J. LARREA

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

compendio de derecho civil

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:**
01	09	06

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

Este libro contiene un resumen de los 4 primeros volúmenes de la obra "Derecho Civil del Ecuador".

Además, se ha puesto al día la materia, particularmente con referencia a la Constitución de la República, promulgada en 1967.

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

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO
P.1
S.09
B.06

347.866
L333
E.2.
Alta: 2012960

JUAN LARREA HOLGUIN
Catedrático de la Universidad Católica del Ecuador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

N.A: 1201945

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

C. 22598

Corporación de Estudios y Publicaciones

Quito, 1968.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

Todos los derechos pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Quito, 1968.

ADVERTENCIA

Este volumen es un resumen de los cuatro tomos de "Derecho Civil del Ecuador", publicados por el mismo autor.

El presente Compendio abarca el estudio del Título Preliminar y el libro Primero del Código Civil Ecuatoriano, más las materias conexas, como lo es la referente a la Sociedad Conyugal.

Tiene por objeto esta síntesis, facilitar a los estudiantes su trabajo. La Obra más extensa titulada DERECHO CIVIL DEL ECUADOR continuará publicándose, Dios mediante. Su plan comprende doce volúmenes, de los cuales los cuatro primeros se han editado, hay dos más preparados, y abundante material para los restantes.

En el Compendio, se han suprimido las concordancias, las referencias a la Jurisprudencia de la Corte Suprema, las citas de autores, las notas, y todo lo que ha parecido propio de estudios más profundos, para dejar así únicamente lo más esencial, que imprescindiblemente debe dominar un estudiante universitario.

Naturalmente, se ha tenido en cuenta las reformas legales posteriores a la publicación del DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, y en particular la nueva Constitución de la República.

Quito, Agosto 1968

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

COMPENDIO DE
DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Por el Dr. Juan Larrea Holguín.

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES

1.—Derecho

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

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

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

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

Nadie puede negar sensatamente el orden del universo, al cual están sometidas todas las cosas, desde el movimiento de los átomos hasta los más complejos fenómenos de los seres vivos. En ese grandioso con-

junto ordenado el hombre no es una excepción. Por el contrario, el hombre, creatura racional, está sujeto a un orden más perfecto; las leyes que le rigen no son únicamente las leyes ciegas y fatales que gobiernan la naturaleza irracional, sino ante todo las normas del "deber ser", es decir las que encuadran la libertad humana dentro de sus justos límites.

Lo justo, para el hombre, es por consiguiente, lo apropiado a su naturaleza racional y libre.

Las normas de justicia guían el obrar libre del hombre en sus relaciones con los demás hombres, seres igualmente libres y responsables.

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

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

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

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

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

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

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

El Derecho es pues una norma, o un conjunto de normas que

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

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

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

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

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

2.—*Derecho subjetivo y derecho objetivo*

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

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

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

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

3.—Divisiones del Derecho

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

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

El Derecho Humano, legislado por el hombre, lógicamente no puede contradecir u oponerse al Derecho Divino, natural o positivo, pero sí tiene un amplísimo campo de actividad: le corresponde adaptar, aplicar a las cambiantes circunstancias de la vida, los principios inmutables. El Derecho Humano es eminentemente evolutivo, cambiante, variado.

Dentro del Derecho Humano (y en adelante nos referiremos exclusivamente a él, al decir simplemente "Derecho"), se desenvuelven los dos grandes ordenamientos jurídicos de las dos sociedades jurídicas perfectas: Iglesia y Estado. Así tenemos la subdivisión del Derecho en Eclesiástico y Estatal.

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

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

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

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

Tenemos que admitir que históricamente se ha producido una larga y curiosa evolución, con eventuales involuciones, a través de la cual algunas relaciones jurídicas se han considerado ya en el campo del Derecho Público, ya en el Privado. Epocas ha habido en que todo el derecho se ha configurado de modo prevalentemente privatístico, y otras en las que lo público ha tendido a invadirlo todo.

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

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

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

Las principales ramificaciones del Derecho Privado Interno son: el Derecho Civil, el Derecho Comercial, y para algunos, el Derecho del Trabajo.

4.—Derecho Civil

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

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

En los primeros tiempos, el derecho de ciudad corresponde exclusivamente a los patricios, los fundadores de la ciudad y sus descendientes. Tiene por lo tanto el carácter de una garantía privilegiada a favor de los próceres. El proceso de democratización extiende el Derecho Civil a todos los ciudadanos u hombres libres que pertenecen a la ciudad, o como hoy diríamos a la "nación" romana.

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

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

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

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

No se debe creer sin embargo, que el actual concepto del Derecho Civil, coincida con el romanista, por más que derive de él. Efectivamente, con el transcurso del tiempo se han diferenciado nume-

rosos aspectos que han dado lugar a nuevas e importantes ramas del Derecho.

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

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

Continúa siendo, de todos modos, el Derecho Civil, el Derecho Privado por excelencia, y aunque comparte esta categoría con las nuevas ramas, lo más propio y característico del Derecho Privado corresponde al Civil.

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

El fenómeno del crecimiento al parecer sin límites del poder del Estado moderno ha puesto en peligro la existencia misma del Derecho Privado, y con él también su parte más representantiva que es el Civil.

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

Esbozada así la evolución del Derecho Civil podemos ya intentar una definición diciendo que es *aquella rama del Derecho Privado*

Interno que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares, y el régimen de la familia y la propiedad.

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

Característica saliente del Derecho Civil es la de ser derecho "común" o "supletorio".

Considero, sin embargo, que hay que distinguir los dos conceptos. El Derecho Civil es derecho común ante todo por su origen histórico, o mejor dicho, por constituir la fuente histórica de todo derecho privado: de él han derivado en una u otra forma las nuevas ramas del Derecho Privado. En cambio, el carácter supletorio es una consecuencia de tal primacía histórica pero tiene una vigencia actual. Por ser derecho supletorio, sus normas se aplican a falta de otra disposición de leyes especiales, en relaciones jurídicas que trascienden de su esfera propia.

Otra cualidad del Derecho Civil moderno es la de ser "nacional", en el sentido de que cada Estado suele tener *su* Derecho Civil. Es verdad que también existe una notable tendencia a la unificación del Derecho Civil, a su universalización, pero los esfuerzos realizados todavía no han producido los frutos ambicionados.

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

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

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

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

Podemos concluir que, aunque el mundo de hoy está mucho más organizado en lo internacional y cuenta con organismos más per-

fectos para promover la unificación del Derecho Civil, sin embargo estamos muy lejos de tal objetivo y se puede afirmar que el Derecho Civil continúa siendo un *ius civile*, un derecho de la ciudad, de cada Estado.

5.—Derecho Civil del Ecuador

Las disposiciones positivas de Derecho Civil que rigen en nuestra República están contenidas actualmente en el Código Civil y en otras leyes y reglamentos como la Ley de Inquilinato, la Ley de Aguas, la de Caminos, etc.

No toda esta legislación ha sido ecuatoriana por su origen, como veremos a continuación, por lo cual considero más apropiado hablar de "Derecho Civil del Ecuador", que de "Derecho Civil Ecuatoriano", término un tanto ambiguo.

Más adelante se precisará también en qué medida la costumbre y la jurisprudencia forman parte de nuestro derecho.

6.—Breve historia del Derecho Civil en nuestra Patria

Se pueden caracterizar tres períodos en esta historia: el Colonial, el Republicano hasta la expedición del Código Civil, y el que comienza con tal evento.

Ciertamente antes del período Colonial, las diversas parcialidades indígenas que poblaban nuestro territorio tenían también una estructura familiar y un régimen de propiedad, pero no se puede hablar propiamente de un "Derecho Civil", ya que las normas que regulaban todos esos asuntos eran más bien costumbres ancestrales y preceptos religiosos.

Se distingue el período colonial por la abundancia y variedad de legislaciones, a la vez que por su indiferenciación, es decir, que el Derecho Civil se presenta entremezclado, confundido, con otras disposiciones administrativas, fiscales, penales, etc.

En la Presidencia de Quito regían, por una parte las Leyes Españolas, de muy diversas épocas, por otra las Leyes de Indias, además de ciertas disposiciones u ordenanzas locales que las Audiencias y los Cabildos podían formular, y finalmente unas cuantas costumbres de origen indígena que se continuaron aplicando.

Las principales leyes españolas fueron: el Fuero Juzgo del siglo VII que por primera vez, y por disposición del Concilio VII de Toledo, pone en vigencia en España una legislación local en remplazo de las leyes romanas; El Fuero Real de Alfonso X el Sabio; las Siete Partidas, del tiempo del mismo Rey Sabio, publicadas entre 1256 y 1263, obra monumental y que ha ejercido gran influjo en el derecho posterior; el Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI; las Leyes de Toro, de Fernando el Católico (1502); la Nueva Recopilación de Felipe II en 1567, y la Novísima Recopilación de 1805. Estas leyes

generalmente no derogaron a las anteriores sino que se sobrepusieron unas a otras dejando en virtual vigencia las más antiguas.

Las Leyes de Indias tenían procedencia peninsular también, pero se dictaban para regir en los dominios de la Corona en América. A veces eran aplicables solamente a un grupo de la población, principalmente la población indígena, y solían contener preceptos inspirados en un anhelo de proteger sus derechos conculcados por los conquistadores.

Las disposiciones locales solían ser de carácter edilicio o fiscal y no tienen mayor trascendencia en el plano civil.

Probablemente tienen origen indígena las costumbres relativas a ciertos contratos agrícolas como el "huasipungo", la "yanapa", los "asignados", los "arrimados" (que se usan aún en Loja), etc. Aunque también pueden tener estas instituciones una raíz en los usos y costumbres populares de la España de entonces.

Producida la Independencia total del Ecuador con la batalla de Pichincha, el 24 de mayo de 1822, el país entró a formar parte de la Gran Colombia, y en este tiempo, hasta 1830 en que se separa, continuaron en vigencia las leyes españolas más algunas pocas disposiciones (en lo referente al Derecho Civil) provenientes de las legislaturas Gran Colombianas. La más importante disposición fue la ley de 1825 sobre el orden en que debían aplicarse las leyes en la República: 1.— Las decretadas por el Poder Legislativo; 2.— Las pragmáticas, Cédulas y Ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; 3.— Las leyes de la Recopilación de Indias; 4.— Las de la Nueva Recopilación de Castilla; y 5.— Las Siete Partidas.

Separado el Ecuador de la Gran Colombia en 1830, el estado de cosas, en cuanto a lo civil, no cambia mayormente. Al año siguiente, en efecto, se dictó una ley que reproduce el orden de aplicación de las distintas legislaciones, contenido en la de 1825. En el campo del Procedimiento Civil, hubo una primera Ley de 1831, y luego la de 1835, elaborada en la Convención de Ambato.

En los atormentados primeros años de la República independiente, la mayor parte de la actividad legislativa se dirige a sentar las bases constitucionales del nuevo Estado, y así tenemos esa prodigiosa floración de Cartas Políticas Fundamentales, que surgen a raíz de cada cuartelazo.

El Derecho Civil del Ecuador, en cambio, se va integrando y evolucionando lentamente con leyes especiales, aunque desde los albores de la República existió el anhelo de tener un Código Civil propio.

Entre tales leyes especiales, merecen mencionarse: una Ley de Aguas aprobada por el Congreso el 12 de octubre de 1832, con un hondo sentido social muy notable en aquella época; las varias leyes que regulan los intereses convencionales y legales en los préstamos, y que demuestran la contraposición de puntos de vista en juego en aquellos años. En 1837 se dictó una notable Ley sobre la filiación natural, estableciendo que se adquiere la calidad de hijo ilegítimo por reconocimiento expreso del padre, o por declaración judicial en el caso de

haber vivido la madre en casa del presunto padre en circunstancias que hagan presumible el concubinato. La Ley de 1846 sobre edificaciones urbanas, hace referencia a los problemas de las obras nuevas y viejas y la servidumbre de medianería. En 1851 se fijó la mayoría de edad en los 21 años.

Aparte de esta legislación fragmentaria, nuestros legisladores sí se preocuparon de preparar un Código Civil que sustituyera la complicada legislación entonces vigente.

En 1830 se formó ya una comisión para elaborar un Código Civil, y en los congresos de los años siguientes se conocieron sus trabajos y se iniciaron discusiones.

Posteriormente, quizá en el afán de acelerar la expedición del Código se volvió los ojos al Código Boliviano, y se nombró una nueva comisión a cargo del Dr. José Fernández Salvador, quien presentó su proyecto, inspirado en aquel Código, en 1837. La accidentada vida política de la Nación no permitió que se concluyera la discusión del proyecto del prestigioso jurista.

En 1852 se integró una nueva comisión que fue reemplazada en 1855 por la Corte Suprema, que quedó encargada por el Congreso de elaborar el Código Civil. La Corte Suprema trabajó con tesón sobre la base del proyecto del Dr. José Fernández Salvador, pero tampoco llegó a terminarlo, aunque avanzó hasta un Art. 863.

Mientras tanto, en Chile el Congreso confió a Don Andrés Bello, insigne literato y jurista venezolano de origen, la elaboración de un Código Civil, el mismo que fue presentado en 1841. Se nombró entonces una comisión revisora que funcionó hasta 1849, y una segunda comisión en 1852, hasta que finalmente en 1855 pasó el proyecto para la aprobación del Congreso, con un mensaje en que el Presidente Don Manuel Mont pedía su aprobación sin modificaciones que romperían la unidad sistemática del cuerpo de leyes. Así lo aprobó el Congreso Chileno.

Ante el buen éxito obtenido por la hermana República, nuestra Corte Suprema, en lugar de continuar con el proyecto ya emprendido resolvió revisar y adaptar el Código de Bello para nuestro país, y así lo hizo, introduciendo algunas variantes, remitió el proyecto al Congreso de 1857. Revisado en la Legislatura por las comisiones correspondientes y por ambas cámaras e introducidas nuevas modificaciones fue aprobado el 21 de noviembre de 1857. El 4 de diciembre de 1860 expidió el Gobierno Provisional integrado por Manuel Gómez de la Torre, Rafael Carvajal y José María Avilés, el Decreto por el cual comenzaría a regir el Código el 1º de enero de 1861. Así se inicia una nueva época en la historia de nuestro Derecho Civil.

El período que comienza con la vigencia del Código se caracteriza por las numerosas reformas que se han introducido en él, desgraciadamente no siempre con acierto, y muchas veces de manera precipitada y por influjo de pasiones políticas o de intereses creados. Al-

gunas de esas reformas han sido dictadas por gobiernos de facto, y es muy difícil conocer la historia de las enmiendas.

También se han dictado algunas leyes que venían a integrar el Código, y que como tales se han incorporado a él con posterioridad, tal es el caso de la Ley de Adopción y de la Ley de Patrimonio Familiar.

Veamos las principales reformas y ediciones del Código Civil. La primera edición es de 1857 y es la que entró en vigencia el 1º de enero de 1861.

En 1865 se estableció la facultad de la Corte Suprema para habilitar para el ejercicio de los actos civiles a los menores de edad que hubieren cumplido 18 años y fueron huérfanos de padre. Esta reforma fue más tarde derogada.

En 1867 se dictó una ley sobre el cómputo del tiempo de la prescripción.

El 15 de mayo de 1869 decretó Don Gabriel García Moreno —quien intervino activamente como Senador en la discusión del Código, una serie de importantísimas reformas. Entre otras materias se modifican: la forma de promulgación y entrada en vigencia de las leyes (Arts. 5 y 6), lo relativo a las reglas de la retroactividad de la ley —en lo cual se siguió una reforma chilena—; el concepto de hijo incestuoso; el domicilio de los militares; la capacidad de la mujer casada que ejerce profesión o industria; la legitimación ipso iure de los hijos; se establece la patria potestad a favor de la madre; la emancipación; el orden de la curaduría legítima; otros aspectos de las guardas, de las servidumbres, las sucesiones y las obligaciones.

Tan importantes reformas fueron codificadas por la Corte Suprema, se hizo una nueva edición, y entró en vigencia esta segunda edición en 1871.

El año 1873 el Congreso introdujo nuevas reformas de importancia: se prevé por primera vez el caso del matrimonio de los no católicos; se establece la regla de derecho internacional privado sobre el matrimonio celebrado en nación extranjera, que con modificaciones posteriores ha llegado a ser el actual Art. 104, se establecen causas de indignidad para heredar, etc., etc. Estas nuevas reformas dieron origen a la nueva recopilación, y a la tercera edición del Código que data de 1889.

El Decreto Legislativo de 24 de agosto de 1890 (Diario Oficial 264 de 9 - IX - 1890) estableció la interdicción del ebrio consuetudinario (actual Art. 383).

A raíz de la revolución liberal, las reformas al Código se hicieron muy numerosas. Algunas han tenido vida muy caduca, porque pronto fueron modificadas las reformas o derogadas totalmente. Entramos en un período virulento de la vida del país, y en que la legislación queda sujeta a los arrebatos de la pasión política. A veces, los cambios constitucionales inciden en el Código, derogando tácitamente muchas disposiciones, o dejando en la duda respecto de su vigencia. Otras arbitrariedades de los gobiernos más o menos dictato-

riales también crean graves problemas; así por ejemplo, el desconocimiento unilateral por parte del Gobierno ecuatoriano del Concordato con la Santa Sede, creó una gravísima discusión sobre la situación jurídica en que quedaba la Iglesia en el Ecuador.

