijo natural, por un motivo de generosidad ajeno a la paternidad. Pero, la idea contenida en dicho precepto no es la de exigir que el padre haga una declaración expresa de su condición de tal: basta que su intención de portarse como tal resulte de las circunstancias. Esto envuelve una cuestión de hecho que los tribunales resolverán en cada caso, inspirándose en las circunstancias.

La declaración judicial de paternidad a base de la posesión de estado se funda sobre el reconocimiento voluntario y consentido de modo inequívoco por el padre mediante actos y hechos reiterados y públicos que significan una confesión paladina de la paternidad, menos expuesta a sospechas que la expresada "en un instante fugaz sobre una hoja de papel".

Ese reconocimiento, que algunos tratadistas llaman tácito, pero cuyas características lo erigen en reconocimiento expreso, por lo mismo que son hechos tangibles los que lo traducen, tiene la prevalencia que corresponde a los actos ejecutados en vida bajo la presión insoslayable de la sangre.

De allí, que al comentar **Colin y Capitant** el reconocimiento voluntario del hijo natural establecido en el Código francés como el medio de prueba por excelencia de la filiación natural, expongan: "En buena lógica, el reconocimiento paterno no debería probar la filiación sino con ciertas reservas, porque al confesar su paternidad, el hombre afirma, en definitiva, un hecho del cual no puede estar absolutamente seguro..... El reconocimiento, más que como una confesión, debiera admitirse como acto de voluntad generador de obligaciones y derechos, al admitir al hijo en su familia con sus consecuencias legales..... Mas, ante los hechos constitutivos de una verdadera **posesión de estado** de hijo natural, es admisible la acción de investigación de la paternidad. Nada más natural, puesto que el valor probatorio de la posesión de estado es, indiscutiblemente, muy superior al de su reconocimiento, aun cuando éste conste en acta auténtica..... "Es raro que la ley atribuya al reconocimiento un efecto probatorio más fuerte que a la posesión de estado; porque la confesión de paternidad (o maternidad) que contiene un reconocimiento es hecha una sola vez, y puede ser sospechosa de complacencia o de cálculo, en tanto que la posesión de estado equivale a una confesión reiterada y permanente, corroborada por los testimonios contestes de la familia y de la sociedad". (1).

La posesión de estado de hijo natural, según la doctrina predominante, no es otra cosa que la conducta del padre respecto del hijo. Ella se traduce en actos ejecutados por alguien, expresivos del sentimiento que puede experimentar un progenitor por un inmediato descendiente.

Cuando una persona ha tratado públicamente como suyo un niño, atendiendo a su manutención, vigilando su educación, ¿no lo ha reconocido tan bien o mejor que por una declaración hecha en presencia de un notario o de un oficial del estado civil? Esta es una prueba tan importante, que algunos autores la consideran superior, en mérito probatorio, al reconocimiento.

---

(1) Cours, Tomo I, Pág. 288.

345.—Tercera base.—Derecho herencial de los hijos ilegítimos

La tercera base fundamental de la reforma consiste en el derecho herencial de los hijos ilegítimos, aun en presencia de legítimos. En este punto el nuevo estatuto civil mejora bastante la situación de aquéllos.

La justicia de esta disposición es tan evidente, que no hay para qué encarecerla. Es absurdo, es inhumano y contrario a la misma naturaleza, que dos hijos del mismo padre, el uno goce de todas las comodidades y cuidados desde su nacimiento y al morir su progenitor reciba íntegramente su fortuna, y el otro, ser inocente que no pidió la vida, que no tiene culpa de ninguna clase, crezca en la miseria y el abandono, desprovisto de amparo y protección y hasta de la espectativa de recibir algún día un centavo del patrimonio familiar.

Ante la equidad completa y pura, el hijo ilegítimo debería llevar igual cuota hereditaria que el legítimo, porque ambos fueron procreados por el mismo padre y tienen las mismas necesidades y el mismo derecho a la vida y ninguno de los dos participó en la procreación ni fue autor de su origen legítimo ni ilegítimo. Esta cuota igual está reconocida en varias legislaciones.

De todos modos la fórmula adoptada por nuestra ley, de que el hijo ilegítimo lleva la mitad de la cuota que corresponde al hijo legítimo, nos parece hasta cierto punto que fue prudente y juiciosa, porque no chocando con ciertos intereses tradicionales que por instinto de conservación se defienden ,la reforma no ha provocado reacciones peligrosas, ha tenido la aceptación de todas las gentes sensatas, su aplicación y desarrollo ha disfrutado de una atmósfera propicia, de general simpatía, y la vía de su tránsito ha estado libre de tropiezos, lo que ha sido una gran ventaja por la firmeza y perduración de la ley.

346.—Quién es legítimo contradictor, conforme a nuestra legislación, en la cuestión de paternidad ilegítima

Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: a) La de impugna-

ción del estado civil del hijo legítimo, estado constituído, y b) la encaminada a obtener un estado civil no constituído previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugnación de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad ilegítima.

En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción **pater is est quem nuptiae demostrant,** ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos en esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruída tal presunción, surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el motrimonio es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas, no puede adquirir el estado civil de hijo ilegítimo, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el del hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituído, dejando cuando eso suceda su condición de hijo simplemente ilegítimo.

Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores, son restrictas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercitarlas, y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de las familias, se diferencian, en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

Esta es la razón por la cual el legislador ecuatoriano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituído, como en las declaraciones de la calidad de un hijo, estado no constituído.

Las disposiciones aplicables a las controversias sobre filiación natural son de este tenor:

Artículo 356.—"Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo".

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente, so pena de nulidad".

Artículo 357.—"Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los demás".

Los anteriores textos son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole solo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa y que siempre que esté comprometida la paternidad "deberá el padre intervenir forzosamente, so pena de nulidad".

Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se vienen haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquéllas tienen una configuración jurídica que les es propia y exclusiva.

En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el plazo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de hijo ilegítimo —como sucede en la legislación francesa—, plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

En los preceptos antes mencionados, aplicables al caso que estudiamos, se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia.

Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las preconstituídas por éste, bien por su propia voluntad, ya por el ministerio de la ley, pero nunca las de su estado civil.

Por eso el artículo 310 de nuestro Código civil estatuye "que la acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente.....".

Del estudio que acaba de hacerse se deduce la conclusión de que para que sea viable, jurídicamente, la sentencia sobre filiación natural en forma que pueda producir efectos contra los representantes de la sucesión del presunto padre natural, es indispensable que en el respectivo juicio haya representado el contradictor legítimo, el padre si aún vive, o en su caso, sus herederos, como continuadores de su personalidad jurídica, vale decir, los sucesores suyos en todas sus obligaciones y derechos transmisibles; siendo la ocurrencia, únicamente, que si en el juicio ha intervenido el padre, la sentencia tendrá efectos contra todos en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia circunscrita siempre en sus efectos a los que hayan intervenido en el litigio o sus respectivos causahabientes.

347.—El estado civil y los efectos del silencio frente a las relaciones de familia

Si bien el estado civil no depende, en principio, de la voluntad, sino que se establece por medio de factores meramente legales y sustentados por el orden público, también es cierto que éstos factores sólo actúan dentro de los presupuestos originados por la acción humana. De modo que a tal hecho, tal consecuencia legal: Aquel lo produce el hombre; pero ésta se encuentra predeterminada por la norma. Por esto, el estado se subordina a la voluntad humana en el momento en que se constituye o se exterioriza; aunque sus efectos ya no respondan a dicha voluntad, sino a los fijados por la ley.

La manifestación de voluntad que concurre a la constitución del estado puede expresarse de dos maneras activa y pasivamente.

Es activa cuando se reconoce a un hijo, por ejemplo, hipótesis en la que se busca, positivamente, que una persona asuma determinada posición dentro de la familia, para lo cual se cumplen las formalidades previstas por las normas. Es pasiva, en cambio, cuando se deja crear el estado, por el mero funcionamiento de las presunciones legales, cuyo juego no se facilita ni se obstruye; como también cuando se admite el ejercicio de los derechos inherentes a un estado, de manera que implique oposición a los propios derechos o negación de los mismos.

La manifestación pasiva de la voluntad se realiza, esencialmente, por vía de silencio mantenido ante los hechos que obligan o concitan a adoptar cierta actitud. El Código contie-

ne varias soluciones concretas que afirman la notable trascendencia del silencio frente a las relaciones de familia. Tal el artículo 204: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. El silencio de éste, si no combate la presunción que le atribuye la paternidad de ese niño, ella ampara la legitimidad cualesquiera que sean las circunstancias del parto y aunque fisiológicamente no haya sido posible la concepción dentro del matrimonio".

Otro de los efectos del silencio en cuanto afecta a las relaciones de familia, es el determinado en el artículo 214, que dice: "La mujer recién divorciada, o que pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido, y que se creyere preñada, lo denunciará al excónyuge o a su marido, respectivamente, dentro de los primeros treinta días de la separación actual"; y según el artículo 218 "si el excónyuge o el marido, después de la denuncia antedicha, no usare del derecho de enviar la guarda y la matrona, o de colocar a la mujer en una casa honrada y de confianza, estará obligado a aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancia del parto".