En 1902 se dictó la Ley sobre redención de censos y la de Matrimonio Civil. Esta segunda desvirtúa profundamente el carácter originario del Código, implica una serie de contradicciones y sobre todo, atenta gravemente contra la libertad de conciencia y el espíritu del pueblo ecuatoriano.

En 1904 se agregan nuevas causas de separación conyugal, se deroga el Art. 3º de la ley de 1902 que establecía que las "causas de los matrimonios puramente eclesiásticos, seguirán ventilándose ante las autoridades eclesiásticas"; también se aumentan las causales de divorcio, pues en 1902 solamente se había considerado el adulterio de la mujer y en 1904 se agrega el concubinato público y escandaloso del marido, y el "haberse declarado en sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro cónyuge". Finalmente se reforman también disposiciones sobre los matrimonios en el extranjero y de los extranjeros.

En 1910 se continúa abriendo la puerta al divorcio: se agrega la causal de mutuo consentimiento. Además en el caso de divorcio por mutuo consentimiento de los ex-cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio dentro de dos años, y no de los diez años que exigía esperar la ley de 1902, y que continuaban en vigencia para las otras causales.

En 1911 se expidió la Ley de emancipación económica de la mujer casada, o de exclusión de bienes, que aunque el legislador pretendió incorporar en el Código de Procedimiento Civil, más bien pertenece al Civil, en el cual está asimilada actualmente, además del Código Adjetivo.

También en 1911 se vuelve a reformar la Ley de Matrimonio Civil para permitir un nuevo matrimonio a los divorciados, apenas diez meses después de la sentencia de divorcio, si han estado anteriormente separados "de seis a diez años".

En 1916 se reforma el sistema de venta de los bienes de la mujer casada y el de la cesión de créditos.

En 1926 se corrigió el Nº 5 del Art. 7, que decía "hijos legítimos", y debía decir "hijos ilegítimos".

El año 1930 se realizó la 4ª edición oficial del Código, pero ésta a diferencia de las anteriores, no es una codificación, sino una simple recopilación, que incluye el texto del Código Civil y las reformas en calidad de notas.

Durante las dictaduras del Ing. Páez y del General Enríquez se introdujeron numerosas reformas al Código Civil y se dictaron muchas leyes que, sin referirse directamente al Código, en alguna forma le atañen.

En 1942 publicó el Dr. Julio T. Torres una recopilación de las

leyes posteriores a 1930, además de otras anteriores a ese año, y un prolijo índice de todas ellas.

La Ley de 21 de noviembre de 1932 (R.O. 71 de 26 de XI - 32) establece el tipo máximo de interés convencional civil y mercantil en el 6% anual. Esta ley fue reformada por el D. 253 de 27 - IV - 38, que elevó dicho interés al 9%, lo cual a su vez fue modificado el 17 de mayo de 1948, el 6 de setiembre de 1952 y el 6 de noviembre de 1956 (R. O. Nos. 199, 6 y 53). Actualmente el interés máximo convencional es del 10% anual. Sobre esta materia hay otras leyes, de las que prescindo para ser breve.

El Decreto Supremo (DS.) Nº 9 establece que los Decretos de la Jefatura Suprema entrarán en vigencia en toda la República desde la fecha de su promulgación en el R. O. Este DS. es del 26 - IX - 35 (R. O. 1 de 27 - IX - 35) y tuvo vigencia hasta la pérdida del Poder por parte del Ing. Páez. El General Enríquez después de haber dictado ya varias leyes, estableció que su fecha de vigencia era la de su sanción, pero en adelante, la de la publicación. La Asamblea del 38 estableció también que la vigencia comenzaría en la fecha de la promulgación en el "Periódico Oficial", y finalmente volvimos al sistema normal previsto en el Código Civil.

Por el D.S. 12 se crea el Seguro General Obligatorio y el Instituto Nacional de Previsión (R. O. 10 del 8 - X - 35). Se asigna al Instituto las sucesiones intestadas desde el tercer grado de consanguinidad inclusive (Art. 12), también en esta materia ha habido varias reformas y actualmente los bienes provenientes de tales sucesiones pertenecen a la Defensa Nacional, y son administrados por la Junta Nacional de Defensa.

Unas de las más importanttes reformas se contienen en el DS. 94 de 21 de noviembre de 1935 (R. O. 46 de 22 - XI - 35), que comprende 71 artículos en los que se modifica el régimen de la filiación ilegítima, las herencias y las guardas en relación con los hijos y parientes ilegítimos y se alteran las normas relativas a la porción conyugal.

El DS. 573 de 25 de noviembre de 1935 (R. O. 51 de 28 - XI - 35) reforma la Ley de Impuestos a las Donaciones, Herencias, etc., y en el Art. 4 establece que "la sucesión intestada no se extiende más allá del tercer grado de consanguinidad colateral, pero seguirá la regla de la representación cuando concurran herederos de tercer grado con herederos de cuarto grado".

El 3 de octubre del mismo año se regula en consonancia con el anterior DS. 573, la sucesión de los hermanos.

De trascendental importancia son las reformas del DS. 112 del 4 de diciembre de 1935 (R. O. 56 del 4 - XII - 35), sobre el Matrimonio Civil y el Divorcio. Este DS. es uno de los más disolventes del régimen familiar y más abiertamente contrarios al espíritu del pueblo ecuatoriano. Se suprimió la separación conyugal o divorcio imperfecto, quedando como única forma de divorcio el que disuelve el vínculo. Además, los divorciados pueden volverse a casar inmediatamente, con

la sola limitación de los 300 días de espera para la mujer. Se establece el consentimiento tácito como una nueva forma de divorcio por mutuo consentimiento (consistía en la separación por más de tres años). Se agregan nuevas causales para el divorcio: adulterio de cualquiera de los cónyuges (antes sólo de la mujer), sevicia, etc., es decir las 12 primeras de las 13 que actualmente figuran en el Art. 132 del C. C. También provienen de este DS. los actuales artículos 133 hasta el 147, aunque han sufrido algún retoque posterior.

El DS. 121 de 18 - XII - 35 (R. O. 68 de 19 - XII - 35) con manifiesto afán antirreligioso, declara que las comunidades religiosas, las Iglesias y las Curias, perdieron el carácter de Instituciones de Derecho Público desde que entró en vigor la Constitución Política de 1906 - 1907. Este DS. fue reformado por el DS. 212 de 21 de julio de 1937 y por el Modus Vivendi celebrado con la Santa Sede.

El DS. 139 de 24 de diciembre de 1935 (R. O. 77 de 31 - XII - 35), reprime ciertas formas de usura, en los préstamos en especie.

El DS. 24 de 27 - XII - 35 (R. O. de 7 - I - 36) regula el trámite para que el Instituto Nacional de Previsión reciba las herencias intestadas, intervenga en las particiones, etc.

Por el DS. 153 de 10 de marzo de 1936 (R. O. 143 de 18 - III - 36) se establece que toda sociedad civil o mercantil que se dedique a la explotación de bienes raíces en el territorio de la República debe tener domicilio en ella. También se da a los accionistas el derecho de apelar ante la Corte Superior de las decisiones de las sociedades, en ciertos casos.

El DS. 163 de 26 de marzo de 1936 (R. O. 153 de 30 -III 36) establece un trámite especial para las reclamaciones relativas a vinculaciones y mayorazgos. Mediante DS. 314 de 24 de julio de 1936, se interpreta este DS. 163.

La abolición de la muerte civil es otra importante reforma, y se contiene en el DS. 209 de 30 de abril de 1936 (R. O. 209 de 12 - V - 36).

El DS. 221 de 8 de mayo de 1936 (R.O. 187 de 12 - V - 36) regula las formas del reconocimiento de los hijos ilegítimos, como se encuentran en el actual Art. 295 del C. C. También prohibe declarar en quién o de quién se tuvo el hijo ilegítimo (actual inciso final del Art. 295 del C. C.).

El DS. 231 del 15 de mayo de 1936 (R. O. 193 de 19 - V - 36) reforma la Ley del 4 de diciembre de 1935. La mujer divorciada puede volverse a casar antes de los 300 días con el último marido. La demanda de divorcio, si se ignora la residencia, se hará por edictos en el Registro Oficial. Este DS. fue derogado por Decreto Legislativo D. Leg. de 5 de octubre de 1940 (R. O. 40 de 19 - X - 40), aunque el nuevo D. Leg. contiene la misma primera disposición con ligero cambio de redacción, y que es como se encuentra actualmente en el Art. 128. En cuanto a la segunda disposición, también ha sufrido reformas, hasta la última publicada en el R. O. 78 de 9 de febrero de 1962.

El DS. 279 introduce reformas al régimen de la sociedad conyugal: Los inmuebles no pueden enajenarse sino con el consentimiento de ambos cónyuges. También se regulan las responsabilidades frente a terceros. Todo esto se contiene actualmente en los Arts. 1.811, 1.812 y 1.813 del C. C. (el DS. es de 1º de julio de 1936, R. O. 228 de 1 - VII - 36).

El DS. 355 de 5 de setiembre de 1936 (R. O. 282 de 4 - IX - 36), presume el consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes, cuando está fuera del país por lo menos tres años. Esta reforma se recoge en el actual inciso segundo del Art. 1.811 del C. C.

El DS. 95 de 9 de abril de 1937 (R. O. 464 de 14 - IV - 37) sobre la forma de repartir los frutos en una sucesión, es el actual Nº 3 del Art. 1.391 del C. C.

El DS. 103 de 17 de abril de 1937 (R. O. 470 de 21 - IV - 37) declara que la falta de determinación del domicilio o de la profesión, no anula la inscripción de una hipoteca (actual inciso segundo del Art. 2.450 del C.C.). Fue derogado este Decreto por DS. 71 de 7 - III - 38, R. O. 110 de 9 - III - 38).

El DS. 155 de 3 de junio de 1937 (R. O. 511 de 21 - VI - 37) amplía notablemente las facultades de los albaceas testamentarios, con efecto retroactivo incluso a las sucesiones ya abiertas. Es uno de aquellos DS. que se solía decir que se dictaban "con dedicatoria". Fue derogado por el DS. 26 de 24 - I - 38.

El DS. 110 aclara el DS. 112 de 4 - XII - 36: La mujer culpable del divorcio por una de las causales, no tiene derecho a la quinta parte de los bienes del marido; lo cual se contiene actualmente en el Art. 134 del C. C. (Se promulgó en R. O. 475 de 26 - IV - 37).

Otra serie de reformas provienen del DS. 211 de 19 de julio de 1937 (R. O. 547 de 23 - VII - 37), algunas afectan directamente al C. C., y otras a la Ley de 21 de noviembre de 1935 que reformó el C. C. Se confiere el usufructo al padre que ejerza la guarda del hijo ilegítimo (actual inciso 3 del Art. 410, y última parte del inciso del Art. 568 del C. C.). El padre guardador que se vuelva a casar debe prestar caución para administrar los bienes del hijo (actual N: 4 del Art. 417 del C. C.). Los padres ilegítimos pueden ser removidos de la guarda por las mismas causas por las cuales los legítimos pueden ser privados judicialmente de la patria potestad (actual Art. 581, último inciso). Los padres ilegítimos removidos de la guarda no pueden autorizar el matrimonio de sus hijos (parte final del actual Art. 97 del C. C.). Los padres ilegítimos no pueden enajenar bienes raíces del hijo, sin licencia judicial (actual Art. 316 del C. C.).

El DS. 17 de 26 de enero de 1938 (R. O. 81 - 82 de 1 - 2 - II - 38) dicta unas normas provisionales sobre inquilinato hasta que se expida la Ley correspondiente. El DS. 57 de 8 de marzo de 1938 (R. O. 110 de 9 - III - 38) amplía dicha regulación de inquilinato. Posteriormente se dictará la Ley de Inquilinato, el 30 de octubre de 1941, que

es sustituída por la de 29 de setiembre de 1950 (R. O. 629), y finalmente por la sancionada el 31 de octubre de 1962.

El DS. 120 de 19 de abril de 1938 (R. O. 153-154 de 2-3-V-38) declara que la Ley de Matrimonio Civil entra en vigencia el 10 de mayo de 1938, por no haberse publicado antes. Sin embargo, los matrimonios celebrados anteriormente, son válidos.

El DS. 253 de 27 de abril de 1938 (R. O. 153-154 de 2-3-V-38) eleva el interés máximo convencional civil y mercantil al 9%.

La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 11 de octubre de 1938 el Código del Trabajo, cuyas disposiciones modifican tácitamente, o más exactamente constituyen excepciones respecto de las del C. C. en materia de contratos de arrendamiento de servicios.

La misma Asambla estableció el 13 de octubre de 1938 (R. O. 65-66 de 27-28-X-38) que la promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Periódico Oficial y la fecha de promulgación será para todos los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico, disposición, que como ya indiqué anteriormente, ya no tiene vigencia.

Mediante el DS. 181-B (R. O. 107-108 de 10-11-IV-39) se promulgó el Código de Menores, que constituye también una ley especial o de excepción frente a las regulaciones más generales del C. C.

El DS. 136 sobre arrendamientos agrícolas en la Costa, tuvo efímera duración, pues fue derogado el 18 de setiembre de 1939.

El Decreto Legislativo de 5 de octubre de 1940 (R. O. 40 de 19 de octubre de 1940), trata de corregir algunas de las disposiciones disolventes de la familia dictadas en 1935, aunque por otra parte facilita el nuevo matrimonio de los divorciados y estableció la que es actualmente la 13ª causal del divorcio (Art. 132 Nº 13). Este Decreto fijó el actual inciso primero del Art. 128 según el cual la mujer divorciada no tiene que esperar trescientos días para contraer nuevo matrimonio si lo celebra con el último marido. Se establece la forma o trámite del divorcio por mutuo consentimiento (actuales artículos 129 y 130 del C. C.). Se suprime el divorcio por consentimiento tácito, y la separación de tres años pasa a ser la 13ª causal de divorcio a petición del cónyuge abandonado. Es necesario arreglar la situación de los hijos para que se pueda pronunciar la sentencia de divorcio (actual Art. 138). Los bienes adquiridos durante la separación no se toman en cuenta para la liquidación de la sociedad conyugal (actual Art. 139). El divorcio produce sus efectos desde la inscripción en el Registro Civil (actual Art. 148).

El patrimonio familiar fue establecido por decreto que está publicado en el R. O. 56 de 8 de noviembre de 1940. El monto del patrimonio familiar fue modificado por el D. Leg. de 11-X-56.

Se estableció una forma especial de promulgación de los decretos y leyes sobre Defensa Nacional mediante decreto publicado en R. O. 94 de 22-IX-1944, el cual a su vez fue reformado por D. Leg. de 3 de noviembre de 1954 (R. O. 716 de 15-I-55), y en esta última forma se recoge en el actual Art. 5 del C. C., al final.

La Asamblea Constituyente dio una disposición que no ha sido codificada, según la cual la madre no puede llevar al exterior a los hijos que están bajo su cuidado (R. O. 833 de 14 - III - 47).

Por D. Leg. de 26 de noviembre de 1948 se estableció la adopción de menores (actuales Arts. 317 a 337).

En 1950 apareció la 5ª edición oficial del Código Civil, que codifica las reformas antes mentadas.

Al año siguiente, 1951, la Comisión Legislativa publicó una Recopilación de Leyes, entre las que se incluyen varias que afectan a los derechos civiles, como por ejemplo el Código de Menores, con las reformas sufridas después de su expedición.

El D. Leg. de 6 - XI - 1950 fija la extensión de la plataforma continental y los derechos del Ecuador en ella (R. O. 756 de 6 - III - 51).

La Junta Monetaria fijó el interés máximo en el 10% el año 1952 (R. O. 6 de 6 - XI - 52).

El D. Leg. de 1º de noviembre de 1955 establece un nuevo sistema de nombramiento de partidores (R. O. 979 de 25 - XI - 55).

El D. Leg. de 11 - X - 56 es otro de los que introducen más importantes reformas en el Código Civil (R. O. 53 de 6 - XI - 56). Amplía los efectos de la exclusión total de bienes a todos los que adquieren posteriormente la mujer (Art. 198 actualmente). Se concede a ambos cónyuges la facultad de pedir la liquidación de la sociedad conyugal a raíz de la exclusión total de bienes pedida por la mujer (actual Art. 199). Se establece que toda causa de validez o nulidad del matrimonio debe tener tres instancias y con la intervención del Ministerio Público; además el trámite de divorcio sigue el procedimiento verbal sumario (actual Art. 142). El producto de las sucesiones intestadas que correspondía al Seguro Social, pasa al Fisco, representado por la Junta de Defensa Nacional. Se suprimen los testamentos verbales. Se suprimen las asignaciones forzosas de alimentos. Se aumenta hasta 20.000 sucres el monto de las donaciones que no requieren de insinuación judicial (actual Art. 1.454). Se aumenta la cuantía del patrimonio familiar. Se disminuyen los plazos de las prescripciones. Esta última reforma ha dado lugar a graves discusiones sobre el alcance de la misma con referencia al sistema de la posesión. También reprime la usura, y se concede a las personas jurídicas el derecho de conservar indefinidamente y sin necesidad de permiso, bienes raíces.

Durante los años 1957 hasta 1959, aparecieron los cuatro volúmenes, por los doctores Eduardo Carrión Eguiguren, Alejandro Ponce Carbo, René Bustamante Muñoz y Juan Larrea Holguín, que contienen además del texto del Código Civil y sus reformas, un título que sintetiza el contenido de cada artículo, concordancias y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema que atañe a cada artículo del Código a continuación de cada uno.

El D. Leg. de 15 de setiembre de 1958 (R. O. 664 de 12 - XI - 58) constituye uno de los más importantes y acertados, de reformas al

Código Civil. En él se instituye la Separación Conyugal Judicialmente autorizada (actuales Arts. 179 a 191). Se reforman un tanto las causales de divorcio (Art. 132). Se modifica profundamente la antigua "Simple separación de bienes", que ha pasado a ser la "Separación parcial de bienes" (Arts. 192 a 195). Termina el matrimonio por la posesión definitiva en los bienes del desaparecido (inciso 2 del Art. 82 y Art. 127 Nº 3). Se agrega una nueva causa de nulidad o impedimento dirimente del matrimonio (Nº 10 del Art. 109). Se facilita el matrimonio de la mujer divorciada (Art. 128 inciso final). En caso de incapacidad de ambos padres divorciados para cuidar de los hijos, este derecho pasa a quienes son llamados a la guarda legítima (Art. 130 Nº 8). El cónyuge de mala fe, en el matrimonio putativo no adquiere los derechos de padre legítimo, pero el hijo sí tiene calidad de legítimo frente a ambos (actual 203 inciso final). En el estado de divorcio, ejerce la patria potestad el padre a cuyo cuidado quedan los hijos (actual 286). Se corrigen numerosos defectos de la institución de la adopción. Además se introducen las necesarias reformas en muchos artículos para coordinarlos con las anteriormente indicadas, y se corrigen errores de redacción o que matizan mejor los conceptos, como en el caso de las providencias para asegurar el hecho y las circunstancias del parto (actual Art. 215).

La Corte Suprema por medio de una Resolución de 22 de marzo de 1957 (R. O. 2027 de 4-VII-57) estableció la regla sobre la mora del precio en el contrato de compraventa, que actualmente figura en el Art. 1.930 del C. C.

El 2 de diciembre de 1959, la Comisión Legislativa aprobó la sexta codificación del Código Civil, que aparece en la Recopilación de La Constitución y Leyes del Ecuador publicada en 1960. En dicho volumen aparecen otras cincuenta leyes.

El D. Leg. de 4 de noviembre de 1961 (R. O. 78 de 9 de febrero de 1962), establece que la demanda de divorcio, en caso de desconocerse la residencia del demandado, se hará por la prensa. Si se sigue el juicio atribuyendo al demandado un domicilio falso, se puede pedir la nulidad de la sentencia dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió. En los juicios de divorcio por mutuo consentimiento se abrirá necesariamente la causa a prueba. Todas estas reformas son muy laudables, no así las que figuran en los Arts. 2 y 3 de dicho D. Leg.: Se vuelve a modificar el numeral 13 del Art. 132, volviendo a la antigua y más imperfecta redacción. El 7 de junio de 1967 (R. O. 142) entró en vigencia una nueva reforma al Art. 132 Nº 13, que permite pedir el divorcio por separación de 10 años.

Aparte de las leyes y decretos que he mencionado hay que tener en cuenta las Resoluciones tomadas por la Corte Suprema en Pleno en los casos en que se han presentado sentencias contradictorias en casos iguales o análogos, y que tienen fuerza obligatoria hasta ulterior resolución legislativa.

Como conclusión, podemos decir que la vida del Código Civil

en el Ecuador ha sido verdaderamente atormentada. Se ha emprendido demasiadas veces en reformas que no han tenido el carácter de revisiones verdaderamente orgánicas, en las que se considere con altura y sentido técnico el conjunto del Código; por el contrario, muchas modificaciones del Código se han realizado al impulso de pasiones o intereses momentáneos y aún personalísimos; así se explica que en ocasiones tales reformas hayan sido de caduca duración o hayan exigido nuevas y repetidas enmiendas.

Otro rasgo tristemente característico de muchas reformas al Código Civil ha sido su precipitación. Las realizadas en tiempos de dictadura prácticamente no tienen historia. Así se explica, como en un país plenamente católico, como lo sigue siendo el Ecuador, hayan podido echar hondas raíces instituciones reñidas con la conciencia de la gran mayoría nacional, como es el caso del divorcio.

7.—Observaciones generales sobre nuestro Código Civil

En primer lugar cabe advertir que un código es una ley extensa y debidamente organizada, o si se quiere (más de acuerdo con el origen histórico de los códigos), un conjunto de leyes reducidas a un cuerpo sistematizado. Por consiguiente, un código se diferencia radicalmente de una simple recopilación, en la cual se yuxtaponen diversas leyes, generalmente por orden cronológico, o aún por orden de materias, pero sin formar un cuerpo único y sistemático.

El proyecto de Don Andrés Bello, que con las modificaciones que hemos visto, pasó a ser el Código Civil Chileno y luego el Ecuatoriano, desde el punto de vista sistemático es una de las más apreciables creaciones jurídicas modernas; así lo han reconocido insignes juristas.

Mérito que se debe destacar en el Código Civil es también el de su amplitud: abarcaba, incluso originariamente, todas las materias propiamente civiles. Un defecto que se puede observar en este aspecto consistía en la omisión de la adopción, defecto que fue remediado, como ya vimos por la Ley de 26 de noviembre de 1948. Otras instituciones cuya falta, más bien puede achacarse a la época en que se elaboró el Código son las de la exclusión de bienes, el patrimonio familiar y la propiedad horizontal.

En cuanto a su estilo el Código es verdadero modelo de claridad y muchas veces también de concisión y elegancia. No puede decirse lo mismo de las reformas; algunas son francamente defectuosas.

Según el testimonio de Don Luis Felipe Borja "Don Andrés Bello se inspiró principalmente en los Códigos Romanos, en las Partidas y la Novísima Recopilación, en el Código de Napoleón, de la Luisiana, de Austria, en el Proyecto de García Goyena... Consultó a Pothier, Domat, Merlin, Delvincourt, Kent... Los prácticos españoles como Gutiérrez, Hevia Bolaños, Febrero, Escriche, suministraron no escasos materiales para la formación del proyecto. Pero el escritor que

ejerció mayor influencia fue Savigny". Podemos, pues, afirmar que la obra de Bello tuvo un carácter ecléctico aunque predomina en ella la influencia, el espíritu latino, y que es un trabajo original y no una copia servil de una ley extranjera.

Otra característica que se debe tener en cuenta en la obra de Don Andrés Bello consiste en que, como profundo jurista y hombre con sentido práctico, procuró que el Código respondiera al estpíritu del pueblo al que se destinaba y ese espíritu, compartido por nuestro país, era y es un espíritu esencialmente cristiano. Una ley para ser eficaz tiene que acoger los *datos* de la realidad que trata de regular, y entre esos datos, el primero consiste en las convicciones morales y religiosas de un pueblo.

En cambio, es lamentable constatar cómo una insignificante minoría que logró detentar el Poder por la fuerza de las armas, y explotando la ignorancia de la masa y la exaltación de las pasiones, logró desvirtuar buena parte de aquel espíritu cristiano de una ley que estaba destinada a un pueblo igualmente cristiano. La introducción del divorcio, cada vez más fácil, y del matrimonio civil, principalmente, van contra ese espíritu cristiano de nuestra nación.

Otros defectos, provenientes del excesivo individualismo dominante en el siglo pasado, por el contrario, se han corregido —aunque no totalmente—, con el transcurso del tiempo. Merece especial relieve a este respecto, la reforma de 1956 que libera a las Corporaciones y Fundaciones de las oprimentes trabas para el desenvolvimiento de su vida social que antes pesaban sobre ellas.

Finalmente quiero destacar que el proyecto de Don Andrés Bello además de ser la fuente directa del Código Civil Chileno y del Ecuatoriano, ha influído poderosamente en los de muchas Repúblicas americanas, como Argentina, Uruguay, Colombia, Nicaragua, Panamá, etc.

8.—Estructura del Código Civil

Nuestro Código Civil consta de cuatro libros y un título preliminar y un título final que no forman parte de dichos cuatro libros. Cada uno de los Libros se subdivide en Títulos, y a veces éstos a su vez contienen parágrafos. El Título XXX del Libro Primero además de la subdivisión en parágrafos tiene otra más, en partes que van numeradas con números romanos y que no tienen un nombre especial. En todo caso, los títulos o sus partes, constan de uno o más artículos que llevan una numeración seguida desde el primero del título preliminar hasta el último del Libro IV del Código, que en la numeración actual lleva el número 2.540. El Título final cuenta con un solo artículo, innumerado: el artículo final. Las varias codificaciones, en las que se han incorporado nuevas disposiciones y se han suprimido otras, han tenido mayor o menor número de artículos, pero sin variaciones muy grandes.

Cada artículo tiene uno o más párrafos, o sea cláusulas que gramaticalmente se distinguen porque terminan con punto aparte. A veces estos párrafos están numerados, y entonces se suelen llamar incisos. También hay artículos que tienen párrafos y alguno de ellos se subdivide en incisos numerados. En pocas ocasiones los incisos se denominan "reglas", por el mismo Código, como sucede con los del Art. 7.

El Título Preliminar desarrolla los principios generales aplicables a todo el Código y aún a otras leyes. Sin embargo, también al comenzar cada Libro, particularmente, el Tercero y el Cuarto, se encuentran otros grupos de disposiciones generales, que con las del Títulos Preliminar formarían la teoría general del Derecho Civil. Más concretamente, el Título Preliminar trata de las fuentes del derecho: La Ley, la Costumbre y la Jurisprudencia; desarrolla particularmente lo relativo a la ley: en qué consiste, cómo se promulga, sus efectos, interpretación y derogación.

El Libro Primero se titula "De las Personas" y trata de los sujetos de derecho sean personas naturales o jurídicas. El Libro II es el "De los Bienes y de su dominio, posesión, uso y goce", o sea que se refiere a los objetos del derecho y los derechos reales. El Libro Tercero, "De la Sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos", comprende, pues, estas dos formas especiales de transferir los derechos. El Libro Cuarto se titula "De las Obligaciones en General y de los contratos", y por consiguiente abarca el estudio de los derechos personales (en el sentido opuesto a reales). El Título final, con su único artículo ordena la publicación de la codificación y que se cite en adelante su nueva numeración.

La partición del Código en estas cuatro grandes partes (a más de los títulos preliminar y final), permite una distribución acertada de la materia. Cada parte tiene una unidad; se podría decir que hay ciertos principios que dominan el desarrollo de cada una de ellas. Esto ha originado que en nuestro país se haya enseñado el Código Civil, ya tradicionalmente en las Universidades, en cuatro cursos: en cada uno un Libro.

Sin embargo, hay unas pocas materias que parecen estar fuera de sitio. A mi modo de ver, el caso más importante es el del régimen de bienes del matrimonio, que en lugar de tratarse en el Título XXII del Libro IV, debería incluirse inmediatamente antes del parágrafo 2 del Título VI del Libro Primero, pues en el Título mencionado (IV) se trata "de las obligaciones y derechos entre los cónyuges", y después de que en el parágrafo primero se dan las reglas generales, en los parágrafos 2, 3, 4 y 5 se señalan las excepciones al régimen de sociedad conyugal, y de este régimen normal se trata en el Título XII del Libro IV. Parece lógico exponer primeramente el régimen normal y luego las excepciones. Es de advertir que buena parte de estas reglas de excepción han sido introducidas por las reformas al Código y no provienen del proyecto de Bello.

La división de Bello en los cuatro libros coincide prácticamente

con la doctrina española del siglo XIX, y tanto como ella se aproxima a la división de Savigny. Este gran representante de la escuela histórica divide el Derecho Privado en el estudio de: 1, Las cosas; 2, Las obligaciones; 3, La Familia, y 4, Las herencias. Más aceptable parece el orden de nuestro Código, que antepone el sujeto del derecho (Persona), a su objeto (Bienes o cosas). Sin embargo, puede objetarse al orden de los Libros de nuestra Ley Civil, que las sucesiones, como forma especial de transferir el dominio y otros derechos, deberían figurar después del estudio de las obligaciones y contratos que constituyen formas más generales de transferencia de los derechos, o por lo menos han dado pie a la teoría general correspondiente; en otras palabras, que nuestro Libro III debería ocupar el lugar del IV, y éste el lugar del III.

El Código de Napoleón, que tanto influyó en el nuestro, comprende tres partes: Personas, Bienes y Modos de adquirir la propiedad y otros derechos. Como se ve, nuestra cuadripartición resulta de subdividir la tercera parte del Código Napoleón, indudablemente demasiado compleja y extensa; además el derecho sucesorio tiene unas características propias que exigían su inclusión en un Libro separado.

A su vez, tanto Savigny, como los juristas franceses y los españoles, inspiraron sus clasificaciones en las romanas. La primera partición del Derecho Civil, de la que hay certeza, es la de Gayo, jurista romano del siglo II que señaló en un libro de carácter didáctico las tres partes siguientes: Personas, Cosas y Acciones. Evidentemente el tercer término no se acepta hoy día como parte del Derecho Civil, pero la distinción de derechos reales y personales tiene perfecta vigencia. En verdad es la distinción romana de las acciones *in rem* e *in personam* la que ha dado base para la gran bipartición del Derecho Privado: derechos absolutos o reales y relativos o personales.

CAPITULO II

FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

9.—Fuentes del Derecho

Por fuentes del Derecho se entiende tanto los procesos históricos y los procedimientos técnicos a través de los cuales el Derecho se formula, cuanto los documentos, tradiciones, organismos, etc., por medio de los que se puede conocer el Derecho vigente en un lugar y tiempo determinados. Las primeras son las fuentes de creación o formulación del Derecho, mientras que las segundas lo son del conocimiento del Derecho. Claro está que a veces pueden coincidir las fuen-

tes de creación y de conocimiento del Derecho; así por ejemplo, una Ley puede establecer ciertos derechos y los conoceremos por la misma Ley. En este punto me voy a referir a las fuentes del Derecho bajo el primer respecto o sea, en cuanto orígenes del Derecho Positivo.

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

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

10.—Definición de la Ley en el Código Civil

Comienza nuestro Código con la definición de índole más general con la que se podía comenzar, esto es, con la de "Ley":

Art. 1: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe o permite".

No se trata de una definición doctrinaria sino simplemente práctica, o de valor legislativo, cuya finalidad es señalar qué normas deben ser tenidas por leyes. Por no ser una definición doctrinaria, no se encontrará en ella, enumeración de las características que la ley *debe tener,* sino que simplemente se señala el contenido fundamental de la ley: mandatos, prohibiciones o permisiones, y se señala sus principales características materiales y formales: la ley es una manifestación externa y constitucional del Derecho.

Las decisiones de la voluntad soberana del Estado pueden ser muy diversas, y no solamente leyes, acuerdos o resoluciones, sino que pueden consistir en actos legislativos de diversa índole, o actos jurisdiccionales o administrativos. Para ser más exacto desde este punto de vista formal nuestra definición debería decir: "aquella declaración de la voluntad soberana *que versa sobre un objeto de interés común",* o bien: "que establece una norma general relacionada con el bien común". Esta segunda fórmua tendría la ventaja de señalar el fin propio de la ley: ordenar la conducta de las personas al cumplimiento del

De otras manifestaciones de la voluntad soberana que no son ley, pero sí contienen normas de derecho, hablaremos más adelante; son las ordenanzas, los reglamentos, los decretos de índole particular, etc. De las otras manifestaciones de la voluntad que no tienen carácter normativo general, se trata en otras disciplinas jurídicas como el Derecho administrativo, la Práctica procesal, el Derecho internacional (por ejemplo respecto de la declaración de guerra), etc.

La expresión de nuestro Código: "Declaración de la voluntad soberana", ha de entenderse en sentido puramente formal, porque si la definición pretendiera hacer consistir la esencia misma de la ley en tal expresión, caería en un absolutismo reprobable. Efectivamente, la voluntad por muy soberana que sea no puede crear una verdadera ley contra los principios de la justicia o del Derecho Natural. Formalmente puede aparecer como ley cualquier mandato imperativo de quien detenta la soberanía; pero la verdadera ley, es únicamente la que se conforma a la justicia.

En cuanto a la determinación del sujeto de esa "voluntad soberana", es cuestión que compete al Derecho Político y al Constitucional.

Muy oportunas son las palabras "en la forma prescrita por la Constitución", pues señalan precisamente cómo debe manifestarse la voluntad soberana para constituir una ley. La ley, debe, pues, ser expresada, manifestada, para que pueda ser conocida y obedecida. Y tal manifestación debe hacerse en la forma constitucional.