De igual modo, el artículo 226: "El matrimonio posterior legitima **ipso jure** a los hijos concebidos antes y nacidos en él; menos en el caso del Art. 225", que se refiere al matrimonio putativo". El hombre que se casa con una mujer embarazada y que acepta al hijo que ella da a luz poco tiempo después de celebrado el matrimonio, se considera evidentemente padre de éste, y la paternidad pasa a ser así tan cierta como la que resulta de la concepción dentro del matrimonio.

"Cuando la legitimación no se produce **ipso jure**, el instrumento público de legitimación deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar", dice el artículo 229; y el 232 agrega: "La persona que acepta o repudia deberá declararlo, por instrumento público, dentro de noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta; a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil".

Es decisivo, por lo tanto, el silencio en las relaciones de familia mantenido ante los hechos que obligan a adoptar cierta actitud, como ocurre en los casos de los artículos que acaban de citarse. Y quien calla en esas circunstancias, manifiesta su voluntad de que se constituya o mantenga cierto estado, es decir, presta su conformidad, ya como asentimiento ante los hechos acaecidos, ya como renuncia a ejercer los recursos legales que descartarían los efectos que inevitablemente se suceden por imperio de la ley.

348.—Naturaleza de la acción de investigación de la paternidad y maternidad ilegítima

Se discute si la acción es declarativa o constitutiva. De lo que hemos estudiado al respecto se colige que es declarativa puesto que se encamina a obtener la declaración, por parte del juez, de un hecho que es la paternidad o maternidad ilegítimas, uno de los extremos de la relación jurídica de la filiación ilegítima, que nace de la generación, y no de la declaración judicial. La Ley 94 del 35, de otro lado, habla claramente de "declaración", y no constitución del estado.

La acción de investigación de la maternidad o de la paternidad ilegítimas, es declarativa, porque su objeto lo forma la relación jurídica de la filiación, la cual no se constituye por su reconocimiento sino que brota del hecho fisiológico de la generación.

Por su naturaleza, la acción de investigación de la paternidad ilegítima es declarativa, ya que tiende a obtener el reconocimiento de un hecho cumplido e inmodificable. La misma denominación legal lo confirma, pues el artículo 5º de la Ley 94 no habla de establecer, sino de declarar judicialmente la paterniadd o maternidad, y es sabido que el verbo **declarar**, en su significado general, da a entender el hecho de poner de manifiesto algo que existe ya pero que se halla oculto o desconocido.

349.—Prueba biológica de la paternidad

Es pasable que nuestro codificador no pensase en la posibilidad de que se pudiera llegar por medios puramente científicos a la exclusión de toda posibilidad de la filiación de una persona con referencia a otra a quien se imputaba tal relación; pase por ello, en que por aquel tiempo no se admitiese una prueba de semejanza comparable a la biológica moderna. Pero en la actualidad, en que, como vamos a ver, tales fuentes de prueba existen y producen resultados de certeza en un elevado número de casos, es preciso darles entrada en esta clase de procesos para que puedan sustituir, al menos en un porcentaje de dichos casos, a la prueba de indicios y presunciones legales, y de un modo objetivo y experimental a la labor intelectiva, más falible, del juez, labor que basándose en apariencias de hechos externos, los cuales pueden no reflejar la verdad de lo ocurrido, puede, a su vez, dar lugar a sentencias injustas.

La numerosa jurisprudencia patria en torno a los indicios de estar el supuesto hijo en la posesión continua de estado

tal nos demuestra la enorme amplitud que cabe a la posibilidad de confundir matices de apreciabilidad externa, con el resultado de llegar a la construcción de un cuadro de "posesión continua de estado de hijo", muy de acuerdo con las apariencias, pero posiblemente en desacuerdo con la realidad objetiva de los hechos fundamentales. Ello, aun suponiendo la concurrencia de absoluta buena fe en las partes; y concediendo credebilidad previa al sistema general de la peligrosa prueba testifical.

Lo mismo ocurre cuando se observa la jurisprudencia en torno al documento auténtico del padre en que expresamente reconozca la paternidad; este documento no excluye la concurrencia de error o violencia (al menos moral) en su elaboración. Piénsese en las hipótesis de múltiples situaciones dudosas en que una persona, sea por consecuencia de obsesión producida por dicha situación, por amenazas, coacción, etc., hace por escrito la declaración (auténtica) de un acto y consecuencias que no le son imputables en realidad. Y piénsese también en los casos en que se produce el tal escrito auténtico bajo la impresión de una realidad falsa por no existir tal paternidad, que, en efecto, corresponde a otra persona, sin que el que produce el escrito lo sepa (creyendo ser él el padre). Todo esto mueve a dudar de la eficiencia de un tal sistema probatorio, justamente en una materia en que la averiguación de la verdad material de los hechos debe anteponerse a todo, en beneficio del interés general.

Si se trata de definir sobre el estado civil de una persona, y en ese concepto va envuelto un principio de seguridad social, necesario es rodearse de toda clase de garantías, precisamente para que las acciones sobre filiación pasen por el crisol de la más rigurosa crítica, a fin de que la declaración judicial de filiación sea producto de una comprobación evidente, perfecta, irrefragable, que no deje la más leve sombra de duda y ofrezca la seguridad de que no se trata de una superchería, de otro escándalo que haga impacto en la propia ley.

Actulamente, los progresos técnicos de la Medicina Legal apoyada en la genética, progresos aceptados ya hace años ampliamente en otras legislaciones más progresivas que la nuestra, pueden evitar un considerable número de dudas de tal género, ya que resuelven en muchos casos de modo exacto, y en otros dan ayuda científica de enorme valor para determinar la verdadera paternidad o maternidad discutidas en juicio.

Estas fuentes de prueba tiene carácter biológico. Su base, mendeliana, reside en la herencia de los caracteres dominantes. Si el hijo tiene una característica cualquiera que sea dominante, necesariamente tiene que existir, por lo menos en uno de los padres; si la presenta la madre, ya no cabe inves-

tigación alguna, puesto que de ella pudo ser heredada; pero si la madre no la presenta, entonces, ineludiblemente, tiene que presentarla el padre; cualquier hombre que no presente esta característica no puede ser el padre de tal hijo.

Es decir, estas fuentes de prueba biológica actúan por exclusión; por tal método, por lo pronto, se podrán resolver-o al menos en un gran porcentaje-casos de pretensiones de declaración de paternidad y maternidad solicitada por el hijo o la madre; igualmente quedarán muy simplificadas, a efectos probatorios, las pretensiones de impugnación de la paternidad o maternidad, teniendo especial relieve la prueba en cuanto a la última cuando se trate de sustitución o cambio de los hijos.

Y eliminada una persona como posible progenitoria de acuerdo con el resultado de las pruebas biológicas-hereditarias, el proceso en que se tratase de una pretensión de declaración de tal progenitura queda resuelto; los sucesivos que se promovieren como consecuencia de dicha resolución excluyente de tal persona (dirigidos contra otra) quedan también facilitados, y por este método de exclusión puede llegarse a conclusiones positivas.

No pretendemos dar aquí una exposición médica de lo que son las pruebas biológico-hereditarias, ya que ello es materia propia de la Medicina, y, a los efectos forenses, de la Medicina Legal, que los ha estudiado intensamete. Pero, no obtante, como necesidad para la comprensión de lo que ulteriormente se expondrá, entendemos necesario dar un breve resumen de lo que dichas pruebas son, de acuerdo con las informaciones técnicas extranjeras.

Los especialistas dividen a las fuentes de prueba biológico-hereditarias en dos grandes grupos: el primero comprende las constituídas por anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias, y el segundo los caracteres normales, comprendiendo este grupo, a su vez, dos subgrupos: el de los caracteres morfológicos y el de los fisiológicos herederos (13).

En cuanto al primer grupo, es preciso poseer, para apreciar tales fuentes de prueba, grandes conocimiento de genética, pues, como dice **Curtis**, estamos solamente en los comienzos de la comprensión de la patología hereditaria.

En el interesante trabajo de Brenella ya citado, al dar cuenta del estado actual de las investigaciones en este campo, expone la lista que **Schrader** dio sobre las principales anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias que por

---

(13) Brenella: "Consideración sobre la investigación de la paternidad" página 223 y siguientes.

transmitir en gran parte por herencia dominante sirven, según él, para la investigación de la paternidad. Son las siguientes:

1º—Extremidades: Polidactilla, Ectrodactilia, Sindactilia, Branquidactilia, Braquifalangia, Clinodactilia, Sinfalangia, Contractura hereditaria de los dedos, Fisura de la mano, Fisura del pie, Falta de la mano o del pie, Exóstosis cartilaginosa múltiple.

2º—Piel y anejos: Fístula congénita del cuello. Hipertelia. Queratosis palmar y plantar. Epidermolysis bullosa traumática. Telangectasia hereditaria hemorrágica. Onicogriposis. Leuponiquia. Anoniquia. Hipotricosis. Mechones bancos del cabello.

3º—Ojos: Microftalmo. Epicanto. Coloración negra de los párpados. Ptosis congénita. Oftalmoplegía externa. Distiquiasis. Coloboma irídeo. Aniridia. Coloración azul de la escleróica. Hemeralopia.

4º—Cráneo; Cráneo en torre. Microcefalia, Fisura del paladar. Micrognatia. Prognatismo.

5º—Organos genitales: Hipospadias. Epispadias.

6º—Sistema nervioso: Miotonia congénita (enfermedad de **Thomsen**). Atrofia muscular progresiva miopática. Atrofia muscular progresiva neural.

Brenella, del estudio de la situación en la actualidad, llega a la siguiente conclusión; "Todo ello —dice— no supone negar que en algún caso concreto puedan sernos de utilidad los datos que nos proporciona la heredopatalogía. Si en el presunto padre y en sus ascendientes encontramos enfermedades o disnomalías constitucionales que genéticamente puedan ser relacionadas con una enfermedad o disnomalía que presente el hijo, aumentan las presunciones (14) a favor de la pretendida paternidad, pero nada más".

Pasemos a considerar el segundo grupo, y, dentro de él, a estudiar por separado los caracteres morfológicos heredados y los fisoquímicos.

En cuanto a los primeros, se hace referencia a los dibujos de las huellas digitales, que tanta importancia tienen en materia de identificación personal; importancia no menor en cuanto a la herencia.

Con referencia a otros caracteres morfológicos que se admite sean transmitidos por herencia dominante y que, por tanto, pueden ser útiles a efectos de la investigación de la paternidad, **Poljakoff** cita los siguientes:

---

(14) Se tratará en terminología jurídica, de una prueba de carácter indirecto, indicios, con base para elevarse después a la presunción.

1º, Cara rómbica; 2º, fuerte **procidencia** de los huesos cigomáticos; 3º, mandíbula procidente; 4º, mandíbula recogida; 5º,cabellos rojos; 6º, cabellos cresposos; 7º, cejas reunidas; 8º, extremo lateral de la ceja vuelto hacia arriba; 9º, porción móvil de los párpados superiores recubiertos de la porción fija; 10º, punta de la nariz doble; 11º, mentón doble; 12º, dorso de la nariz hundido; 13º, dorso de la nariz fuertemente convexo; 14º, ángulo de la boca dirigido hacia arriba; 15º, oído externo cuadrangular; 16º, desviaciones del ojo no uniforme; 17º, trago dirigido hacia adelante; 18º, fuerte procidencia del antitrago; 19º, tubérculo auricular de Darwin, etc.

Pero como consecuencia de los impugnadores que a dicho autor se hicieron, afirmando que no se puede llegar sobre esta única base a una exclusión absoluta de la paternidad, viene dicho autor a la conclusión de que es preciso conocer bien la genética moderna, a fin de no sacar conclusiones simplistas o ir a parar a resultados erróneos; si el hijo presenta caracteres somáticos dominantes que no se dan en la madre o en el presunto padre, la paternidad de este último dudosa.

La aplicación de las fuentes de prueba biológica para la investigación de la paternidad y maternidad en el ámbito judicial, es ya bastante antigua. En 1926 se dio en Viena el primer dictamen pericial de tal tipo con fines de esclarecimiento judicial.

En torno a dichas fuentes de prueba, hubo muchas discusiones; sobre todo, alrededor de la somático-hereditaria, por ser menos comprensible para los juristas; pero ante los Tribunales de los países germánicos, iban ambas adquiriendo tal importancia, que ya en sentencia de 23 de enero de 1931, el Tribunal Supremo austriaco decía que la falta de una investigación biológica-hereditaria en proceso sobre paternidad constituía una falta de procedimiento. Con ello no es que solamente se admitiera tal prueba, es que pasaba a ser exigible, bien que con el carácter simplemente persuasivo de la jurisprudencia austriaca.

Después de la trascendental declaración hecha por el Tribunal Supremo austriaco, que así seguía las directrices de renovación y racionalización del proceso marcadas por los Tribunales alemanes, aceptaron el impulso que los guiaba a través de las pruebas biológicas, apartando con toda firmeza las tentativas de disminuir el valor o excluir la investigación biológica en materia de paternidad.

Refiriéndonos a la prueba de los grupos sanguíneos, tiene la ventaja de la pervivencia e inmutabilidad de los mismos, lo cual, si es importante desde el punto de vista médico también lo es desde el jurídico, pues hace posible la prueba de hechos cuando otras fuentes probatorias ya se han agotado o

ofrecido; no es peligrosa, ni difícil, en general; sus posibilidades de éxito, son grandes, no sólo intrínsecamente, cuando hay dos hombres conocidos entre los cuales se desarrolla la duda sobre la paternidad, sino también para relacionarla con los resultados obtenidos a través de otras fuentes probatorias y llegar al resultado de conocer por medio de aquélla, practicada en primer lugar, si no la identidad, si al menos la existencia de otro hombre como padre; comprobación que podrá compleatrse poniendo en acción otros medios de investigación probatorias.

La investigación de la paternidad por la determinación de los glóbulos sanguíneos se basa en la aglutinación de los glóbulos sanguíneos portadores de los aglutinógenos mediante fórmulas de combinación de la sangre de cada uno de los presuntos padres con la del hijo. El suero sanguíneo tiene propiedades aglutinantes (dos sustancias llamadas aglutinas); en los glóbulos rojos existen otras dos sustancias: los aglutinógenos. Pues bien; cada suero sanguíneo aglutina a glóbulos de diferentes individuos, no de la misma. Es decir, existen grupos sanguíneos diferenciados por la aglutinación o la no aglutinación de sus hematíes por el suero de los demás y a la inversa. Cada grupo está, pues, acaracterizado por propiedades especiales de aglutinación (tipo A, tipo B, tipo (cero) y tipo AB). De esta experiencia —que sigue las leyes de la herencia— se pueden extraer conclusiones negativas; si la sangre examinada en un sujeto es de grupo diferente al del otro, excluye la relación parental entre ambos; si es del mismo grupo, no se puede extraer una conclusión positiva.

Pero desde el punto de vista judicial, y teniendo en cuenta que no siempre es posible la utilización de todos los grupos, según datos de **Meyrhoff**, si bien en Alemania la media teórica de la exclusión absoluta de la paternidad es de un 34,76%, en la práctica no rebasa el 18,8%. Pero aparte de estas exclusiones absolutas, hay ocasiones en que los peritos médicos dan en sus informes y de acuerdo con el resultado de la identidad o falta de identidad de los diversos grupos sanguíneos de las personas a la investigación sometidas, un procentaje de probabilidades. Así conocemos un dictamen judicial de tal tipo de la Universidad de Viena, diciendo haber un 91% de probabilidades de que el supuesto padre lo fuera en realidad.

En Francia, el Tribunal Civil de Niza, dictaba el 17 de noviembre de 1937, una resolución en que admitía la prueba de grupos sanguíneos, comprendiendo a tal dictamen pericial entre los medios probatorios admitidos por el artículo 340 del Código civil; comenta la doctrina esta resolución diciendo que la comparación de los grupos sanguíneos de los interesados no hace posible una declaración positiva de la paternidad, pero

que sí puede corroborar una negación; una investigación adecuada, da a conocer el nombre del amante de la mujer, y la prueba pericial citada ha de confirmar, de otro lado, si no su identidad, si al menos su existencia, si es que demuestra que el supuesto padre no lo era en realidad.

La citada prueba se admite en Alemania, Italia, Polonia, Dinamarca, países escandinavos, entre otros países.

Exponer en este lugar la situación actual de estos problemas sería alargar este estudio en méritos de una cuestión que sólo puede tener gran interés para nosotros desde el punto de vista de una futura legislación, que reformando el sistema procesal y material de la investigación de la paternidad o admitiendo las pruebas biológicas de perfeccionamiento progresivo diera lugar a tales problemas.

Pero si en el futuro, como propugnamos, fuere introducida en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano la prueba biológica, a efecto de la investigación de la paternidad o maternidad, el legislador habría de tener presente en estos puntos concretos los problemas a que su admisión de lugar y las soluciones que, a veces después de largas controversias, han dado los juristas de otros países, evidentemente familiarizados ya con esta especie de fuentes probatorias después de treinta años de tráfico judicial en que se las practica.

Hemos señalado estos problemas a fin de que el legislador considere que no todo es fácil cuando se quiere modernizar el edificio y máquina procesal.

A la admisión de las pruebas biológicas se han ido oponiendo,poco a poco, ciertos inconvenientes de tipo técnico y aun psicológico. Veámoslos.