La parte final del Art. 1º nos indica que existen tres formas de regular la conducta libre del hombre mediante la ley: el mandato, la prohibición y la permisión. De allí derivan las tres clases de leyes: imperativas, prohibitivas y permisivas. Ciertamente que en el fondo en las tres, hay siempre un mandato: el de hacer, el de no hacer o el de permitir o sea respetar la libertad ajena.

La Constitución de la República en el Art. 144, por su parte define también la Ley, en la siguiente forma: "Se entiende por Ley la norma de carácter obligatorio y permanente que versa sobre materia de interés general".

La definición constitucional tiene el mérito de señalar el fin propio de la ley: "un objeto de interés general"; y precisamente por tal finalidad se diferencia de otros actos legislativos, como es sobre todo el "decreto".

11.—Otras definiciones de Ley

En un sentido muy amplio, ley es toda norma o regla de conformidad con la cual suceden los hechos o se regulan los actos. Por eso se puede hablar de "leyes físicas o naturales", que son las que rigen de modo inmutable, fijo o determinista, los hechos de la naturaleza; son leyes que responden a la naturaleza de los seres en cuanto cuerpos; así, por ejemplo, un cuerpo pesado cae, en virtud de la ley de la gravedad. De muy diversa índole son las leyes que rigen a los seres dota-

dos de inteligencia y voluntad; éstos, por ser libres, reciben normas que establecen lo que "debe ser, es decir, cómo deben actuar. En este sentido se entiende la compendiosa fórmula de Celso, recogida por Ulpiano y luego incluída en el Digesto: "Ius est ats boni et aequi": El derecho es el arte de lo bueno y lo justo.

Para resumir en una sola definición unas y otras leyes (las físicas y las morales, incluída en éstas la jurídica), Montesquieu dice que son: "Las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas". Las relaciones necesarias se expresan por medio de las leyes físicas, pero las leyes morales son precisamente normas de los actos no necesarios, es decir, libres. Por eso más exacto sería decir que toda ley comprende las relaciones que necesariamente derivan de la naturaleza de las cosas: de la naturaleza inanimada derivan relaciones necesarias y fatales, de la naturaleza racional en cambio derivan leyes morales que rigen el "deber ser".

En el Digesto encontramos esta definición. "La ley es precepto común, decreto de varones prudentes, freno y castigo de los delitos que se cometen por voluntad o ignorancia, y obligación común de la República. La naturaleza o esencia de la ley es ésta: mandar, vedar, permitir y castigar". Hoy día puede llamar la atención aquello de "decreto de varones prudentes", pero no, si se conoce el origen histórico de muchas reglas del Derecho Romano, que provenían de las respuestas de los "iuris peritos", o sea los técnicos del derecho, o también de las declaraciones del Pretor, quien debía ser por excelencia un varón prudente.

Nótese que la definición de nuestro Código recoge la parte final de la definición del Digesto, pero omitiendo lo relativo a "castigar"; esto se debe a que el imponer castigos es propio de las leyes penales, mas no de las civiles; además, cabría examinar si la imposición de un castigo no se reduce a una orden, de tal forma que toda ley solamente manda, prohibe o permite.

En las Siete Partidas se dice: "Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, e castigo escripto que liga e apremia la vida del home, que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer, e usar". En esta definición, es notable cómo en palabras sencillas, populares, se revela sin embargo la esencia misma de la ley y su sentido profundamente moral: la ley es norma de hombres; enseña, se dirige a la inteligencia, y castiga, es decir, fuerza también la voluntad libre; es norma moral: induce al bien y aparta del mal.

La definición de Portalis, uno de los juristas franceses que más influyó en el Código Napoleón, es también la que ha inspirado, sin duda, la de nuestro Código Civil: "Declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común". Seguramente al hablar del "soberano", Portalis pretendía englobar por una parte a los soberanos absolutos (reyes o emperadores) y por otra al "pueblo soberano", concepto ficticio nacido de la Revolución Francesa. La so-

beranía radica en el Estado en cuestiones temporales, y en la Iglesia en materias espirituales, por eso Estado e Iglesia son quienes dictan leyes, y no el pueblo; el pueblo es solamente uno de los elementos de esas sociedades jurídicas perfectas, y como tales, soberanas.

En un plano más bien doctrinal, la definición probablemente más perfecta es la de Santo Tomás de Aquino: "Ordenación de la razón para el bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad". Sobre todas las anteriores, ésta tiene las siguientes ventajas: señala el aspecto racional del derecho: no es verdadera ley la irracional o injusta; indica el fin de la ley: el bien común, que es también el fin de la sociedad; manifiesta que la ley debe ser promulgada, y por la autoridad correspondiente.

12.—Cualidades de la Ley

La ley, ya que debe regular el obrar libre del hombre para que se cumpla la justicia, debe ser justa, posible, conocible, obligatoria, y general.

La ley es una expresión de la justicia, una regla de justicia, luego no puede ser injusta. Si fuera injusta sería también inmoral. La ley jurídica se encuadra dentro de la moral como un círculo concéntrico de menor radio. Es decir que hay muchas reglas morales que no son jurídicas, por ejemplo las que regulan actos puramente internos; pero necesariamente toda regla jurídica es también moral: está contenida dentro de lo moral, aunque es algo más.

De hecho se dan leyes injustas, o sea leyes que carecen de la primera de las cualidades, y de la más importante de las cualidades propias de la ley. Tales leyes injustas son fuente de innumerables males para los individuos y para el Estado: crean desconcierto, desorden y rebeldía, violan la conciencia y la libertad de los ciudadanos, no conducen al bien común y llevan muchas veces a situaciones de violencia. Corresponde a los moralistas señalar hasta qué punto se deben obedecer las leyes injustas, y en qué casos es facultativo u obligatorio resistir a las leyes injustas.

Desde luego, para poder hablar de leyes injustas, es preciso admitir una Ley Suprema, una norma de moralidad, de justicia, anterior a toda ley positiva humana. De otro modo, toda ley sería justa, aunque ordenara los actos más repugnantes. Si se prescinde de la Ley Suprema se cae en la peor de las tiranías.

Igualmente, porque la ley rige los actos libres del hombre, debe consistir en un precepto (positivo o negativo) posible. Si se ordenara un imposible, dicha norma no sería razonable, y por lo mismo se desvirtuaría su carácter de ley.

Para que el hombre pueda ajustar su conducta a la norma, debe poder conocerla, por eso la ley debe ser cognoscible. La ley alcanza su cognoscibilidad mediante la promulgación.

La obligatoriedad, asimismo, pertenece a la esencia misma de

algo que es regla de conducta de actos libres. La ley no es mero consejo o indicación práctica, sino verdadera regla a la que tienen que ajustarse los actos del hombre. La ley limita en este sentido la libertad, para garantizarla mejor. Todo límite razonable disminuye sí el derecho pero lo hace más sólido y seguro. La ley tiene que realizar a la vez la justicia, el orden y la seguridad de la sociedad, por eso puede limitar la libertad: en beneficio de la misma justicia, y sobre todo para que se produzca el orden y haya seguridad.

El hombre tiene libertad física de violar la ley, pero no tiene libertad moral de hacerlo: no debe violar la ley.

Dada esta libertad física de ir contra el precepto legal, se hace necesario defender la ley con la coerción o coacción. La autoridad no debe únicamente señalar lo que se debe hacer, sino que debe constreñir para que se haga. Por esto, la ley tiene también la cualidad de la coercibilidad que se pone en acto mediante los medios de coacción de que disponen el Estado o la Iglesia en su respecivo caso. Medios de coacción son las sanciones civiles o penales, además de otros medios más o menos indirectos (como los estímulos, recompensas, etc.).

La generalidad de la ley consiste en que se trata de una norma establecida con carácter permanente para un número indeterminado de actos o hechos y para obligar a un conjunto igualmente genérico de personas. Por esta cualidad, la ley aparece como lo opuesto al privilegio, que es la norma en favor de un solo individuo o de individuos perfectamente determinados.

Sin embargo, la generalidad de la ley no es absoluta, puesto que tiene límites espaciales (rige en un Estado, o en parte de un Estado) y temporables (puede admitir plazo, o ser derogada), y casos de excepción señalados por otras leyes, costumbres o normas jurídicas de otro tipo. De todos modos, la ley debe ser un precepto abstracto para regular relaciones de justicia en una hipótesis dada, y por lo mismo, aplicable a una generalidad de casos.

13.—Clases de leyes

En primer lugar, pueden dividirse en forma similar y correspondiente al Derecho mismo, que las leyes expresan y contienen. Así tenemos leyes divinas y humanas; naturales y positivas; eclesiásticas y civiles; nacionales e internacionales; públicas y privadas; constitucionales, penales, procesales, civiles, comerciales, etc.

Desde otro punto de vista, las leyes imperativas o necesarias por una parte, y por otra, supletorias. Las primeras, aquellas que no pueden soslayarse mediante un pacto lícito. En cambio, las supletorias únicamente se aplican a falta de disposición expresa de la voluntad privada; es decir que dan ellas mismas preferencia a lo que establecen las personas.

En el Derecho Civil encontramos leyes imperativas, como por ejemplo casi todas las que rigen el Derecho de familia, o las que orde-

nan solemnidades o formalidades especiales para ciertos actos, y también tenemos leyes simplemente supletorias. Las supletorias dominan en mayor medida en materia de contratos y obligaciones y son más típicas del Derecho Civil, hasta el punto de que a veces se dice —aunque sin mucha exactitud—, que las reglas del Derecho Civil tienen carácter supletorio.

Una distinción con muchas aplicaciones en el campo moral, más que en el estrictamente jurídico, es la que se suele hacer entre leyes imperativas y leyes meramente penales. Las primeras obligan en conciencia, deben cumplirse bajo pena de pecado. Las segunda obligan también en conciencia, pero el objeto de su obligatoriedad no es en forma absoluta de modo directo el contenido mismo del precepto, sino la pena con que se sanciona la contravención; en otras palabras: se deben cumplir los preceptos puramente penales, pero si no se los cumple hay obligación estricta, bajo pecado, de acatar la pena que se imponga por la contravención que en sí misma no es pecado.

Otra clasificación de las leyes, con enorme trascendencia en el Derecho Internacional Privado, es la de las leyes territoriales y las extraterritoriales, o sea las que obligan a todos los habitantes de un territorio, y las que rigen también fuera del territorio del Estado. Sobre esta clasificación insistiré más adelante.

Se habla a veces de leyes principales y secundarias. Las unas establecen los derechos de mayor trascendencia y las otras los aplican o reglamentan. La primera de todas las leyes en este sentido es la Constitución de la República, y frente a ella, se puede decir que las demás son leyes secundarias.

Por la extensión de su contenido o por su alcance, hay leyes generales y leyes especiales, y aún se encuentran disposiciones que se pueden calificar de especialísimas.

Leyes vigentes, las que rigen actualmente; o derogadas, las que ya no tienen fuerza legal.

Leyes constitucionales e inconstitucionales, de las que se trata en el punto siguiente.

14.—Constitucionalidad de la Ley

Ya hemos visto que el Art. 1º del Código Civil define la Ley como manifestación *constitucional* del Derecho. La misma Carta Política en varios artículos afirma que toda Ley debe someterse a la Constitución. (Art. 257 de la Constitución).

También en las leyes secundarias o especiales, se reconoce la supremacía de la Constitución. Así en la Ley de Régimen Municipal en el Art. 12, numerales 6 y 7 se establece que el Ministro de Gobierno debe hacer cumplir la Constitución a los Municipios y debe recurrir a la Corte Suprema para que declare la inconstitucionalidad de algún acto normativo de dichas entidades. El Art. 37 de la misma Ley declara responsables a los concejales por actos contrarios a la Constitu-

ción o a las leyes. La Ley de Régimen Municipal concede al que se creyere perjudicado por preceptos inconstitucionales o ilegales el derecho de recurrir a la Corte Suprema para que se le haga justicia.

Por su parte el Código Penal en el Art. 128 castiga "El acto que tenga por objeto destruir o alterar la Constitución de la República". Y el Art. 230 sanciona —entre otros— el "dictar reglamentos o disposiciones, excediéndose de sus atribuciones", las cuales pueden estar señaladas en la Constitución.

Para que una ley sea constitucional se requiere que cumpla dos condiciones: 1º que su proceso de formación y entrada en vigencia se haya ajustado a las normas constitucionales; en esto consiste la constitucionalidad formal; y 2º que sus disposiciones no se opongan a ningún precepto constitucional; en esto último consiste la constitucionalidad material.

Ahora bien, existen varios sistemas encaminados a declarar cuándo una ley es inconstitucional, o a impedir su aplicación. A veces se establecen altos tribunales especiales para ese efecto, como sucedía en nuestra Constitución de 1945 y como pasa en muchos países, particularmente europeos. Otro sistema consiste en confiar a la Corte Suprema ese cometido, como se practica en los Estados Unidos. Finalmente, puede también dejarse a la resolución de todos los jueces la aplicación o no aplicación de una Ley, según juzguen en cada caso si es o no constitucional.

Nuestro sistema positivo actual es mixto, pues distingue los dos casos de inconstitucionalidad (formal o material), y da atribuciones a la Corte Suprema, al Congreso, a la Comisión Legislativa, al Tribunal de Garantías Constitucionales, y a los jueces en general.

La inconstitucionalidad formal se remedia mediante la suspensión de la vigencia de la Ley, ordenada por la Corte Suprema con conocimiento de causa y sin efecto retroactivo. Esta suspensión produce sus efectos hasta que el próximo Congreso "resuelva lo conveniente", como lo establece el Art. 205 de la Constitución. Parece pues, que el Congreso puede, o bien confirmar lo resuelto por la Corte Suprema y declarar definitivamente fuera de vigencia a la ley inconstitucional, o bien puede sanar los defectos formales y ponerla en vigor. En todo caso el Congreso resuelve cualquier cosa en una sola sesión de Pleno, y tanto su disposición como la de la Corte deben publicarse en el Registro Oficial porque tienen carácter de disposiciones legales.

Ya hemos visto que algunas autoridades pueden pedir a la Corte esta suspensión de una ley inconstitucional —tal el caso del Ministro de Gobierno, respecto de las ordenanzas municipales—, pero también cualquier ciudadano puede dirigirse a la Corte con tal objeto, haciendo uso del derecho de petición consignado en la misma Carta Política, y también la Corte Suprema podría proceder de oficio, es decir, sin necesidad de una petición expresa de nadie.

Estas normas suponen, sin embargo la vigencia de la Constitución; ahora bien, en los períodos en que el país ha estado gobernado

por gobiernos de hecho, la situación cambia sustancialmente, porque aunque a veces se declara vigente una Constitución, se trata siempre de una vigencia precaria, con reservas y limitaciones, de modo que el Jefe del Estado —como quiera que se titule—, asume facultades legislativas extraordinarias, al margen del trámite constitucional. En estos casos, no cabe declaración de inconstitucionalidad formal por parte de la Corte, aunque sí podría hacerlo la siguiente Legislatura que suele ser una Asamblea Constituyente con plenitud de poderes.

Otro caso distinto sería el de un Decreto-Ley expedido en un período presidencial ordinario, es decir, cuando no se ha declarado roto el orden constitucional. Si en estas circunstancias el Presidente de la República u otra autoridad pretendiera legislar al margen de la Constitución, cualquier juez podría y aún debería resistirse a aplicar tal Ley cuya inconstitucionalidad formal estaría fuera de toda duda.

El artículo 260 de la Constitución vigente se refiere a toda clase de leyes expedidas "ya por autoridades legítimas, ya por gobiernos de hecho", y declara vigentes "sólo en cuanto guarden conformidad con la Constitución y siempre que no sean o hayan sido derogados o revocados, salvo los derechos válidamente adquiridos con arreglo a tales preceptos". En esta forma se sanan las irregularidades formales de las leyes de origen dictatorial. Además, de acuerdo con un principio jurídico universalmente respetado, se pone a salvo los derechos adquiridos válidamente bajo el imperio de tales leyes de origen inconstitucional, aunque actualmente ya no tengan vigencia.

Respecto a la incostitucionalidad material, o sea el segundo caso de inconstitucionalidad: cuando la Ley contiene disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, el Art. 193 de la Constitución de 1946 en su parte final decía así: "Sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos. Asimismo, sólo el Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo son o no inconstitucionales". Pero la nueva Constitución, de 1967 permite también la declaración judicial de inconstitucionalidad, para los casos concretos: Art. 206.

Una vez aprobada una Ley por el Congreso, el Presidente de la República puede oponerse a su sanción por considerarla inconstitucional y entonces, devuelve el proyecto de Ley al Congreso. Si éste insiste, la llamada a dar su dictamen es la Corte Suprema, y si también la Corte Suprema considera inconstitucional el proyecto "el Congreso no podrá insistir y lo archivará". Mediante este trámite se da preponderancia a la Corte Suprema en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los proyectos de ley, todavía no sancionados por el Ejecutivo. Este caso, es pues, muy distinto de los estudiados anteriormente, que se referían a las leyes ya promulgadas.

Igualmente, la Corte Suprema puede impedir la promulgación de una Ley que considerara inconstitucional, si dicho proyecto de ley hubiere sido elaborado por la Comisión Legislativa.

Finalmente, cabe observar que, dadas las facultades concedidas a la Comisión Legislativa, también este organismo del Estado podría tomar en cuenta la inconstitucionalidad de una disposición legal al momento de codificar las leyes.

15.—Otras reglas jurídicas

Las disposiciones legislativas del Congreso sobre un objeto particular y no general se llaman Decretos Legislativos, según la definición constitucional (Art. 144). Es verdad que en la práctica, se continúan denominando sin embargo "Decretos Legislativos" a muchas reglas que tienen el carácter general propio de las leyes.

"Acuerdo" o "resolución", según el mismo precepto constitucional, son las decisiones de mero trámite o reglamento o los demás actos legislativos que no son Leyes o Decretos Legislativos.

La Función Ejecutiva puede dictar "reglamentos" para la ejecución de las Leyes y Decretos, pero sin que impliquen interpretación o alteración de ellos.

Los Decreto Ejecutivos, en cambio, nada tienen que ver con los Decretos Legislativos o con las Leyes, son actos propiamente de gobierno o administración, para casos concretos, sin función normativa general. Tampoco se pueden parangonar con la Ley, los Decretos Judiciales, que son disposiciones concretísimas de los jueces y tribunales sobre asuntos de mero trámite y que tienen valor exclusivamente en los juicios en que se dictaren.

En cambio, las facultades interpretativas de ciertas leyes, concedidas a ciertas entidades, tienen valor propiamente legislativo. Tal es el caso del Tribunal Supremo Electoral respecto de la Ley de Elecciones, o del Instituto Nacional de Previsión sobre las materias de su competencia, y en cierto modo también es el caso de la Superintendencia de Bancos.

Las entidades privadas tienen también una facultad reglamentaria, dentro de la Constitución, las leyes y sus propios estatutos, pero esas disposiciones sólo obligan a los miembros de las mismas.

Los Consejos Provinciales y los Concejos Municipales pueden emitir Acuerdos, Ordenanzas y Resoluciones, de carácter más o menos general, según los casos, y que por lo mismo se aproximan en diferente grado a las características de la Ley. En todo caso esas disposiciones tienen carácter seccional, o sea que se circunscriben al territorio de una provincia o de un cantón (municipio).

16.—Carácter general de la Ley Civil

Ya hemos visto a grandes rasgos la evolución del antiguo *ius civile* que desemboca en el actual Derecho Civil, despojado de numerosas materias que han conformado otras tantas ramas especiales del Derecho con sus propios principios y sistemática. Esta evolución histó-

rica explica cómo el Derecho Civil, por su gran antigüedad y mayor grado de elaboración continúa siendo una Ley genral con carácter supletorio respecto de otras leyes especiales.

Este carácter de ley general y supletoria se atribuye expresamente a nuestro Código Civil por el Art. 4:

Art. 4:— "En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes".

Yendo al fondo de la cuestión, podríamos decir que cuando el legislador da una norma de carácter especial tiene en cuenta mayor número de elementos o de factores de la relación jurídica, y por eso la norma especial se ajusta más plenamente a las circunstancias especiales y debe prevalecer sobre la norma genérica.

La regla de nuestro Código parece formulada con un carácter demasiado rígido o absoluto, como si en todo caso debieran prevalecer las disposiciones de leyes especiales, pero la verdad es que si en el mismo Código Civil se encuentra alguna disposición de carácter más particular que otra contenida en una ley especial, deberá prevalecer entonces la del Código Civil.

Sin embargo la mayor especialidad de la norma jurídica es causa de prevalencia únicamente si se trata de reglas de igual valor u obligatoriedad. Así, desde luego, la Constitución de la República prevalece sobre cualquier otra ley, aunque sea especial; y las leyes prevalecen sobre las ordenanzas y los reglamentos. Por otra parte los contratos colectivos de trabajo, aunque establecen condiciones generales, prevalecen sobre los contratos individuales que establecieran condiciones de trabajo especiales en contraposición a las del contrato colectivo; y tanto los colectivos como los individuales son ley entre las partes. En tal sentido, véase el Art. 22 del Código del Trabajo. En esta misma materia laboral, el Art. 35 del Código del Trabajo prohibe pactar la sujeción a otras leyes distintas en contratos de trabajo.

La regla del Art. 12 del Código Civil, aunque guarda paralelismo con la que estamos comentando, no es igual, pues ella se refiere a la oposición entre normas generales y especiales contenidas en la misma ley, mientras que el Art. 4 se refiere a las de leyes distitnas.

El Art. 44 del Código Civil es en cambio una verdadera aplicación práctica de lo dispuesto tanto en el 4 como en el 12: "La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa." Es decir, que la ley especial prevalece incluso sobre la ley general sobreviviente, salvo disposición derogatoria expresa.

17.— *La costumbre*

Otra fuente de producción del Derecho es la costumbre. Probablemente tiene primacía histórica frente a la ley, es decir que los pueblos primitivos se gobiernan más por costumbres con obligatoriedad jurídica que por leyes.

La costumbre surge por la repetición de actos por parte de una comunidad o de un conjunto de personas. Tanto más elevado es el sentido moral y jurídico de un pueblo, tanto más respetables serán sus costumbres.

Muchas veces el contenido de una costumbre se formula después como ley. Es evidente, que tales leyes nacidas de la entraña misma de la sociedad serán normalmente las leyes que más se respeten, las que más fácilmente se impongan y se entiendan por todos.

Por el contrario, las leyes que no toman en consideración las sanas costumbres de un pueblo, son leyes arbitrarias cuya observancia se hace difícil y muchas veces perjudicial. Desde luego, que el legislador debe respetar las costumbres siempre que no sean inmorales o manifiestamente inconvenientes para el bien común, ya que en tal caso las costumbres deben reformarse y la ley puede ejercer un valioso influjo para ello.

De acuerdo con estas ideas, y recogiendo la antiquísima regla de derecho, el Código de Derecho Canónico dice: Canon 29: "La costumbre es el mejor intérprete de las leyes".

Para los juristas de la escuela histórica la costumbre es la base de todo derecho.

Hoy día el derecho tiende a ser cada vez más de tipo "legista", y la postura de la escuela histórica puede resultar exagerada, al menos para la realidad contemporánea.

La costumbre se forma por la repetición de actos. Pero no basta esto que podríamos llamar elemento material —"corpus" de la costumbre—, sino que se requiere que se forme una convicción de su necesidad u obligatoriedad jurídica —"animus" de la costumbre—.

Ahora bien, los tiempos que vivimos se distinguen por el afán reformador, muchas veces revolucionario, y son por ello poco aptos para la formación de la costumbre. Se ha perdido mucho del aprecio por la tradición, se han despersonalizado las sociedades, y no son aptas para sentir la obligatoriedad de la costumbre.

Se distinguen varias clases de costumbres: por razón del tiempo en el que se han formado, hay las costumbres inmemoriales, las centenarias, las "largas", y las recientes.

En nuestro Derecho Civil no hay referencia alguna a la duración necesaria para que una costumbre se establezca; ya veremos qué dispone al respecto el Código de Comercio.

Otra clasificación de suma importancia, de la costumbre, es con relación a la ley: costumbres "secundum legem", "Praeter vel extra legem" y "contra legem". Las costumbres según la ley, no son más que su aplicación a casos concretísimos, aquí es cuando cabe decir con exactitud que la costumbre es el mejor intérprete de la ley. La costumbre "extra legem" o "praeter legem", es la que versa sobre asuntos no legislados, viene a llenar las "lagunas" o vacíos de la ley. La costumbre "contra legem" es la que se opone a las disposiciones legales; a veces se produce porque la ley es injusta, otras veces, simplemente por-

que llegan a cambiar sustancialmente las circunstancias o supuestos hipotéticos de la ley de modo que ya no se adapta a las nuevas condiciones de la sociedad.

Las mayores divergencias surgen en torno a la costumbre que se desarrolla al margen de la ley, sin contradecirla y sin coincidir con ella, precisamente porque no hay ley expresa sobre la materia de la costumbre: "praeter legem". Algunos países como Suiza y España, aceptan en materia civil, y en otras materias, esta clase de costumbres. Nuestro Código excluye también esta clase de costubre, y acepta exclusivamente una especie de las costumbres "secumdum legem", o sea aquellas costumbres que además de estar conformes con la ley, son expresamente indicadas por ella. Dice así el Código Civil:

Art. 2.— "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

El artículo transcrito se refiere fundamentalmente al Derecho Civil, contenido o no en el Código Civil, pero también se aplica en otras materias, más aún hay ciertas ramas del derecho que excluyen absolutamente la aplicación de la costumbre, como es el Derecho Penal, esencialmente legalista; en cambio en el Derecho Internacional, en el Comercial y en el Laboral tiene mayor aplicación la costumbre.

Un punto discutible consiste en saber si en materias civiles la costumbre deberá probarse por quien se alega, o si por el cotnrario debe presumirse que es conocida de todos, puesto que se trata de un fenómeno social o público. Don Luis Felipe Borja considera que por ser un hecho, la costumbre debe probarse, y replica Pérez Guerrero que también la ley es un hecho y sin embargo no debe probarse, pero a mi modo de ver no hay una razón suficiente a favor de ninguna de las dos tesis contrapuestas, y creo que estamos ante una cuestión práctica que debe resolverse así: si la costumbre es realmente un fenómeno social, público y notorio, no requiere prueba, en cambio si la costumbre está circunscrita a un grupo reducido de personas (tal vez las mismas que litigan), como por ejemplo, las que forman una corporación o una sociedad mercantil, en estos casos no siendo un hecho evidente y cierto, debe probarse tal costumbre por quien pretende hacerla valer.

Los principales casos en que la costumbre tiene valor en materia Civil son los siguientes: para determinar aquellos regalos moderados que se hacen en ciertos días y casos, según la costumbre, y que no se consideran como donaciones para los efectos de calcular las diversas partes de la herencia (legítimas, mejoras y libre disposición), según el Art. 1.241 del Código Civil. En forma similar se remite a la costumbre el Art. 1.251, respecto de los regalos con ocasión del matrimonio de un descendiente. Mucho más amplio es el alcance del Art. 1.599 que obliga a ejecutar los contratos con todas "las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la Ley o la costumbre, pertenecen a ella", esta disposición probablemente es la que abre en mayor medida la aplicación de la costumbre en ma-

terias civiles en forma amplia, por su misma indeterminación, casi hasta el punto de restar valor al Art. 2 del Código. Otra regla amplia que permite aplicar la costumbre es la relativa a la interpretación de los contratos (Art. 1.616). Se presume que una venta se hace "a prueba" siempre que se acostumbre vender así una clase determinada de cosas (Art. 1.880). "Se entenderá por reparaciones locativas las que, según la costumbre del país, son de cargo de los arrendatarios (Art. 1.998). El pago de la renta del arriendo se hace también conforme a la costumbre, salvo estipulación expresa (Art. 2.002). En el mismo contrato de arrendamiento, el plazo de duración también puede regirse por la costumbre, si no se ha establecido nada entre las partes contratantes (Art. 2.009 y 2.012). En los arrendamientos rústicos, el tiempo del pago, se rige por la costumbre en las mismas circunstancias antes citadas (Art. 2.045). En el contrato de construcción, a falta de pacto, se rige por la costumbre el precio de la obra (Art. 2.047). La remuneración u honorario del mandato se fija por convención de las partes, por la ley, la costumbre o el juez (Art. 2.137). El mandatario puede hacer aquellas pequeñas donaciones o gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio (propinas) (Art. 2.159). Las cosas dadas en comodato o sea préstamo de uso, solamente pueden usarse en el "uso ordinario de las de su clase", o sea el acostumbrado, salvo disposición en contrario (Art. 2.197). En conclusión, los casos en que la Ley Civil se remite a la costumbre son pocos y de escasa entidad, si salvamos los relativos a lo que se entiende por "naturaleza del contrato", y a la interpretación de los contratos, que, como he dicho, dejan un más amplio margen de aplicación para la costumbre.

En cambio las disposiciones del Código de Comercio sí dan enorme trascendencia a la costumbre en tal materia. El Art. 4 del Código de Comercio reconoce no sólo la costumbre secundum legem, como lo hace el Código Civil, sino también la "praeter legem", además, establece claramente cómo se constituye la costumbre y qué duración mínima ha de tener: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años". Además de esta regla general, el Código de Comercio se remite varias veces de modo expreso a las costumbres.

En materia de Derecho Internacional, donde también la costumbre tiene amplia aplicación, tenemos la disposición del Art. 39 de la Ley de Tránsito Aéreo, que reconoce a las naves aéreas de guerra extranjeras, aquellos privilegios que "habitualmente se conceden".

En materias sociales, la costumbre tiene también valor muy notable. El Código del Trabajo define el contrato laboral y al hacerlo (Art. 8) incluye el concepto de que la retribución del trabajo se fija por el convenio, la ley o la costumbre. Las condiciones de los contratos laborales también se pueden regir por la costumbre (Art. 21). El Art. 37 confirma que la retribución puede fijarse por la costumbre. En

ciertos contratos, como el de servicio doméstico tiene mucha aplicación la costumbre (Arts. 212, 279 para el de transporte, para jornaleros agrícolas el Art. 288, para los aparceros el 311, y el 332 para otros contratos agrícolas típicos del Litoral, se remite a las costumbres de esa zona del país). Además el Código Penal sanciona como contravención de segunda clase negar el pago del salario a nodrizas, sirvientes o cocineras, "según el contrato o la costumbre" (Art. 579 Nº 35). En este mismo plano de las leyes sociales, encontramos el Art. 6 de la Ley de Comunidades Campesinas, que da gran trascendencia a la costumbre, pues establece que ella "determina la calidad de los miembros de una comunidad".

18.—La Jurisprudencia

Si nuestra ley da a la costumbre en materia civil un valor muy limitado, y con subordinación total a la ley, menor valor aún tiene la jurisprudencia como fuente de creación de derecho positivo. La interpretación y aplicación de la ley por parte del juez, en nuestro sistema, no crea una *norma*, para las relaciones futuras, en ningún caso, sino que solamente tiene valor en la causa, en el juicio, en que se pronuncia.

Por jurisprudencia se entiende aquí la doctrina que resulta de las sentencias o resoluciones de los jueces, sobre todo si son muchas y constantes y provienen de jueces de elevada autoridad.

Ni la sentencia singular, ni el conjunto de sentencias unánimes sobre la misma materia, tienen valor de norma positiva para el futuro, en nuestro derecho civil. Pero, por otra parte, nadie puede quitar el valor moral que la jurisprudencia tiene. Sobre todo los fallos de la Corte Suprema servirán de todos modos de inspiración para las resoluciones que sobre casos análogos tengan que dictar los jueces inferiores. También los ciudadanos, al conocer el criterio del más alto Tribunal, conocen de hecho en qué forma serán resueltos sus litigios, y así pueden orientar con mayor confianza su actividad.

Es innegable también, que la jurisprudencia inspirará muchas veces al legislador, ya sea para interpretar la ley de modo obligatorio, o bien para reformarla convenientemente.

En nuestra misma legislación, sí se da un mayor valor, como fuente de derecho, a la jurisprudencia en otras materias. Quizá el caso más notable es la disposición del Art. 324 de la Ley Orgánica de Hacienda (que proviene del Decreto Ley de Emergencia Nº 10 de 15-VI-1959 que creó el Tribunal Fiscal) y que dice así: "Los fallos que dicte el Tribunal Fiscal y constituyan aplicación de ley tributaria, serán normas de esa aplicación, tanto para el mismo Tribunal como para las autoridades administrativas.— En cualquier tiempo el Tribunal, por propia iniciativa o a pedido de la entidad interesada o del Asesor Fiscal, podrá modificar la jurisprudencia establecida". En esta forma el Tribunal Fiscal sienta una jurisprudencia que, sin perder la debida flexibilidad, porque puede modificarse en cualquier tiempo, crea sin em-

bargo verdaderas normas de derecho. Esta jurisprudencia es fuente próxima de derecho positivo.

Pero la regla general a este respecto de nuestro Derecho es la contenida en la primera parte del Art. 3 del Código Civil:

Art. 3:— Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatario. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.

Interpretar la ley de modo generalmente obligatorio, equivale a delimitar su verdadero alcance; es pues un acto legislativo de tanto valor muchas veces como la misma expedición de la ley. Por esto, la interpretación de la ley hecha por su propio autor, se llama interpretación auténtica, y es una interpretación vinculante: hay obligación jurídica de acatar tal interpretación. Los jueces deberán dictar sus sentencias de acuerdo con esta interpretación auténtica. Desde luego, que esto no obsta para que la doctrina pueda seguir otros cauces y promover una reforma de la ley o de su interpretación auténtica.

De los textos legales se desprende que mientras la ley tiene un valor absoluto o general, la sentencia posee un valor relativo y particular. La sentencia es ley entre las partes.