En primer lugar, apenas comenzó a utilizarse la fuente probatoria del conocimiento y comparación biológica de las personas, surgió el inconveniente (derivado de un hecho material y formal que no había pensado en tales posibilidades), de inexistencia de medios legales para vencer la resistencia de los sujetos a someterse a la misma; prueba de ello, nos la da la jurisprudencia alemana anterior al año de 1938.

Otro inconveniente —ya obviado actualmente en Alemania— es la falta de los jueces en los resultados de tales pruebas, por ser legos en biología, es decir por prejuicios derivados de falta de formación o de evolución en sus ideas; este inconveniente sólo se puede remediar eficazmente mediante una adecuada formación de los jueces, haciéndoles comprender, a pesar de no ser expertos en genética ni en biología, la seriedad de tales pruebas y la realidad de los resultados exclusivos de las mismas, por lo menos.

Derivado en parte de lo anterior, se suscita también el problema de si el juez habrá de estar o no vinculado al dictamen de los peritos, dado como resultado de sus investigaciones biológicas; de quedar vinculado, realmente los peritos pasarían a ser los verdaderos jueces.

Otra dificultad que se oponía frente a la admisibilidad de la prueba de la investigación somático-hereditaria en concreto, era la de la necesidad de esperar a veces mucho tiempo para que fuera posible su práctica, por causa de la corta edad del hijo.

También se opuso, frente a la prueba de grupos sanguíneos, el inconveniente que suponía la necesidad de hacer comparecer a los cuatro sometidos a investigación simultáneamente ante el perito o peritos.

Y por último, se oponía el inconveniente del coste de dichas pruebas experimentales. Desde luego, elevado; en muchas ocasiones (y sobre todo, tratándose de procesos sobre alimentos), desproporcionado con la cuantía de las demandas; y con el resultado más desepcionante en muchos casos. Por todo ello, aun hoy día son bastantes los jueces que se pronuncian contra la admisibilidad de tales pruebas.

Pero enfrente de tantos inconvenientes no es posible ocultar ni desvirtuar la enorme importancia que tienen las pruebas biológicas en cuantos que pueden contribuir en cierto número de casos, en porcentaje que crece con enorme rapidez conforme se perfeccionan las investigaciones sobre la materia, a sustituir el juego de las presunciones tan dudoso e injustificado, basándose en indicios de fácil confusión.

Estas pruebas tienen la ventaja de dar un resultado objetivo, claro, sin posibilidad de error en cuanto a matices, siempre que tal resultado sea el de la exclusión de la paternidad por falta de coincidencia de los grupos sanguíneos o de los caracteres dominantes entre el hijo y los supuestos padre o madre. Tal resultado no está a merced de la apreciación lógica —o ilógica— de matices subjetivables y difíciles, ni de la posible mala fe de las partes o de terceros.

En cuanto al inconveniente de la falta de confianza que los jueces pueden tener en la prueba; ello deriva de una falta de conocimiento de la seriedad y trascendencia de dichas pruebas; falta que debe desaparecer ofreciendo al Juez contactos tanto legales (peritos) como extralegales (hombres de ciencia especializados) que demuestren las técnicas y sus resultados estadísticos.

La vinculación o no del Juez al dictamen pericial también es una cuestión de importancia. Ha de tenerse en cuenta que la doctrina construye hoy la figura jurídica del perito como auxiliar del Juez; considérese además que en un gran

porcentaje de casos suministrará aquél un dictamen científicamente razonado de exclusión absoluta de la paternidad; forzoso es ligar al Juez, o por lo menos impedirle que extraiga de fundamentos parciales del dictamen combinados con otras pruebas consecuencias globalmente diferentes de aquellas a que el perito llegó en resumen.

Otra cuestión es la de la preparación necesaria de un buen núcleo de peritos especializados en las pruebas biológicas; su antedecente necesario es la creación de centros de investigación que los preparen en número suficiente y en los cuales pueda llevarse a cabo la prueba sin menoscabo de la economía procesal, ni en lo posible, de las particulares de los interesados. Todo ello es cuestión de técnica y de que el Estado destine, antes que a otros gastos, a estas necesidades primordiales de justicia cantidades suficientes para proveer a todo.

Ahora bien, es cuestión primordial la de no poner en marcha el mecanismo de estas pruebas sin tener plena preparación tanto científica como jurídica (legislativa). Se debe cuidar mucho en la elaboración de las normas que pudieran introducirlas.

No es posible pensar que el derecho aplicado por Jueces y Tribunales continúe inmutable ante el progreso científico; se hace, por otra parte, preciso adherirse a la tendencia que preconiza la obtención de la verdad material y no simplemente formal o restringida en los procesos sobre la condición de las personas, y para ello nada mejor que admitir la práctica de pruebas biológicas. Parece una aspiración un tanto utópica pero no nos extrañemos, puesto que en el mundo de los hechos todo es posible.

DE LA ADOPCION

350.—Definición de la adopción y generalidad

Es probablemente la adopción una de las instituciones jurídicas más abandonadas por los estudiosos del Derecho civil moderno.

El olvido es injusto. No sólo porque el estatuto cumple con una misión humana de verdadera protección a los menores, y ello de por sí bastaría para que el mismo despertara cariño e interés, sino porque, además, la realidad jurídica, demuestra que la adopción no es una antigualla destinada a un definitivo arrinconamiento. Con frecuencia las personas no ligadas por relaciones naturales de filiación crean entre sí el vínculo civil de la adopción.

Para nuestro Código Civil no existían **hijos adoptivos.** La Legislatura de 1948 incorporó esta institución en nuestro Derecho Civil.

Según el artículo 317, "la adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, señaladas en este Título, respecto de un menor de edad que no es su hijo y que se llama adoptado".

En esta definición que da el artículo 317 de la adopción, no figura en ella la idea de filiación. Pero se indica más adelante que si el adoptante o los cónyuges adoptantes no tuvieren hijos legítimos, el adoptado tendrá todos los derechos de un hijo legítimo; y que cuando aquéllos sólo tuvieren hijos ilegítimos el adoptado gozará de los mismos derechos que la ley concede a tales hijos.

Se ha discutido acerca de si es una institución puramente histórica; y la opinión que ha predominado es que debe admitirse como la expresión de la tendencia del hombre a perpetuarse; y porque reporta beneficios a los individuos y aun a la sociedad. Ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza, la adopción es una institución creada por el derecho a efectos de servir una finalidad moral y social, para que así pueda encontrar el desheredado de la suerte, la protección de la sociedad en la persona que lo adopta, para llevar al hogar del necesitado como del pudiente el sentimiento filial y fraternal de familia.

351.—La adopción en el Derecho

La adopción ha sido conocida por casi todas las naciones. Es una de las instituciones jurídicas de precedentes históricos más remotos. Ya se encuentra regulada jurídicamente entre los babilonios (Código de Hammurabi, 2285 a 2242 a. de JC.), los hebreos y los griegos, pero sólo en el Derecho romano alcanza una ordenación sistemática.

352.—Importancia de la adopción en Roma

De las dos formas de adopción que existieron en Derecho romano, la **adoptio,** en sentido estricto y la **arrogatio,** ésta es la más antigua y en ella se advierten en toda su pureza los rasgos de un régimen de vida de íntima comunidad, propia de una época profundamente arcaica. Se efectuaba, una vez que el Colegio pontifical la declaraba procedente, por acuerdo de la Asamblea popular antigua, tomado por iniciativa del **Pontifex maximus;** a causa de esta intervención de la asam-

blea se la llamaba **arrogatio per populum.** Por **arrogación** sólo podían ser adpotados nombres libres **sui iuris**; las mujeres y los interdictados no lo podían ser por no poder tomar partes en los comicios; para los individuos constituídos en potestad había que seguir el procedimiento de la **adoptio.** Como acto comicial, la **arrogatio** sólo se podía realizar en Roma; para las provincias, el Derecho imperial introdujo la forma especial de la **arrogatio por rescriptum principis. La arrogatio per populum** subsiste algún tiempo junto a la nueva, desapareciendo definitivamente en el siglo IV del Señor.

La adoptio se verificaba mediante un complicado negocio, compuesto de dos momentos. El primero tenía por objeto desligar al menor de la potestad actual, para lo que se aplicaba la máxima de las Doce Tablas sobre la liberación del hijo por tres mancipaciones: **si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto;** el padre vendía a su hijo por primera vez al adoptante o a un tercero y a continuación el adquirente le dejaba salir del **mancipium** con lo que volvía a la potestad paterna; nuevamente se repetía la emancipación y la liberación, hasta la tercera **mancipatio,** por la cual el padre perdía definitivamente su patria potestad sobre el hijo en beneficio del adoptante. Cuando se trataba de adopción de una hija o de un nieto, bastaba con una emancipación, pues los juristas interpretaron en sentido literal el precepto de las Doce Tablas, ya que sólo se refería a los hijos (filius). Extinguida así la antigua **patria potestas,** se pasaba al segundo acto, destinado a conceder la misma al adoptante. Si el adoptado había sido mancipado a un tercero, el adoptante lo vindicaba de él como suyo, aquél no lo contravindicaba y el magistrado aprobaba la cesión; y si había sido emancipado al mismo adoptante, lo remancipaba primero al padre y después lo vindicaba. Esta segunda parte de la adopción es, pues, una forma de **in iure cessio. A** diferencia de la **arrogatio,** la **adoptio** podía celebrarse en todos los lugares en que hubiera magistrado romano con plena jurisdicción y, por tanto, también en provincias.