Pero la sentencia, que de suyo, obliga solamente a los litigantes, en cuanto instrumento público tiene un específico valor probatorio de mayor alcance, que en nada afecta a aquel carácter de "res inter alios iudicata", y por tanto no obligatoria más que a las partes litigantes. Por el contrario, la sentencia, como instrumento público, puede oponerse a todos, pero no quiere decir esto que la persona contra quien se la opone no pueda impugnar la sentencia suministrando pruebas en contrario, pues es de la esencia de todo instrumento público el comportar una presunción legal de verdad susceptible de prueba que la contrarreste, que destruya la certificación instrumental. Así por ejemplo, una sentencia que declare la validez de un testamento, hará que se presuma la autenticidad de ese documento y de allí se puede derivar, supongamos, un derecho de propiedad; pero bien puede un tercero (que no ha intervenido en el juicio en el que se declaró la validez del testamento) impugnar el derecho de propiedad, y también la autenticidad del documento en el que se basa el mismo.

Las diferencias entre la ley y la sentencia son, pues, muy hondas: a) La Ley emana de la Función Legislativa (principalmente ejercida por el Congreso, y eventualmente por otros órganos del Estado), mientras que la sentencia corresponde a la Función Judicial (principalmente ejercida por los tribunales y juzgados, aunque a veces también por organismos del Ejecutivo o por el Congreso, que asumen entonces funciones jurisdiccionales; b) La Ley sirve los intereses generales, mientras que la sentencia se dirige directamente a resolver las controversias entre particulares (u organismos públicos que actúan como particulares); c) La Ley obliga a todos, mientras que "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en

que se pronunciaren" (Art. 3 del Código Civil); d) La Ley es un acto espontáneo del legislador, mientras que la sentencia debe necesariamente pronunciarse una vez que se ha sometido un litigio ante un juez competente (Art. 18 del Código Civil); e) La Ley es norma para los actos futuros (norma el deber ser), mientras que la sentencia resuelve sobre relaciones jurídicas anteriores o contemporáneas, aunque puede también constituir nuevas situaciones jurídicas con valor para el futuro; f) El Legislador puede reformar y dejar sin efecto una Ley en cualquier tiempo, mientras que la sentencia una vez ejecutoriada pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, queda firme como regla inamovible sobre un determinado asunto y entre las partes litigantes.

Aunque sea solamente el legislador quien puede interpretar la Ley en forma obligatoria para todos, es decir con carácter de norma o de ley, también las otras Funciones del Estado tienen alguna parte en la interpretación obligatoria de la ley.

Cuando distintas Salas de la Corte Suprema han resuelto asuntos iguales o análogos dando sentencias contradictorias entre sí en puntos de derecho, el Presidente de la Corte Suprema debe convocar inmediatamente a los Ministros Jueces y a los Ministros Fiscales para que por mayoría de votos conformes dicten "la disposición que debe regir para lo futuro, respecto al punto al que se refiera el desacuerdo, la que será generalmente obligatoria mientras no se disponga lo contrario por la Ley", esta resolución debe incluso publicarse en el Registro Oficial, como se hace con las leyes (Cfr. Art. 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial). En este caso, es evidente que la Corte Suprema en pleno tiene verdaderas facultades legislativas, aunque con un carácter provisional, pues corresponde de todos modos al Congreso confirmar o reformar dicha decisión obligatoria, por medio de una Ley.

Otro caso distinto es el de la atribución concedida a la Corte Suprema por la Ley Orgánica de la Función Judicial (Arts. 9 Nº 4; 14 Nº 14 y 19 Nº 6) para resolver las dudas sobre interpretación de la Ley que eleven las Cortes Superiores, o a través de éstas los inferiores. Tampoco esta interpretación tiene carácter obligatorio.

Otra interpretación es la llamada "administrativa", que tampoco tiene valor de generalmente obligatorio, pero que sí puede ser vinculante para los subordinados jerárquicamente en el orden administrativo.

19.—La cosa juzgada

La sentencia judicial (que interpreta la ley y la aplica al caso controvertido) origina la "cosa juzgada". Cuando un asunto litigioso es resuelto definitivamente por el Juez o Tribunal correspondiente, se dice que "ha pasado en autoridad de cosa juzgada".

Como la justicia humana es falible, se procura rodear los juicios de una serie de solemnidades y requisitos que aseguren el máximo acierto, que eliminen en lo posible el error o la injusticia. Con este

fin, se han establecido las varias instancias. En nuestro país, normalmente un juicio puede tener dos o tres instancias.

Por consiguiente, una sentencia puede o no tener carácter definitivo. Cuando tiene carácter definitivo se dice que está "ejecutoriada". Si además, se cumple lo ordenado por el juez, entonces la sentencia está "ejecutada". Si una de las partes se resiste a cumplir la sentencia, existen diversos procedimientos "ejecutivos", es decir, llamados a hacer efectiva la orden del juez. Así por ejemplo, si se ha ordenado pagar una cantidad de dinero, y no se paga, se pueden embargar bienes del deudor, con el fin de rematarlos y con el producto de esa venta pública, satisfacer el derecho del acreedor.

Desde luego, para proceder a ejecutar forzosamente una sentencia, se requiere que dicha sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, y por lo mismo, que esté ejecutoriada. En tal caso, se usa la cosa juzgada *como acción*, es decir, que el ganador del juicio que tiene a su favor la sentencia ejecutoriada, puede pedir al juez la ejecución coercitiva de su derecho: puede ejercer una acción ejecutiva.

Por otra parte, quien tiene a su favor una "cosa juzgada", puede impedir que nuevamente se vuelva a discutir su derecho que quedó "firme", al pasar por cosa juzgada. En este caso, se puede ejercitar la *excepción de cosa juzgada*. En otras palabras: si alguien pretende volver a litigar sobre lo ya resuelto por medio de una sentencia definitiva, la otra parte puede oponerse a esta nueva acción, o nuevo juicio, proponiendo la excepción de cosa juzgada.

Las sentencias se ejecutorían, quedan firmes y dan lugar a la cosa juzgada en varios casos: cuando la sentencia es de última instancia, esto es, cuando la ley no permite ya un nuevo recurso para que conozca otro juez superior; cuando no se ha apelado, o no se ha interpuesto el recurso dentro del término legal para proponerlo; cuando, después de haberse apelado se desiste de la instancia o del recurso.

En todos esos casos, la sentencia se convierte en verdadera ley entre las partes, en norma necesariamente obligatoria, que puede imponerse coactivamente.

Como se acaba de explicar elementalmente, la resolución del juez, luego de haberse dado varias posibilidades de que las partes discutan, adquiere un carácter definitivo. Es necesario que la justicia humana ponga un punto final a la litis, aún corriendo el riesgo de errar o de cometer una injusticia. Es preciso a veces aumentar las posibilidades de error, antes que consagrar una constante inestabilidad.

La "cosa juzgada" arranca del Derecho Romano de donde pasó a las Siete Partidas, al Derecho Canónico, al Código de Napoleón, y a través de estas fuentes a nuestro Derecho Civil sustantivo y adjetivo.

Respecto del fundamento y de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, existen varias teorías. Algunos autores, como Savigny, Pothier, Borja, Carnelutti, fundan el valor de la cosa juzgada en una presunción *iuris et de iure* (legal y de derecho) de veracidad. La sentencia firme sería la verdad oficial, que no se puede contradecir.

Otros, consideran que ya mediante la litis contestación se verifica un cuasi contrato, con la sentencia se hace necesario cumplirlo, y por eso las partes están rigurosamente obligadas a acatar la sentencia y no discutir más sobre el asunto contravertido. Es decir, que los litigantes al momento en que se contesta la demanda, innovan sus relaciones jurídicas, y ya no tienen en rigor otra obligación que la de estar a lo juzgado: que acatar la sentencia.

Poniendo la monta más que nada en el aspecto procesal, Alsina, Rocco y otros, observan que con la sentencia se extingue la acción, termina el proceso y ya nada hay que hacer sino ejecutar lo declarado u ordenado en la sentencia.

Kelsen, Allorio, Cossio indican que el derecho se actúa mediante la sentencia.

La naturaleza misma de la norma jurídica que regula el "deber ser", exige la estabilidad de la sentencia. La norma de conducta debe ser estable, no puede estar sujeta a continuo cambio. Desde el momento en que la ley se aplica al caso concreto carece de fin y de sentido que se quiera seguir un nuevo juicio, puesto que el derecho ha cumplido ya su objetivo.

Al decir el inciso segundo del Art. 3 del Código Civil que "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren", pone el fundamento de la cosa juzgada: la sentencia tiene valor obligatorio en la causa en que se pronuncia y sólo en ella.

Dos disposiciones del Código de Procedimiento Civil, tienen estricto paralelismo con la del Art. 3 del Código Civil: el Art. 293 del Código de Procedimiento Civil dice: "La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis"; y el Art. 306: "Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley".

En cuanto al principal efecto de la cosa juzgada, como acción o en cuanto da lugar a acción judicial, está señalado en el Art. 450 del del Código de Procedimiento Civil que enumera la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, entre los títulos ejecutivos.

Sea que se alegue la cosa juzgada como acción o bien como excepción, en todo caso, nos encontraremos ante un problema de identidad entre dos juicios. Si la nueva acción que se pretende entablar es idéntica a otra que ya pasó en autoridad de cosa juzgada, no cabrá intentar la nueva acción, que propiamente es la misma anterior; y caso de llegarse a repetir la acción, se presentará la excepción de cosa juzgada. Asimismo, si se pide la ejecución de ciertas exigencias, será preciso que éstas sean precisamente las mismas ordenadas o permitidas por una sentencia ejecutoriada, es decir, que para ejercitar la acción ejecutiva fundándose en la cosa juzgada tiene que haber una identidad entre lo que se pide ejecutar y lo que se ordenó en la sentencia ejecutoriada.

A su vez, la identidad entre dos litis (de modo que realmente sean una misma y única litis), depende de que sean las mismas personas las que litiguen sobre la misma cosa y por una misma causa o fundamento jurídico. Es decir que la identidad de dos juicios se resuelve en la clásica triple identidad: de sujetos, de objeto y de causa. Basta, naturalmente, que falte uno de los tres elementos, para que desaparezca la identidad total.

A veces, se habla únicamente de dos elementos de la identidad: el subjetivo y el objetivo. Pero esto es porque se suele englobar en la identidad objetiva a la causa o fundamento del derecho.

Veamos unos ejemplos que ilustren lo anteriormente dicho. Si Juan ha demandado a Pedro el pago de una deuda de diez mil sucres y se ha pronunciado sentencia de última instancia condenando a Pedro a pagar dicha suma a Juan, éste puede ejercer la acción ejecutiva para que efectivamente se satisfaga su crédito, por ejemplo, mediante el embargo y venta mediante remate de bienes del deudor Pedro; pero para proceder en tal forma se requiere que lo que se ejecuta sea lo mismo que se ha ordenado en la sentencia, y contra la misma persona y a favor del mismo vencedor; no podría pedir el embargo un tercero, ni tampoco se podrían embargar bienes de otras persona distinta de Pedro, ni, finalmente, tampoco se podría embargar bienes de Pedro, a petición de Juan, pero para que se pague a Juan otra deuda de la que dio origen a la cosa juzgada. En este ejemplo, para usar de la cosa juzgada como acción, se ha requerido la identidad de sujeto, de objeto y de causa.

Por otra parte, si en el juicio supuesto, la sentencia ejecutoriada, da la razón a Juan, Pedro no podría intentar un nuevo juicio sobre lo mismo contra Juan, y si lo hiciera, Juan opondría la *excepción* de cosa juzgada. Para que Juan pueda hacer que se rechace la acción de Pedro, tendrá que probar que efectivamente la nueva acción es idéntica a la primera, es decir, es la misma que pretende repetirse; y para probar esta identidad demostrará que son los mismos los sujetos que litigan, el mismo el objeto de la litis y el mismo el fundamento legal de la nueva demanda y de la primera. O sea que, también cuando se usa la cosa juzgada como excepción, se exige la triple identidad de sujetos, objeto y causa.

En cuanto a la identidad subjetiva podemos afirmar que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de las partes, y de los sucesores a título universal o a título singular. En términos más generales, se puede decir que la identidad subjetiva existe siempre que un sujeto represente a otro o asuma la misma relación jurídica frente al otro litigante.

Tenemos muchas figuras jurídicas que dan lugar a una identidad subjetiva aunque la persona física que se presente en el nuevo juicio sea otra de la que participó en el primero. Así por ejemplo, si después de obtenida aquella sentencia favorable a Juan en el juicio contra Pedro, muere éste, los herederos de Pedro no pueden iniciar otra

acción contra Juan, porque, aunque físicamente sean persona distinta de Pedro, sin embargo, hay una identidad subjetiva: ellos asumen la misma relación jurídica con Juan.

Acaece también el caso inverso, que un mismo individuo, puede asumir dos o más situaciones jurídicas distintas, como encarnando personas diversas desde el punto de vista jurídico. Así sucedería si Juan litigó con Pedro primeramente como simple particular, y luego intenta otra acción en su calidad de gerente de una sociedad y en representación de tal sociedad.

El Art. 347 del Código de Procedimiento Civil concede el derecho de apelar a "las partes que han intervenido en el juicio, y a los que tengan interés inmediato y directo en el pleito; como el comprador de una cosa raíz, cuando un tercero ha promovido pleito de propiedad al vendedor y ha obtenido sentencia favorable; o al contrario, si habiendo seguido pleito con el comprador, se declaró en la sentencia que la cosa pertenece al tercero que promovió el pleito, en cuyo caso puede apelar el vendedor que tuviere interés". Esto demuestra que también en el caso de la venta de una cosa, se establece una relación entre vendedor y comprador por razón de concomitancia de sus intereses y derechos, de modo que tanto el uno como el otro pueden intervenir en el juicio contra un tercero que pretende ser propietario de la cosa vendida; del mismo modo, el juicio seguido contra el uno, produce cosa juzgada respecto del otro, siempre naturalmente que existan también los otros elementos (objetivo y causal) de identidad.

También el Art. 359 del Código de Procedimiento Civil nos plantea otro caso de identidad personal: cuando varias personas intervienen en un juicio sobre un derecho común. Si el derecho es común pero divisible, "la apelación interpuesta por cualquiera de ellas no aprovecha ni perjudica a las demás", por consiguiente, si el derecho no es divisible (por ejemplo la hipoteca), la apelación aprovecha o perjudica a todas, y tenemos que concluir, que igualmente la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada aprovecha o perjudica a todas, y ninguna de ellas puede renovar el mismo litigio. Este segundo supuesto es la base del Art. 1.743 del Código Civil que dice: "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras"; es decir, que aquí no hay ningún género de representación ni de sustitución de personas, se trata de personas distintas y de acciones diversas.

En cambio, un ejemplo típico de identidad personal es el existente en el caso de subrogación. Hay subrogación, por ejemplo cuando el poseedor de una cosa hipotecada por otro paga la deuda asegurada con la hipoteca y asume así los derechos del acreedor hasta hacerlos valer contra el deudor (Art. 2.446 del Código Civil).

El usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación, representan en cierto modo al propietario, de modo que las acciones posesorias que se hayan seguido contra ellos o por ellos, obligan

al propietario, salvo en lo que se refieran al dominio mismo o a los derechos anexos al dominio (Art. 991 del Código Civil).

En cuanto a la identidad objetiva, se produce algo semejante a lo que acabamos de estudiar con la subjetiva: hay identidad objetiva cuando es uno mismo el objeto de derecho al que se refieren dos o más acciones. No la hay, cuando solamente existe una apariencia de objeto idéntico, o la simple materialidad de la misma cosa, como cuando dos personas han litigado por la propiedad de una casa, y luego se entabla una nueva y distinta acción por el derecho de habitación o de usufructo de la misma casa; aquí no hay identidad objetiva por más que los litigantes se refieren a la misma edificación.

Por el contrario, pueden parecer diversos objetos los que en realidad son uno solo, por ejemplo: 1) Si se pide lo mismo por medio de acciones distintas; 2) Si las partes intervienen en diversa calidad: como actor el demandado y viceversa; 3) Si el objeto de la primera demanda es la causa de la segunda (ejemplo, el título de heredero y la propiedad de una de las cosas heredadas); 4) Si la materia del litigio es una parte del otro (primero 1.000 sucres, y después 200).

El último de los ejemplos citados, es sin embargo un punto muy debatido; o sea que se discute si se puede presentar una nueva acción cuando el nuevo juicio es sobre una parte de la cosa demandada en el primero.

Más delicado es el problema de la identidad de *causa* o fundamento de la acción. Algunos autores comprenden este elemento en el objetivo, e incluso en algunos casos resueltos por la Corte Suprema parece que se sigue esta tendencia, pero más frecuente es que se distingan los dos elementos: el objetivo y el causal, y realmente, hay razón para hacerlo ya que no es lo mismo el derecho que el origen y fundamento del derecho.

El concepto mismo de la causa de la acción es un concepto discutido y en todo caso difícil de definir. Con facilidad se confunde la causa o fundamento de la acción con los medios de prueba. Y desde luego, si solamente se presentan nuevos medios probatorios, no puede volver a intentarse la misma acción.

Laurent se refiere a la causa de la acción en estos términos: "el hecho jurídico que es el fundamento del derecho".

Aubry y Rau, dicen en forma parecida: "el hecho jurídico que forma la base directa e indirecta del derecho o beneficio legal que una de las partes hace valer por vía de acción o de excepción".