El Derecho justinianeo abolió todo este formalismo, bastando la declaración de adopción realizada por el padre natural ante el Magistrado, presente el adoptante y consintiéndolo el adoptado.

En cuanto a los efectos, en el Derecho prejustinianeo la adopción ponía al adoptante en la misma posición que un hijo natural; el adoptante adquiría la **patria potestad** con los derechos a ella inherentes, incluído el usufructo sobre el peculio adventicio del adoptado; éste incurría en la **capitis de-**

minutio mínima con la calidad de cognado de su familia natural y agnado de la familia adoptiva, adquiriendo derecho a la sucesión como **heres suus.** Justiniano mantuvo estos efectos sólo en la adopción por un ascendiente **(adoptio plena)**; en cambio, la realizaba por un extraño **(adoptio minus plena)** no producía en Derecho justinianeo otro efecto que el derecho del adoptado a suceder abinteato al adoptante.

En los primeros tiempos la ley romana permitía la adopción aunque tuvieran hijos legítimos los adoptantes, es decir, con vínculos de sangre. Más tarde limitaron este derecho las leyes que regían a la adopción, disponiendo que sólo podían hacer adopciones los cónyuges que no tuvieran hijos legítimos. Se llegó a establecer la limitación de la edad del adoptante, preceptuando que sólo lo podían hacer las personas que llegaran a los sesenta años.

El derecho germánico conoció un tipo especial de adopción, realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos de naturaleza moral más que jurídica; pero puestos en contacto con los romanos, los pueblos germánicos encontraron pronto en la adopción romana un modo de suplir la sucesión testamentaria, desconocida en su Derecho. Particularmente por impulso de la Iglesia, se extendieron las formas de adopción por **escriturам, adoptiones in hereditatem,** equivalentes a verdaderos pactos sucesorios; sobre todo la **adoptio in hereditatem** fue muy usada en la alta Edad Media en la forma de **affiliatio o affratatio,** por lo cual una persona era llamada, como hija o hermana, a la sucesión de otra. El desarrollo de la sucesión testamentaria, al hacer innecesario acudir a la ficción jurídica de la adopción, trajo la decadencia de esta institución que ya en la Baja Edad Media perdió su importancia.

353.—La adopción en el Derecho

La significación y fundamento de la adopción en el Derecho moderno es completamente distinta de la que tuvo en los pueblos primitivos. Los motivos que hoy pueden inducir a la adopción son, en general, de índole personal, mientras que en las civilizaciones antiguas respondió al interés de asegurar la perpetuidad de la familia y de sus **sacra privata** y a otras finalidades económicas e incluso políticas; así en Roma la adopción fue durante algún tiempo el modo de transmisión por excelencia de la dignidad imperial y el camino para llegar a los cargos políticos reservados a ciertas clases sociales **(trasitio ad pleben.** Desaparecidas las circunstancias histó-

ricas a que respondió, discútese la conveniencia de su conservación; en su favor se alega que es el consuelo de los que no tienen hijos y de los seres abandonados que, no teniendo padre o siendo éstos desconocidos, necesitan amparo y protección. Dícese que estas razones sólo justifican una institución protectora o benéfica, mas no la adopción en su sentido técnico tal como la reguló el Derecho romano y la conciben los Códigos del antiguo modelo latino; y se añade que fomenta el celibato, premia el egoísmo y encubre la filiación ilegítima y estimula codicia cuando el adoptado tiene fortuna. A ello puede oponerse: 1º—Nunca debe juzgarse una institución exclusivamente por los abusos a que puede dar lugar, sino por la finalidad primordial a que responde y la realidad práctica de su cumplimiento; 2º—Los defectos que se señalan proceden, más bien de la reglamentación que de la institución misma. Creemos que a su carácter genérico de institución benéfica, como ya hemos señalado, une la adopción una nota específica que justifica su subsistencia en el Derecho moderno: en la mayoría de los casos, los adoptantes no desean sólo la protección al adoptado —que podría lograrse sin acudir a la adopción—, sino satisfacer, a la vez, el anhelo de cariño que sienten al encontrarse privados de hijos por la naturaleza.

354.—La adopción en Francia

La **adopción** es una institución que viene al Derecho francés bajo la doble influencia de origen de los precedentes germanos y de los romanos, cuyos sentidos, reglas y variedades acerca de esta materia dejamos ya expuestos en líneas anteriores.

Alternando con la adopción germánica, se observa en los primeros tiempos del Derecho francés el uso de la romana; pero en la Edad Media la sustitución cae en desuso considerablemente, llegando a ser derogada de modo expreso por algunas costumbres, en términos que en el siglo XVIII sólo se aplica a aquellos casos en que a la institución de herederos o a la donación se une el encargo de llevar las armas del testador o del donante. **Viollet** registra el curioso hecho de que en el establecimiento benéfico de la Caridad o **Limosna** general de Lyon se realizaba en el sentido plenamente jurídico de la palabra **adopción**, la de sus huérfanos o asilados, ejerciendo sobre ellos los Rectores el poder paterno, así como el Establecimiento mismo gozaba del usufructo de los bienes de los huérfanos.

La Asamblea legislativa de la Revolución dispuso que "su Comisión de Legislación comprendiera en su plan general de leyes civiles la relativa a la adopción"; pero este plan no fue cumplido, sin embargo de lo cual la Asamblea y la misma Convención realizaron casos de **adopción pública**, no se establecieron formas especiales, bastando que resultara de un acto auténtico, siendo sus efectos tan amplios que el adoptado gozaba de iguales derechos que el hijo legítimo, aunque con carácter revocable, salvo la facultad del menor de renunciar a ella.

El Código Civil reglamenta esta institución bajo los siguientes capitales principios: que la adopción no se permite sino a las personas de cualquier sexo que sean mayores de cincuenta años, que no tengan hijos ni descendientes legítimos, y que excedan al adoptado a lo menos en quince años; que nadie puede ser adoptado por varios a no ser por dos cónyuges, y que fuera de ciertos casos de excepción ningún cónyuge puede adoptar sin el consentimiento del otro; que esta facultad no podrá ejercitarse sino respecto de personas a quienes durante su menor edad, o por lo menos en el espacio de seis años, se haya provisto de socorros y de cuidados no interrumpidos, o respecto del que hubiera salvado la vida del adoptante en un combate, en un incendio o del peligro de ahogarse, bastando que en el segundo caso tenga el adoptante más edad que el adoptado, que carezca de hijos y descendientes legítimos y que, si es casado, consienta en la adopción su consorte; que no podrá en ningún caso tener lugar antes de cumplir la mayor edad el adoptado, y que si éste tuviera todavía padre y madre, o uno de los dos, y no ha cumplido aún veinticinco años, será preciso obtener el consentimiento de aquéllos, y, si es mayor de veinticinco años, el consejo.

Como el Código de Napoleón no permite la adopción más que de los mayores de edad, a su lado crea una institución similar bajo el nombre de **tutela** oficiosa, que parece reglamentada bajo análogas bases, excepto en lo que concierne a la edad del pupilo, impone al tutor muchas obligaciones y no le otorga en cambio sino la escasa ventaja de poder realizar una adopción testamentaria. Esta es una institución que ha quedado fuera de las costumbres.

Con posterioridad al Código de Napoleón aparecen todavía algunas aplicaciones de la adopción pública, por ejemplo, la institución de los pupilos de la nación en favor de los huérfanos de víctimas de la guerra de 1914.

355.—La adopción en el antiguo Derecho español

En el antiguo Derecho español, ni en el Fuero Juzgo, ni en los Fueros Municipales se hablaba de la adopción, que no aparece hasta que en el Fuero Real (tít. XXII, lib. IV) y las Partidas (tít. XVI, Part. 4ª) penetra el Derecho romano, y con él, a través de la figura genérica del **prohijamiento**, la distinción entre adopción (plena y menos plena) y arrogación. La institución fue poco usada, hasta el punto de que al redactarse el Proyecto del Código Civil de 1851, fue general la opinión de que debía suprimirse; y, según Goyena, sólo se conservó por la pintoresca razón de que un vocal hijo de Andalucía, manifestó que en su país se daban algunos, aunque raros, casos de ella..

De acuerdo con las leyes de Partida, la definía Escribe como "un acto solemne revestido de la sanción de la autoridad real o judicial que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles, reproducción de la ley I, tít. 16 de la Partida cuarta que decía: **Adoptio en latín tanto quiere dezir en romance** como **profijamiento; y este profijamiento es una manera de que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes seer fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente".**

Tenía, pues, por objeto, establecer la relación de paternidad y de filiación civil entre el adoptante y el adoptado; y como imitación de la naturaleza, sólo podía adoptar el hombre libre que se hallaba fuera de la patria potestad con tal que tuviera diez y ocho años más que el adoptado, y fuera capaz de tener hijos naturalmente, es decir, que no fuera impotente por naturaleza, aunque lo fuera por enfermedad, fuerza o daño que hubiere padecido.

Las mujeres no podían adoptar sino en caso de haber perdido su hijo en la guerra y con licencia real.

356.—Efectos de la adopción en el Derecho español

Los efectos que producía la adopción en el Derecho español eran los siguientes:

1º) El adoptado podía tomar el apellido del adoptante agregándolo al suyo;

2º) El adoptado pasaba unas veces y otras no a la patria potestad del adoptante;

3º) El adoptado conservaba siempre sus derechos y obligaciones con respecto a su familia natural, pues la ficción no se llevaba al extremo de destruir la realidad;

4º) La adopción producía impedimento para el matrimonio, entre el adoptante y el adoptado, aunque se disolviera la adopción; pero no entre los adoptados por la misma persona;

5º) El adoptante y el adoptado contraen la obligación recíproca de alimentos; sin destruir la que existe entre el adoptado y sus verdaderos padres;

6º) El adoptado era heredero abintestato del adoptante que no tenía descendientes legítimos o naturales; pero no lo era de los parientes del adoptante.

357.—La adopción en nuestro Código

Nuestro Código Civil del 60 prescindió de la adopción estimando seguramente sus redactores que era una institución innecesaria.

El Congreso Nacional de 1948 introdujo esta institución en nuestro Derecho Civil, definiéndola como un acto jurídico solemne, en virtud del cual un menor **entra a formar parte de una familia extraña a la suya,** con obligaciones y derechos señalados por la ley.

El régimen de la adopción ha sido simplificado en nuestro Código, prescindiéndose de las distinciones romanas. Subsiste, desde luego, la ficción que envuelve la adopción consistente en dar el carácter del hijo, al que no lo es por naturaleaz.

358.—Le la constitución de la adopción

Para constituir válidamente la adopción se requiere que se observen los requisitos que la ley establece con respecto al adoptante, con respecto al adoptado y con respecto a las formas del acto y su otorgamiento.

359.—Capacidad del adoptante

Dice el artículo 320: "Para que una persona adopte un menor se requieren las siguientes condiciones: que el adoptante sea legalmente **capaz;** que tenga libre disposición de sus bienes; que sea mayor de treinta años, y tenga, por lo menos, catorce años más que el menor adoptado".

La generalidad de las legislaciones positivas contienen las mismas restricciones que las que establece nuestra ley sobre la capacidad que se requiere en el adoptante, con ligeros cambios.

Por ejemplo, el Código alemán establece en sus artículos 1741 y 1744, que puede adoptar el que no tiene descendientes legítimos y que el adoptante debe tener cincuenta años cumplidos y a lo menos diez y ocho años más que el adoptado; no expresa límite de edad para adoptar; el Código del Brasil, de 1916, dispone que la adopción sólo se permite a las personas de más de cincuenta años que no tengan hijos legítimos o legitimados (art. 368) y que el adoptante debe tener, a lo menos, diez y ocho años más que el adoptado (art. 370). El Código del Perú de 1936, reproduciendo con ligeras variaciones las disposiciones del Código de 1851, estatuye en el Art. 326, que "para la adopción se requeire que el adoptante sea mayor de cincuenta años y que sea de buena reputación, que sea mayor que el adoptado cuando menos en diez y ocho años y que no tenga descendientes legítimos con derecho a heredar".

Es cierto que a la adopción no recurren por lo general sino aquella personas que no tienen descendencia legítima. Pero al revés de lo que ocurre en otras legislaciones, en la nuestra el hecho de que el adoptante o adoptantes tengan descendencia legítima no es obstáculo para la adopción de un hijo; y así, después de que la ley preceptúa los requisitos y condiciones para la adopción, prevé los siguientes casos: 1º Que si el adoptante o los cónyuges adoptantes no tuvieren hijos legítimos, el adoptado tendrá todos los derechos de un hijo legítimo; 2º Cuando aquéllos sólo tuvieren hijos ilegítimos el adoptado gozará de los mismos derechos que la ley concede a tales hijos.

La persona casada no puede adoptar sin el consentimiento del otro cónyuge (art. 323), para evitar divergenicas en el hogar.

No puede una persona adoptar a la que ha sido adoptada por otra, dice el artículo 324. Todos los Códigos establecen la misma regla, y es natural que así sea, porque si un niño es adoptado por una persona que pasa a ser su padre adoptivo, como si fuera su padre legítimo, no puede ser reconocido por otra en la misma calidad de hijo, puesto que no puede tener dos padres a la vez.

360.—Requisitos con respecto al adoptado

La adopción se constituye por el concurso de las voluntades del adoptante y del adoptado, o sea por su consentimiento mutuo.

Para la adopción de un menor se necesita la voluntad del adoptante y el consentimiento de los padres del adoptado. Si uno de los padres ha muerto o está impedido legalmente de manifestar su voluntad, el consentimiento del otro es suficiente. Si están separados o divorciados basta el de aquel que tenga la patria potestad, con aprobación del Tribunal de Menores, previo conocimiento de causa, y mandándose oir al otro para que demuestre su conformidad o disconformidad con el acto de la adopción.

Si el menor no tiene padres o están impedidos por causa permanente de manifestar su voluntad, prestará el consentimiento el representante legal o guardador, y, si no lo tuviere, se le proveerá de un curador especial. Si el menor tuviere quince años o más se requerirá su expreso consentimiento.

El Código alemán y otros exigen el consentimiento personal del adoptado menor de edad, desde que ha cumplido catorce años.

Nuestra ley ha seguido idéntico criterio.

361.—Requisitos de forma

Dispone el artículo 326, lo siguiente: "La solicitud de adopción se elevará al Tribunal de Menores de la jurisdicción del adoptante, el cual para decidir el caso necesitará un informe del Servicio Social o, a falta de éste, de uno de sus membros, en que conste que se ha efectuado una investigación social para determinar si la adopción es necesaria o conveniente; si el menor es apto para ser adoptado, y si las personas que desean adoptar están económica y moralmente capacitadas para criar y educar al menor".

El artículo 327 agrega: "Con la autorización del Tribunal de Menores, el Notario podrá extender la escritura pública de adopción, en la que conste la voluntad del adoptante, del representante legal y del adoptado, en su caso; la autorización del Tribunal de Menores, que debe contener la prueba de la idoneidad moral y la capacidad del adoptante y el hecho de que el adoptante ha tenido bajo su protección y cuidado al adoptado durante seis meses por lo menos.

En la escritura de adopción deberá hacerse constar, de manera expresa, el número de hijos legítimos e ilegítimos que tienen el adoptante o los cónyuges adoptantes, conjunta o separadamente, declaración que se tomará en cuenta para los efectos de lo establecido en el Art. 300 de este Título" (referente a los derechos y obligaciones correspondients a los padres e hijos).

"La adopción producirá sus efectos entre el adoptante y el adoptado y respecto de terceros, desde la fecha de inscripción en el Registro Civil", dice el artículo 328.

Por consiguiente, la constitución de la adopción está sujeta a las siguientes formalidades:

1º) Debe ser autorizada previamente por el Tribunal de Menores, con conocimiento de causa;

2º) Debe ser otorgada por escrtura pública;

3º) Debe inscribirse la escritura de adopción en el Registro Civil correspondiente.

362.—Los efectos de la adopción

El primer efecto de la adopción es establecer parentesco de carácter civil entre el adoptante y el adoptado, parentesco que no pasa de las respectivas personas.

2º Como consecuencia de la vinculación jurídica de parentesco que la adopción establece entre el adoptante y el adoptado, dice la ley que el adoptado llevará el apellido del adoptante, y si lo hubiere sido por ambos cónyuges, llevará en segundo lugar el apellido de la adoptante. Al llegar a la mayor edad el adoptado podrá tomar el apellido de sus padres naturales previa declaración ante un Juez Provincial, quien dispondrá se anote tal particular al margen de la correspondiente partida de adopción.

3º) El adoptado continúa perteneciendo a su familia natural donde conserva todos sus derechos. Pero los padres que consienten la adopción pierden la patria potestad que pasa al adoptante.

La adopción pone término también a la guarda a que estuviere sometido el adoptado.