También Demolombe y Zachariae coinciden en que la causa de la acción es el fundamento o base de la misma. Y Hugo Alsina sostiene que la causa no puede confundirse con el hecho origen del derecho del sujeto procesal, ni tampoco con la norma abstracta de la ley, porque la causa es el hecho jurídico que *se invoca* como fundamento de la acción.

Con mayor precisión distingue Borja los "fundamentos objeti-

vos" y los subjetivos, solamente los primeros son los que pasan en autoridad de cosa juzgada, y por consiguiente, aquellos que en caso de repetirse impiden que se posponga nuevamente la acción que es la misma, o en caso de variar determinan que se trata de una nueva acción, distinta, que sí puede tener éxito.

Descartados los fundamentos subjetivos, que la doctrina unánimemente excluye del concepto de identidad de acciones, encontramos, en cambio sólidos argumentos en nuestras leyes para sostener que los fundamentos objetivos sí entran en dicho concepto.

El inciso final del Art. 318 del Código de Procedimiento Civil dice: "Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma", y esto se afirma a propósito de la cosa juzgada, de cuándo hay dos litis idénticas por el triple elemento de sujetos, objeto y causa.

La identidad de dos juicios da origen también a la excepción de *litis pendencia,* y con toda claridad la Ley Orgánica de Hacienda en el literal b) del Art. 344 la define: "Litis pendencia, si está en trámite en el Tribunal Fiscal una demanda sobre el mismo asunto, por un crédito declarado *en virtud de igual causa,* contra la misma persona". De modo que juntamente con los otros dos elementos (subjetivo y objetivo), la igualdad de causa completa la identidad de dos acciones, necesaria para que haya litis pendencia, y del mismo modo necesaria para que haya cosa juzgada (si ya se ha dictado sentencia y se ha ejecutoriado).

También tenemos abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en igual sentido.

En cuanto a si la cosa juzgada puede aplicarse además de a las sentencias, a los autos y decretos, es cuestión discutida. Afirma Rivas: "Los autos se ejecutorían y tienen la autoridad de cosa juzgada con relación al trámite en todos los casos y, como los decretos, corren la suerte del proceso, esto es, pueden anularse si éste es declarado nulo. Los autos interlocutorios ofrecen aspectos muy interesantes para la ciencia y la práctica procesales: Se ejecutorían en todo caso con respecto a la ritualidad de los litigios, pero no en cuanto a la materia que han rozado al prejuzgar algo que corresponde a la sentencia, la cual, por otra parte, puede perfectamente decidir contra lo asentado por ellos". Ahora bien, yo creo que hay que distinguir netamente la ejecutoria de los autos, del efecto de cosa juzgada. La ejecutoria es en todo caso una condición necesaria para que una sentencia o un auto pueda producir cosa juzgada pero no es la misma cosa juzgada. Además, la ejecutoria de los autos, como lo reconoce el mismo doctor Rivas, puede ser alterada por la sentencia, es en cierto modo, pues, provisional. Propiamente sólo la sentencia produce cosa juzgada, y en cuanto la sentencia confirme los autos dictados en el mismo juicio, éstos alcanzan indirectamente un efecto similar al de cosa juzgada.

Hay ciertas materias que por su misma naturaleza no pueden pasar en autoridad de cosa juzgada. El caso más típico es el de los

juicios de alimentos. "Las resoluciones que se pronuncian sobre alimentos no causan ejecutoria" declara el Art. 785 del Código de Procedimiento Civil, y si no causa ejecutoria, tampoco pueden producir cosa juzgada.

En general tampoco los juicios de jurisdicción voluntaria pasan en autoridad de cosa juzgada.

Desde luego, el que no pasen en cosa juzgada las llamadas sentencias de jurisdicción voluntaria, no quita que ellas constituyan instrumentos públicos y que como tales tengan aquella validez probatoria que el derecho reconoce a los instrumentos públicos. Véase a este propósito el Art. 1.753 del Código Civil.

En cuanto a los fallos sobre estado civil, Planiol y Ripert anotan que las sentencias constitutivas (que pueden reemplazar la falta de acta, o al acta nula) sí pasan en cosa juzgada y son oponibles a terceros, mientras que las simplemente declarativas de estado civil no pasan en autoridad de cosa juzgada.

Nuestra legislación civil y procesal acepta el principio de que las sentencias en materia de estado civil no pasan en cosa juzgada salvo el caso de la declaración de la verdadera o falsa legitimidad del hijo (Art. 773 del Código de Procedimiento Civil y 354 del Código Civil, o de la maternidad disputada (id), pero esto trae consigo el efecto excepcional de que las correspondientes sentencias tienen eficacia "no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio sino respecto de todos". Es decir, que en estos casos, hay una excepción muy importante a la regla de la relatividad (relativa respecto a las partes) de las sentencias judiciales.

A su vez, existe una contraexcepción a este hecho de que las sentencias referentes a la legitimidad tienen valor frente a todos. El Art. 359 del Código Civil dispone: "A quien se presenta como verdadero padre o madre del que es reputado por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce, no podrá oponerse prescripción ni sentencia pronunciada en juicio seguido entre otras personas". O sea que en este caso volvemos a la regla general: las sentencias solamente tienen fuerza obligatoria en las causas en que se pronuncian y obligan a las partes que en ellas intervienen.

Otro caso en que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada tiene valor frente a terceros, es el señalado en el Art. 2.529 del Código Civil: "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sin la competente inscripción"; cumplido, pues ese requisito de la inscripción esas sentencias constituyen un título, y en cuanto título valen contra terceros, pudiendo sin embargo ser impugnadas como cualquier título, de modo que no se podría oponer al tercero reclamante la excepción de cosa juzgada, sino únicamente la sentencia en cuanto título impugnable.

También en materia penal el valor de la cosa juzgada se limita

por la necesidad de evitar en lo posible que se condene injustamente a un inocente. Para este efecto existe el recurso de revisión, que puede dejar insubsistente una sentencia ejecutoriada y que incluso se esté ya cumpliendo.

Para resguardar la estabilidad de la familia y evitar los juicios de divorcio con citación fraudulenta del demandado en un falso domicilio el Decreto Legislativo publicado en R. O. 78 de 9-II-62, permite proponer la acción de nulidad de la sentencia de divorcio ya ejecutoriada y aún ejecutada, mediante su inscripción en el Registro Civil. Es probablemente el único caso de sentencia civil ejecutada cuya nulidad pueda proponerse, además de las que vimos sobre paternidad, maternidad y filiación.

En cuanto al valor de cosa juzgada de una sentencia civil para los efectos penales, y viceversa, de una sentencia penal para lo civil, la regla muy clara está formulada por el Art. 30 del Código de Procedimiento Penal: "Las sentencias ejecutoriadas en juicio civil no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que recaigan en las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior.— Las sentencias ejecutoriadas en lo penal producen el efecto de cosa juzgada en lo concerniente a la acción civil, sólo cuando declaran que no existe la infracción o, cuando existiendo, declaran que el sindicado no es responsable de la misma".

CAPITULO III

VIGENCIA DE LA LEY

20.—Formación de las leyes

El proceso de la elaboración de la Ley tiene un trámite señalado por la Constitución de la República, y por eso se estudia detalladamente en el Derecho Constitucional.

En la formación de la Ley podemos distinguir las siguientes etapas o momentos: la iniciativa o presentación de un proyecto; la discusión legislativa, en el Congreso o en la Comisión Legislativa; la sanción por parte del Presidente de la República; y la promulgación y publicación.

La iniciativa o presentación de proyectos de Ley para la consideración del Congreso corresponde: a los legisladores, a las Comisiones, el Presidente de la República y a la Corte Suprema. Claro está que cualquier ciudadano puede dirigirse a uno o más de estos organismos o funcionarios o representantes y proponer privadamente un proyecto; pero la iniciativa legal corresponde a los nombrados. (Véase la Constitución Política, Art. 145).

Todos los proyectos, exceptuados los presentados por la Comisión Legislativa y los relativos a la aprobación de Tratados internacionales, se discuten primeramente en la Cámara de Diputados. En los casos exceptuados, la discusión se verifica en el Congreso en Pleno, o sea con las dos Cámaras reunidas.

Pero antes de entrar a discutir el proyecto la Cámara de Diputados o el Congreso Pleno, el proyecto pasa a estudio de una comisión para que informe acerca de la conveniencia o inconveniencia del proyecto (Art. 145). En caso de aprobación por la comisión el proyecto sigue su curso, pero si el informe es desfavorable el proyecto se archiva.

Los proyectos deben ser aprobados en la Cámara de Diputados en una discusión. Si no se aprueba, el proyecto es archivado; si se aprueba, pasa a la Cámara del Senado.

La Cámara del Senado debe también estudiar el proyecto en una discusión y si lo aprueba, termina así la fase legislativa, el proyecto está aprobado por el Congreso.

Si la Cámara del Senado rechazare, en todo o en parte, el proyecto venido de la Cámara de origen, o lo modificare, el Congreso Pleno dirime las divergencias (Art. 147).

La aprobación del Presupuesto, y de aquellas leyes originadas en la Comisión Legislativa, sigue otro trámite.

Terminada la fase legislativa con la aprobación de un proyecto, se envía al Presidente de la República para que lo sancione o lo objete. La sanción consiste en reconocer el valor de ley a un proyecto, por considerarlo constitucional y conveniente. Si el Presidente sanciona una Ley, debe también promulgarla y ordenar su publicación. Pero si el Presidente objeta el proyecto, debe volver a la Cámara de origen.

Si el Presidente no devolviere el proyecto sancionado u objetado, dentro de 15 días, o si no lo sancionare después de cumplidos los requisitos legales, el proyecto adquiere fuerza de Ley "por el ministerio de la Ley", es decir, sin necesidad de ningún nuevo acto, automáticamente (Art. 151).

Las objeciones del Presidente de la República pueden ser o por inconstitucionalidad del proyecto, o porque lo considera inconveniente (Art. 151).

Si el Presidente considera inconstitucional un proyecto, no solamente puede objetarlo, sino que *debe* hacerlo. En este caso, si el Congreso en Pleno acepta las objeciones del Presidente de la República, se archiva el proyecto.

Las objeciones fundadas solamente en la inconveniencia del proyecto, se resuelven por el Congreso Pleno en una sola discusión.

Un trámite diverso se sigue cuando los proyectos han sido elaborados por la Comisión Legislativa. En este caso el proyecto puede ser directamente sancionado por el Presidente de la República y adquiere el valor de Ley. Pero el Congreso Pleno en una sola discusión puede derogar las leyes así elaboradas (Art. 150).

La promulgación tiene por objeto hacer posible el conocimiento de la Ley por parte de todos los ciudadanos, o por lo menos por parte de quienes deben cumplir la Ley. El término mismo de "promulgación", revela por su etimología (de "pro vulgare"; hacer vulgar, poner al alcance de todos), la finalidad de dicho acto.

De la promulgación y de la publicación de la Ley, últimos actos de la formación de la Ley, tratan los Arts. 5 y 6 del Código Civil, y merecen especial comentario.

21.—Entrada en vigencia de la Ley

La Constitución de la República establece en el Art. 152 que: "Las leyes no obligan sino después de su promulgación, en el Registro Oficial". Estos conceptos se desarrollan y precisan en los Arts. 5 y 6 del Código Civil:

Art. 5.— "La Ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho Registro.

La promulgación de las leyes, decretos y acuerdos relacionados con la defensa militar nacional del país, que fueren considerados como secretos, se hará en el Registro Oficial, en los talleres gráficos del Ministerio de Defensa Nacional, en una edición especial de numeración exclusiva, en el número que determine el Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas.

La responsabilidad legal, inclusive la militar, por la edición, reparto, tenencia y conservación de los ejemplares del Registro Oficial publicados conforme al inciso anterior, corresponden al Jefe de Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas.

Art. 6.— "En el cantón a que pertenece la Capital de la República, se entenderá que la ley es conocida de todos, y será obligatoria después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; y en cualquier otro cantón, después de estos seis días, y uno más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos cantones.

Podrá, sin embargo, restringirse o ampliarse este plazo en la misma ley, designando otro especial."

En primer término conviene aclarar los términos "promulgación" y "publicación". Don Luis Felipe Borja dice: "...sabido es que entre una y otra hay notable diferencia. La *promulgación* consiste en que el Poder Ejecutivo reconozca que la ley encierra los requisitos esen-

ciales puntualizados en la Constitución, y ordene que la ley se ejecute. La *publicación* es el acto de notificar la ley a todos los habitantes del Estado".

Alessandri y Somarriva definen la promulgación como: "acto por el cual el Jefe del Estado atestigua al cuerpo social la existencia de la ley y ordena su ejecución".

De estas definiciones podemos sacar en limpio que la promulgación tiene por objeto cumplir una doble función: certificar la existencia de la ley y hacerla cognoscible. Por eso, la publicación de la ley es un acto íntimamente unido con la promulgación; más aún es la consecuencia necesaria, y muchas veces, también el medio de promulgar la Ley.

Nuestro Código Civil, precisamente dice que la promulgación "deberá hacerse en el Registro Oficial" (Art. 5), de tal modo que se consideran una misma cosa promulgación y publicación. La publicación en el Registro Oficial es el medio necesario de promulgación de la Ley.

Así, pues, considero que solamente en abstracto, desde un punto de vista más bien lógico que práctico, se puede distinguir en nuestro país, y para los casos generales, la promulgación de la publicación. El Art. 152 de la nueva Constitución habla de "promulgación" en el Registro Oficial, identificando así la publicación con la promulgación.

Acabamos de indicar que una de las finalidades de la promulgación (mediante su consecuencia, la publicación), es dar a conocer la ley. Esto es algo exigido por la naturaleza misma de la norma jurídica, que tiene que ser pública, es decir, cognoscible, ya que regula los actos libres del hombre. Pero, de hecho, la promulgación en el Registro Oficial, puede, a veces, no ser medio suficiente para que realmente todos puedan llegar a conocimiento de la Ley. De aquí que se deba usar de los medios adecuados para que la ley sea realmente conocida. Desde un punto de vista de puro y estricto derecho, basta la publicación en el Registro Oficial, pero desde el ángulo de una buena administración, habrá que recurrir también a otros medios, como la difusión de la ley por medio de los periódicos de mayor circulación, los avisos por la radio, etc.

Una forma especial de publicidad de la Ley es el bando. El Diccionario de Legislación de Escriche lo define: "Es el anuncio público de una cosa, hecho por persona autorizada o por voz de pregonero". En nuestro país las convocatorias a toda elección popular deben hacerse mediante la publicación en el Registro Oficial, en los peródicos de mayor circulación, por bando y por carteles; debiendo emplearse todos aquellos medios acumulativamente.

Hay ciertas disposiciones que por su carácter mismo exigen cierta reserva o secreto: son las que atañen a la defensa militar del país. Podrían perder su eficacia o convertirse en peligrosas si fueran conocidas por todos, y particularmente por un país enemigo. Pero, co-

mo por otra parte, para ejecutarse tienen que ser conocidas por algunas personas —particularmente por los miembros de las Fuerzas Armadas—, se ha introducido en nuestro Código los incisos tercero y cuarto del Art. 5, que establecen aquella forma especial de promulgación, en una edición reservada y con especial numeración del Registro Oficial, edición de circulación rigurosamente controlada por el Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas. Esta forma original de promulgación, fue establecida por Decreto Legislativo de 3 de Noviembre de 1954 que entró en vigencia por el Ministerio de la Ley.

Antes de que se introdujera aquella reforma, o se agregaran los dos últimos incisos del Art. 5, teníamos ya una disposición similar, pero no idéntica, en la Ley de Régimen Administrativo cuyo Art. 45 autoriza a "guardar reserva" sobre "los cambios en el servicio de las Fuerzas Armadas". Como se ve, esta regla se refiere más estrictamente a las disposiciones de carácter administrativo: cambios de personal, y no a las leyes, de tal modo que esa amplia facultad de guardar reserva no debe considerarse derogada por las reformas al Art. 5 que ordena publicar en la forma estudiada "las leyes, *decretos* y *acuerdos* relacionados con la defensa militar".

También las ordenanzas municipales requieren, como las leyes, sanción y promulgación. La sanción corresponde al Jefe Político del respectivo Cantón (Art. 86 de la Ley de Régimen Municipal). En cuanto a la publicación, puede realizarse por bando o por la imprenta (Art. 91 de la Ley de Régimen Municipal).

Una Ley que tiene reglas especiales sobre su entrada en vigencia es la de Presupuesto Nacional. Luego de su trámite de formación, que también es peculiar, debe entrar en vigencia el primer día del año fiscal siguiente al de su aprobación, y su duración normal es únicamente de un año (Art. 166 de la Constitución Política).

Toda norma de orden más o menos general requiere publicación, como la ley, para ser obligatoria. El Art. 136 de la Ley de Régimen Administrativo (a diferencia de la Constitución y del Código Civil), se refiere a la promulgación de "toda ley, decreto, acuerdo o resolución del Congreso, del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, del Consejo Nacional de Economía y del Consejo de Estado". Y aún esta enumeración es incompleta: ya hemos visto que también debe publicarse en el Registro Oficial la convocatoria a elecciones; igualmente deben publicarse las resoluciones de carácter generalmente obligatorio de la Corte Suprema, o del Tribunal Supremo Electoral, y las leyes y codificaciones de la Comisión Legislativa.