4º) Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos, en la siguiente forma:

Si el adoptante o los cónyuges adoptantes no tuvieren hijos legítimos ni ilegítimos, el adoptado adquirirá todos los derechos de un hijo legítimo y gozará de las garantías que las leyes confieren a los hijos legítimos. Igual situación se esta-

blecerá entre el adoptante o los cónyuges adoptantes y el adoptado, si separada o conjuntamente los adoptantes tuvieren sólo hijos ilegítimos, exceptuándose del inciso anterior el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; pues, de concurrir éstos con el menor adoptado, exclusivamente, la herencia se dividirá entre dichos padres y el adoptado, por partes iguales, sin perjuicio de los derechos que el código establece en favor del cónyuge sobreviviente.

En caso de que el adoptante o cualquera de los cónyuges adoptantes tuviere hijos ilegítimos, el adoptado adquirirá los derechos de un hijo ilegítimo, y su padre o padres adoptivos tendrán para con él las obligaciones que establece la ley para los padres ilegítimos.

5º—La adopción no confiere derechos hereditarios, ni al adoptante respecto del adoptado ni los parientes de éste, ni el adoptado respecto de los parientes del adoptado.

6º—La patria potestad del adoptante se suspende o se pierde por las mismas causas que la del padre o la madre legítimos.

7º—La adopción no es revocable sino por causas graves debidamente comprobadas que no podrán ser otras que las mismas que lo son para el desheredamiento de los legitimarios y la revocación de las donaciones.

363.—De la terminación de la adopción

Dice el artículo 334 de la ley: la adopción termina:

"1º—**Por voluntad del adoptante y del adoptado mayor de edad,** manifestada de común acuerdo, mediante escritura pública;

2º—Por voluntad del adoptado mayor de edad legalmente capaz, expresada también por escritura pública;

3º—Por los motivos por los que se puede privar de la patria potestad al adoptante, de acuerdo con las disposiciones generales de este Código;

4º—Por sentencia judicial que declare la indignidad del adoptando en los términos del Art. 333".

364.—Acción de nulidad

En la Ley número 5.343, por la que se estableció en Chile la adopción, el art. 11 contempla los casos por los que la adopción es nula; y este es uno de los vacíos de la Legislación ecuatoriana. El silencio de la ley no excluye la aplicación de las normas generales sobre la materia, por lo que la adop-

ción como todo acto jurídico, puede hallarse sujeta a acciones de nulidad procedentes de la omisión de requisitos para su validez, o en razón de vicios de que puede adolecer el consentimiento de los que en ella intervienen y que dan lugar a rescisión. En otros términos, puede adolecer la adopción de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

Los artículos 325, 326 y 327, determinan como lo hemos explicado, los requisitos que deben concurrir para la existencia y validez de la adopción. Son requisitos exigidos en razón de la naturaleza del acto; y por lo tanto su omisión produce nulidad absoluta.

La nulidad de la adopción por vicio de fondo o de forma, en cuanto al acto, no ofrece duda alguna, ya que evidentemente la falta de consentimiento o la falta de autorización exigida producirá la nulidad de la adopción.

La nulidad es relativa cuando se trata de un vicio de consentimiento, (error, fuerza o dolo).

365.—Personería del padre natural para intervenir en las acciones de nulidad y de revocación de la adopción

Aunque la ley silencia quiénes son titulares de la acción de nulidad de la acción de la adopción, es obvio que corresponde al padre que, si por causa de la misma puede cesar en la patria potestad, en la exclusión de sus facultades se encuentra el interés determinante de la acción, de acuerdo a las reglas a que está sujeta la acción ordinaria de nulidad. Además, si el padre es parte en el acto de la adopción, cuando no hubiere perdido la patria potestad, es inobjetable su personería para intervenir en dicho juicio.

Cuando la revocación prevista en el Art. 333, tenga por origen la indignidad del adoptante, también corresponderá al padre la acción de revocación. Juegan idénticos motivos a los expresados precedentemente.

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

I N D I C E

CAPITULO VI

LA NUEVA ETAPA DEL ESFUERZO CODIFICADOR

	Págs.
173.—Introducción	3
174.—Ediciones del Código Civil. Leyes que lo han reformado	9
175.—Comentario	9
176.—Disparidad de criterios al tratarse de las definiciones del matrimonio y del dominio	14
177.—Nuevas concepciones jurídicas sobre dominio territorial del Estado y Soberanía marítima	15
178.—Consulta de la Comisión Legislativa	22
179.—Comentario	23
180.—Del Estado Civil y sus pruebas	26
181.—Antecedentes históricos del Registro Civil	26
182.—Del Registro Civil	28
183.—De las Oficinas del Registro Civil. Estructura jurídico-administrativa de los servicios del mismo	30
184.—Del Registro de Nacimientos	32
185.—Del Registro de Matrimonios	32
186.—Del Registro de Reconocimientos, de Legitimaciones y de Adopciones	34
187.—Del Registro de Defunciones	34

CAPITULO VII

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA

189.—Concepto general de la familia	37
190.—La familia y el Derecho de familia en los tiempos prehistóricos	38
191.—Teorías matriarcales y patriarcales	39
192.—Evolución posterior de la familia	42
193.—Legislación romana	42
194.—Legislación española	45
195.—La familia en la España de la reconquista	46

Págs.

196.—La familia castellana en la España moderna 47
197.—Legislación comparada española y ecuatoriana 48
198.—La familia en los diversos territorios de España, regidos por otras legislaciones que la de Castilla 48
Aragón 49
199.—Navarra 50
200.—Cataluña 50
201 La familia americana y la Legislación de Indias 52
202.—El derecho en la familia ecuatoriana hasta la vigencia del Código Civil 53

CAPITULO VIII

LA FAMILIA COMO INSTITUCION LEGAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

203.—Indicaciones generales a este propósito 57
204.—El matrimonio es la base de la familia 58
205.—El matrimonio en sus aspectos: natural, religioso (canónico) y civil 58
206.—Efectos civiles respecto de las personas de los cónyuges:
A).—Efectos civiles del matrimonio, comunes a ambos cónyuges 59
B).—Efectos civiles especiales respecto de la persona del marido 60
C).—Efectos civiles especiales respecto de la persona de la mujer 61
207.—Evolución histórica 62
208.—Grecia 62
209.—Israel 63
210.—Japón 63
211.—India 63
212.—Turquía 64
213.—Legislación romana 65
214.—Influencia del cristianismo.—Legislación española 65
215.—Secularización del matrimonio 66
216.—Legislación patria antes de la expedición de la Ley de Matrimonio Civil 66
217.—Circunstancias que motivaron la reforma de 23 de octubre de 1902 67
218.—Antecedentes parlamentarios de la Ley de Matrimonio Civil y que comenzó a regir el 1º de Enero de 1903 68
219.—Texto de la Ley aprobada por el Congreso Nacional 77
220.—Comentario 115
221.—La ley no reconoce otro matrimonio que el civil 117

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR FUNDADA EN 1620 QUITO

DEL DIVORCIO VINCULAR

Págs.

222.—Acepciones de la palabra divorcio.—Evolución histórica de la institución 118
223.—Reforma de 29 de otcubre de 1904 125
224.—Comentario 125
225.—Reforma de 30 de septiembre de 1910 128
Comentario .....
226.—Reformas de 4 de diciembre de 1935 129
227.—Reformas posteriores 130
228.—Juicio social y legal sobre el divorcio. Crisis de la familia en la revolución social de nuestro tiempo 131
229.—Examen analítico de las causas que originan el divorcio: 1ª—Adulterio 141
230.—2ª—Sevicia 142
231.—3ª—Injurias graves 144
232.—4ª—Amenazas graves y frecuentes de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice 145
233.—5ª—Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice 145
234.—6ª—El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes 146
235.—7ª—Actos ejecutados por el marido para corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges para prostituír a los hijos 146
236.—8ª—Enfermedad grave, incurable y contagiosa 147
237.—9ª—El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano 147
230.—10ª—Impotencia o deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges que vuelva imposible la procreación 148
239.—Impotencia y esterilidad 148
240.—Esterilidad 148
241.—Esterilidad en el hombre 149
242.—Esterilidad en la mujer 149
243.—Frigidez 150
244.—11ª—La condena ejecutoriada a tres años de prisión, por lo menos, a causa de delito.—Delitos que comprende la causal 151
245.—12ª—Arriesgar, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos con relación a la fortuna de que disponga 152
246.—13ª—Separación ilegal de los cónyuges con total abstención sexual entre ellos por más de tres años 152
Del procedimiento en el juicio de divorcio 153

DEL DIVORCIO TEMPORAL

Págs.

247.—Orígenes históricos 157
248.—Historia sobre esta materia en el Ecuador 159
249.—Resumen y paralelo 160
250.—Patronato eclesiástico en las tierras de América 161
En julio de 1824, por decreto legislativo, se declaró que tocaba a la República de Colombia el ejercicio del Patronato
251.—En 1862 se firmó en Roma el Concordato entre la Santa Sede y la República del Ecuador 161
En 1865 se dictó Ley Orgánica de Patronato .....
Por Decreto Ejecutivo de 1866 de declaró Ley del Estado el Concordato .....
Por Ley de 19 de septiembre de 1899, el Congreso dictó una Ley de Patronato, con lo que implícitamente quedó derogado el Concordato .....
252.—La Constitución Política de 1906 derogó el Concordato y el Patronato 161
253.—El matrimonio, institución laica 162
254.—Formas del matrimonio 163
255.—Celebración del matrimonio civil antes del matrimonio religioso 163
256.—Del matrimonio celebrado en país extranjero 164
257.—Matrimonio de extranjeros en país extranjero 164
258.—Matrimonio de ecuatorianos en el extranjero 165
259.—Conflicto de leyes concernientes a la aptitud par divorciarse. Aplicación de la ley nacional 166
260.—Esposos de nacionalidad diferente 167
261.—Matrimonio putativo 168
262.—Prueba de la buena fe 170
263.—Buena fe de uno de los esposos 170
264.—Efectos de la nulidad: en cuanto a los esposos y a los hijos 171
265.—Derecho comparado.—Derecho eclesiástico 173
266.—Derecho francés 174
267.—Ley ecuatoriana 177
268.—Competencia de los Jueces ecuatorianos 178

CAPITULO IX

LA MUJER CASADA ANTE EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

269.—Generalidades 182
270.—De la sociedad conyugal.— Organización económica de la institución.— Sus principales sistemas: los de separación, comunidad, dotal y de la sociedad de gananciales 197

Págs.

271.—Sistema de nuestro Código Civil 199
272.—Ley de exclusión de bienes, llamada de enancipación económica de la mujer casada.—Historia de la Ley 201
273.—Texto de la Ley aprobada por el Congreso Nacional de 1911 231
274.—Agregación de 1912 y edición de 1918 231
275.—Principios y fines trascendentes: esbozo histórico 232
276.—Derecho comparado.—Roma 232
277.—España 233
278.—Inglaterra 234
279.—Alemania 234
280.—Francia 234
281.—El régimen matrimonial de separación de bienes 235
282.—Relaciones económicas del hogar común 237
283.—¿Es embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, según nuestro Código Civil? 240
284.—Separación de bienes de los cónyuges, y su administración por la mujer durante el matrimonio 244
285.—Efectos civiles del matrimonio, respecto de los cónyuges, en **comunes a ambos (vida común, fidelidad, mutuo auxilio** 245
Especiales respecto del marido (autoridad marital, representación, designación de domicilio, administración de la sociedad conyugal) 248
Especiales respecto de la mujer (ingreso bajo la autoridad marital y consiguiente limitación de la capacidad civil) 248
286.—Comentario acerca de la Ley de exclusión de bienes, llamada de emancipación económica de la mujer casada 249
287.—La libre enajenación de los bienes de la mujer casada dentro de la sociedad conyugal 251
288.—Decreto Legislativo de 25 de octubre de 1956 288
289.—Vicisitudes sobre la nacionalidad de la mujer casada 254

CAPITULO X

DE LA FILIACION

I.—Generalidades

290.—Definición 259
292.—Filiación legítima 259
293.—Filiación ilegítima; sus clases 260
294.—Para calificar la filiación se atiende a la concepción 260
295.—Efectos de la filiación 261
296.—Presunción de paternidad del marido; su fundamento 261

Págs.

297.—Elementos de que depende la filiación legítima; su impugnación 262
298.—Causales de impugnación 264
299.—Primer caso.— **Imposibilidad física.**— Casos de imposibilidad física: **ausencia, impotencia** .....
300.—Ausencia 265
301.—Impotencia, sus clases: impotencia accidental, impotencia natural 265
302.—Segundo caso.— **Adulterio de la mujer;** imposibilidad moral de cohabitación 266
303.—Cómo puede ser establecida la filiación; maternidad; paternidad 267
304.—De los hijos legítimados por matrimonio posterior a la concepción 268

DE LA FILIACION ILEGITIMA

305.—Definición; sus clases 270
306.—Historia evolutiva del Derecho sobre esta materia.-Alemania 271
307.—Prusia 271
308.—Inglaterra 273
309.—Francia 274
310.—Fuentes de nuestro Derecho positivo sobre filiación ilegítima: el Derecho español, la Legislación de Indias y la Legislación nacional, desde 1810 hasta 1860, fecha de la expedición de nuestro Código Civil.—Leyes que lo han reformado 276
311.—Ley de 17 de abril de 1837 277
312.—Régimen del Código Civil de 1860 278
313.—Leyes que lo han reformado.— Consideraciones sociales y de hecho.— Reforma hecha por la Constitución Política, expedida el 26 de marzo de 1929 279
314.—Decreto Supremo 94, de 22 de noviembre de 1935, que determina situación legal de los hijos ilegítimos 280
315.—Decreto Supremo 221, de 12 de mayo de 1936, que fija nuevos modos de verificar el reconocimiento de los hijos ilegítimos 280
316.—Decreto Supremo 211, de 23 de julio de 1937, que agrega nuevas disposiciones, referentes a la guarda de hijos ilegítimos.
La Constitución Política, expedida el 6 de marzo de 1945, en el breve lapso de su vigencia, confirió a los hijos fuera de matrimonio el derecho a ser criados y educados por sus padres en las condiciones de legítimos y a heredarles en la mismo proporción de igualdad 281

Págs.

317.—Derecho comprado.—Francia 284
318.—España 285
319.—Uruguay 285
320.—Méjico 285
321.—Acción de filiación 286
Sistemas que coexisten en el mundo contemporáneo acerca de la filiación 287
322.—Formas de reconocimiento 288
323.—Reforma de la Ley 94 de 1935 289
324.—La Ley II de Toro 289
325.—¿Puede un incapaz reconocer a un hijo ilegítimo? 290
326.—Mujer casada 290
327.—Menor de edad 291
328.—Demente 291
329.—De los efectos del reconocimiento 292
330.—Irrevocabilidad del reconocimiento 292
331.—Reconocimiento en testamento que ha sido revocado 293
332.—Reconocimiento por declaración personal ante el funcionario del estado civil.—Retroactividad 295
333.—Reconociimento en el acta matrimonial 296
334.—Bases fundamentales de la reforma 94 de 1935 sobre filiación ilegítima.— Primera base.— Desaparece la histórica distinción, entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales y simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como ilegítimos los habidos fuera de matrimonio 298
335.—Segunda base.— Investigación de la paternidad ilegítima 299
336.—Clasificación de las legislaciones de los diversos países en punto a la investigación de la paternidad, y en cuanto a sus efectos 299
a), las que confieren todos los efectos, incluso el derecho hereditario; estableciendo a veces completa equiparación entre los hijos legítimos e ilegítimos;
b), las que solamente otorgan a los hijos legítimos el derecho a los alimentos;
c), las que, paralelamente, admiten los dos efectos.
Y en cuanto al derecho mismo de procurar el reconocimiento judicial hay también tres grupos, a saber: uno, que establece la prohibición absoluta; otro, que acepta la libre investigación; y otro, que la prohibe de modo relativo.
337.—Evolución del Derecho sobre esta materia en el Ecuador 300
338.—Examen analítico de los casos en que se autoriza la investigación de la paternidad.—Primer caso.—Declaración judicial de paternidad por confesión expresa 303
339.—Segundo caso.— **Rapto, violación,** etc. 304

Págs.

340.—Tercer caso.— **Seducción** 306
341.—Cuarto caso.— **Conbubinato notorio.**— Notoriedad del concubinato 307
342.—Epoca y duración del concubinato 308
343.—Esbozo histórico sobre la materia 309
344.—Quinto caso.— La posesión de estado del hijo ilegítimo.— Hechos que la caracterizan: el sostenimiento y educación del hijo 310
345.—Tercera base.— Derecho herencial de los hijos ilegítimos 312
346.—Quién es legítimo contradictor, conforme a nuestra legislación, en la cuestión de paternidad ilegítima 312
347.—El estado civil y los efectos del silencio frente a las relaciones de familia 315
348.—Naturaleza de la acción de investigación de la paternidad y maternidad ilegítimas 317
349.—Prueba biológica de la paternidad 317

DE LA ADOPCION

350.—Definición de la adopción y generalidad 325
351.—La adopción en el Derecho 326
352.—Importancia de la adopción en Roma.—Diferencia entre la adopción y la arrogación 326
353.—La adopción en el Derecho moderno 328
354.—La adopción en Francia 329
355.—La adopción en el antiguo Derecho español 331
356.—Efectos de la adopción en el Derecho español 331
357.—La adopción en nuestro Código Civil 332
358.—De la constitución de la adopción 332
359.—Capacidad del adoptante 332
360.—Requisitos con respecto al adoptado 334
361.—Requisitos de forma 334
362.—Los efectos de la adopción 335
363.—De la terminación de la adopción 336
364.—De la acción de nulidad 336
365.—Personería del padre natural para intervenir en las acciones de nulidad y de revocación de la adopción 337

Donación del
DR. ANGEL MODESTO PAREDES
a la F. C. J.
Universidad Central


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


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