Las disposiciones de orden puramente administrativo, que no tengan obligatoriedad general, como las instrucciones a determinados funcionarios, las circulares, etc., no deben publicarse normalmente. Pero el Art. 375 de la Ley Orgánica de Hacienda establece que los reglamentos y disposiciones generales del Ministerio del Tesoro "serán obligatorios solamente desde su publicación en el Registro Oficial". Esas disposiciones habitualmente tendrán carácter general, pero tam-

bien pueden ser de índole más restringida: para determinados grupos de personas (por ejemplo, importadores, recaudadores de impuestos, etc.), y en todos estos casos se deben publicar, o sea que solamente se excluyen las resoluciones de carácter netamente particular o individual.

En períodos de gobiernos dictatoriales o *de facto* se han promulgado en el Ecuador algunas leyes mediante su publicación en periódicos diarios, u otras publicaciones distintas del Registro Oficial, ocasionando así graves consecuencias de inseguridad respecto del derecho vigente. Pero terminados los períodos dictatoriales, las Asambleas Nacionales que los han sucedido han solido sanar aquellas irregularidades y declarar la plena vigencia de tales decretos-leyes.

22.—*Vacancia de la Ley*

Publicada la Ley queda en disposición de poder ser conocida por todos, pero naturalmente este conocimiento necesita de un cierto tiempo. Por esto, después de la publicación transcurre el período llamado de la *vacancia* o *vacación* de la Ley.

Este período de vacancia de la ley puede ser uniforme para todo el territorio del Estado, o más o menos largo según la situación de las diversas localidades. Como la publicación se hace en la Capital de la República, no en todo el territorio nacional se está en posibilidad de conocer al mismo tiempo el contenido de la Ley. Ese progresivo conocimiento de la Ley era mucho más notorio cuando no existían los modernos medios de comunicación. Pensemos que cuando se promulgó el Código Civil, las publicaciones oficiales debían llegar a las provincias más apartadas al cabo de un mes o más.

Para obviar esas dificultades se ha establecido el sistema de la entrada en vigencia no simultáneamente en el territorio de todo el Estado sino sucesivamente en sus varias circunscripciones.

Pero el sistema de la vigencia sucesiva de la Ley tiene también graves inconvenientes. Uno de ellos consiste en que se facilita el fraude de la Ley, o sea la posibilidad de eludir su cumplimiento desplazándose de un lugar a otro, cuando ya se conoce realmente la nueva Ley pero para "viajar más rápidamente que la ley", y realizar ciertos actos o contratos en un lugar donde todavía no rige la Ley, por estar distante de la Capital de la República.

Nuestro Código ha conciliado los dos sistemas, estableciendo como sistema normal el de la vigencia sucesiva, pero permitiendo que en la misma Ley se disponga otra cosa.

El Art. 6 del Código Civil permite también ampliar o restringir el plazo de vacancia de la Ley. Cuando se trata de leyes muy extensas o complicadas es deseable que el Legislador disponga un plazo de vacancia más largo; una ley de la extensión y complejidad del Código Civil, por ejemplo, debe tener un plazo de vacancia largo, como puede

ser el de un año o más. En cambio, ciertas medidas, sobre todo de carácter económico deben entrar en vigencia inmediatamente después de su publicación, porque de otro modo se prestan para especulaciones deshonestas o perjudiciales para el país.

Se ha planteado el problema de si se puede suprimir totalmente el plazo de vacancia de la ley, ya que el Art. 6 consiente solamente "restringir o ampliar el plazo, designando otro especial". Suprimir el plazo de vacancia no es designar otro, ni es restringir el desconocer todo plazo. Sin embargo la práctica legislativa ampliamente usada y abusada en el Ecuador, permite con frecuencia promulgar leyes cuya entrada en vigencia coincide con la fecha de su publicación en el Registro Oficial. Es de desear que no continúe esta práctica que no se compadece con el espíritu ni con el tenor literal del Art. 6 del Código Civil.

El sistema de vigencia sucesiva según nuestro Código, significa que en cada cantón de la República las leyes pueden entrar a regir en días distintos, según su distancia de la ciudad de Quito, Capital de la República (Art. 8 de la Constitución). Pero, ¿cómo se aplicará esta norma a aquellas relaciones jurídicas que pueden afectar al territorio de más de un cantón? Por ejemplo, si se vende una hacienda situada en dos cantones, y la ley que se relaciona a estos actos entra en vigencia primero en el un cantón y días después en el otro; o si se abre una sucesión de un individuo que muere en un cantón y deja bienes sucesorios en varios cantones.

No hay regla alguna al respecto, pero parece lógico que si la nueva ley afecta a relaciones jurídicas de carácter universal, y que tengan efectos en varios lugares del país, se deba considerar uno solo como punto de referencia, probablemente el del domicilio del causante (en el caso de herencias), o del interesado en otros casos. Si en cambio, no se trata de relaciones de índole universal, la vigencia de la ley debe seguir rigurosamente la regla sucesiva. Don Luis Felipe Borja opina prácticamente en este sentido, aunque él distingue específicamente el caso de las herencias, de todos los demás. Claro está que la herencia es el caso más representativo de las relaciones jurídicas de carácter universal, pero existen también otras, por ejemplo, las que se originan en una declaración de quiebra o concurso de acreedores, etc., por eso, prefiero distinguir las relaciones universales de las demás.

Claro Solar sobre esta materia dice que "Dentro del territorio chileno en que la ley va siendo obligatoria progresivamente, no debe tampoco atenderse al domicilio de la persona para determinar si la ley le es o no aplicable en otra localidad en que se encuentre accidentalmente y en la cual la ley es ya obligatoria, salvo en aquellos casos en que el derecho exige expresamente la aplicación de la ley del domicilio". Un ejemplo de tales casos tendríamos en la presentación de la demanda de divorcio, o en las ceremonias del matrimonio que deben realizarse en el domicilio de uno de los contrayentes (Art. 115 del Código Civil).

23.—Presunción de conocimiento de la ley

El Art. 6 del Código Civil dice que después del plazo de vacancia, "se entenderá que la ley es conocida de todos, y será obligatoria".

El Art. 13 del Código Civil por su parte declara que la ignorancia de la ley "no excusa a persona alguna". Esto es una consecuencia de la presunción de conocimiento universal de la Ley después de la promulgación y vacancia respectivas. Sin embargo, más que presunción debe hablarse de "ficción", ya que la realidad es muy diversa: pocos son los que conocen todas las leyes, y muchos menos los que las conocen con exactitud. Luego, el legislador no puede suponer (presumir) que todos los habitantes de la República conocen una ley, y menos aún que conozcan todas las leyes.

Quizá más exacto sea decir simplemente que cumplidos los requisitos que hacen posible el conocimiento de la Ley, ésta tiene que entrar en vigencia porque ya reune las condiciones que su naturaleza exige. La ley es una norma para seres racionales y libres, que tienen que conocer la norma para poder acatarla, pero el poder público no puede descender al plano de cada conciencia individual a averiguar si realmente conoce o no una ley; la función propia de la autoridad es la de crear circunstancias que hagan posible el conocimiento de la ley, creadas esas circunstancias, la ley debe entrar en vigencia.

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

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

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

A propósito de la posesión establece el Art. 745 del Código Civil que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". De modo que ese error vicia de mala fe la posesión, con todas sus consecuencias.

En el Art. 1.505 del mismo Código Civil, en el Título referente a los actos y declaraciones de voluntad (Título II del Libro IV), dice: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento";

de tal forma que los actos realizados con dicho error no son de suyo nulos sino válidos.

En cambio, el Art. 1.736 establece que aquel que ha ejecutado un acto o contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", no puede alegar la nulidad. Por consiguiente aquel que realmente ignoraba el vicio y no estaba obligado a conocerlo, sí puede alegar la nulidad demostrando su ignorancia. En este caso, la demostración del desconocimiento del vicio (desconocimiento de la ley que reconoce tal vicio), no trae consigo la excusa del cumplimiento de la ley, sino precisamente que la ley se cumpla, aplicándose la sanción de nulidad.

El caso del matrimonio putativo (Art. 107 del Código Civil) es otro, semejante, aunque muy debatido, porque se discute si el error con justa causa que da origen a ese matrimonio, puede ser un error de derecho, o si solamente se debe entender del error de hecho.

El caso más típico, quizá, es el previsto en el Art. 2.314 del Código Civil: "Se podrá repetir" (o sea volver a pedir) "lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural". También aquí el derecho de pedir la devolución de lo indebidamente pagado, no significa excusa del cumplimiento de la ley, sino precisamente tutela de la justicia, cumplimiento del derecho evitándose el injusto enriquecimiento del que recibió algo sin tener derecho y aprovechando de la ignorancia de quien pagó o entregó. Un ejemplo concreto en el que se aplica esta doctrina, tenemos en el Art. 124 de la Ley del Seguro Social Obligatorio: Las Cajas están obligadas a reintegrar el monto total de los aportes pagados indebidamente por los socios, accionistas y copropietarios de empresas que no están obligados a aportar al Seguro Social.

24.—*Vigencia de la Ley en el extranjero, y de leyes extranjeras*

Todo lo que he venido diciendo sobre la promulgación y conocimiento de la Ley, se refiere a las leyes ecuatorianas y en el territorio nacional. Pero se presentan dos fenómenos que plantean otros tantos problemas: la extraterritorialidad de las leyes ecuatorianas o sea su aplicación fuera del territorio nacional, y la extraterritorialidad de las leyes extranjeras, o sea su posible aplicación en Ecuador.

No hay disposición que indique el momento en que la Ley ecuatoriana comienza a regir en el extranjero, cuando debe aplicarse fuera de nuestro territorio.

Un ejemplo relativamente reciente tenemos en el Decreto Legislativo de 11 de octubre de 1956 (R. O. 53 de 6-XI-56) que abolió los testamentos verbales. Esos testamento podían verificarse según nuestra ley también en territorio extranjero o en alta mar, pero ¿desde qué momento dejó de existir esa posibilidad?, o sea, ¿cuándo entró en vigencia fuera del Ecuador esa ley que derogaba los testamentos verbales?

Oigamos sobre este asunto al gran comentarista chileno Luis Claro Solar: "81.— Se pregunta si la presunción puede extenderse fuera del territorio del país. Muchos autores piensan que ella es inaplicable a todos aquellos extranjeros o nacionales que no residen en el territorio al tiempo de la publicación, que no han tenido medio de conocer la ley. Se dice que a falta de presunción aplicable, corresponderá al juez en este caso determinar, según las circunstancias de la causa, como por ejemplo, la llegada del Diario Oficial al lugar en que se ha realizado el acto litigioso.— Esta doctrina ha sido consagrada recientemente, según Baudry-Lacantinerie por la jurisprudencia francesa; pero él mismo reconoce que tiene serios inconvenientes y observa que las leyes de policía y seguridad, por ejemplo, se imponen en Francia al extranjero que no las conoce, desde que entró en Francia.— Nosotros creemos que la promulgación de las leyes según nuestro Código Civil es más territorial que personal, es decir, que no se atiende a la residencia actual de la persona para determinar la vigencia de la ley, sino a si ella ha quedado o no publicada en el territorio".

Como nos encontramos ante una verdadera laguna de la Ley, que nada dice al respecto y tampoco he encontrado jurisprudencia ecuatoriana, considero que bien se puede resolver el problema de conformidad con la doctrina del ilustre comentarista chileno. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, la presunción debe ceder ante la realidad: si la ley es conocida en el extranjero y consta que realmente lo es, no habría fundamento para no aplicarla. Sería ridículo querer calcular hoy día cuantos días de vacancia debe reconocerse a una ley para que sea aplicada en otro continente, a muchos miles de kilómetros, si se tiene en cuenta que en tan remoto lugar puede tenerse noticia de la ley el mismo día de su promulgación en Quito. Igualmente, si consta lo contrario, o sea que ha sido imposible conocer la ley en un lugar del extranjero, lo más humano parece no urgir su cumplimiento. El problema es, pues, más bien de prueba.

En cuanto a la hipótesis de la aplicación de las leyes extranjeras en nuestro territorio, tampoco tenemos una disposición legal que establezca algo sobre el momento en que empiezan a regir, pero por lo menos se puede deducirlo de lo que ordena el Art. 210 del Código de Procedimiento Civil: esas leyes extranjeras para hacerlas valer en el Ecuador tienen que presentarse autenticadas; y la certificación del respectivo agente diplomático se considerará prueba fehaciente. Tal certificación debe comprender la de la *vigencia* de la ley en el país extranjero, y no solamente el texto o tenor literal. De tal modo que, esas leyes pueden aplicarse en el Ecuador solamente sobre la base de que hayan entrado en vigencia en el país de origen, y se pueden alegar en juicios en nuestra Patria una vez que se presente el texto autenticado.

Un caso muy especial es el de las leyes eclesiásticas. Siendo la Iglesia Católica una sociedad universal, sus disposiciones pueden dirigirse a los fieles de todo el mundo o de una parte. El sistema normal aceptado por el Código de Derecho Canónico es el de que las leyes

eclesiásticas generales entran en vigencia en todo el mundo simultáneamente después de tres meses (plazo de vacancia), de la publicación en "Acta Apostólica Sedis". El plazo de vacancia puede también ampliarse o restringirse, sea para todo el mundo o para determinadas regiones. Desde luego, las disposiciones de carácter local —principalmente diocesanas— siguen reglas especiales pero análogas; normalmente en cada diócesis hay un diario oficial en el que se publican las disposiciones de carácter general.

25.—Derogación de las leyes

Una de las características de la ley es la permanencia. En términos generales, las leyes deben regir indefinidamente, son normas perpetuas.

Pero en muchos casos el legislador considera conveniente derogar una ley, o sea, quitarle su vigencia. La derogación es la terminación de la vigencia normal de la ley.

¿Por qué se derogan las leyes? Bien porque se las llega a considerar inconvenientes, bien porque se las quiere reemplazar por otras teóricamente más perfectas o mejor adaptadas a las circunstancias. A veces cambian sustancialmente las condiciones que movieron a dictar una ley y ésta llega a ser perjudicial o injusta; esto se produce con relativa frecuencia en materia de leyes económicas. También puede responder la derogación de una ley a una evolución espiritual del país o de los conceptos que animan al legislador, sea porque se proponen ideales más altos (por ejemplo, en materia de educación, de justicia social, de robustecimiento de la familia, etc.), o bien por una relajación de costumbres que envuelva también a quienes hacen las leyes (ejemplo típico, las facilidades para el divorcio en el Ecuador).

Para desarrollar esta materia, tengamos primeramente en cuenta las disposiciones del Código Civil:

Art. 42.— La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Art. 43.— La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

Art. 44.— La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa.

Hoy no se distingue entre derogación y abrogación. En el Digesto se encuentra esta cita de Modestino: "Se deroga la ley o se abro-

ga; se deroga cuando se quita alguna parte de ella; se abroga, cuando enteramente se quita".

En todo caso, la derogación es un acto propiamente legislativo, pues modifica el derecho positivo vigente.

Normalmente debe seguirse el mismo trámite que para la expedición de una ley.

Sin embargo, en tal o cual caso el procedimiento es diverso:

Para derogar leyes que establecen ingresos comprendidos en el Presupuesto vigente o en el dictado para el siguiente año fiscal, se requiere reemplazar tales ingresos por otros.

Las resoluciones de carácter general de la Corte Suprema, se derogan por el Congreso Pleno en una sola discusión, lo mismo sucede con las leyes y las codificaciones de la Comisión Legislativa.

El Art. 4 de la Ley de Régimen Administrativo concede a la Comisión Legislativa amplísimas facultades para codificar las leyes, teniendo en cuenta las derogaciones expresas y tácitas. Ahora bien, el interpretar cuándo hay derogación tácita constituye una atribución verdaderamente legislativa, de creación de derecho. Además, en el literal c) de ese artículo se dice: "hará los cambios que la derogación o la reforma exija", y en el literal d): "hará los cambios *de forma* que estime convenientes, sin alterar el fondo de la disposición legal", luego, el literal c) se refiere a algo más que a la simple forma, pues de otro modo el literal d) repetiría lo mismo, y no se puede suponer que el legislador haya querido decir dos veces la misma cosa en un mismo artículo de la ley.

La Constitución de la República deroga toda disposición legal anterior, en una forma amplísima, que comprende tanto las leyes generales como las especiales y cualquier otra norma jurídica que pudiera oponerse a ella.

Los Tratados Internacionales, al ser aprobados y promulgados, constituyen una Ley de la República, y por lo mismo pueden derogar otras leyes. La doctrina jurídica suele reconocer a los tratados el carácter de leyes constitucionales, porque comprometen el crédito de la Nación, y si se acepta este principio, entonces su fuerza derogante sería aún mayor, similar a la de la propia Constitución.

"Las leyes —dice Alessandri— pueden derogarse sólo por otras de igual o superior jerarquía. Una ley ordinaria puede ser derogada por otra ley ordinaria o por una constitucional, pero no por un reglamento".

Supuesta la igualdad jerárquica de unas leyes, hay que tomar en cuenta su carácter de leyes generales o especiales, para determinar si una puede derogar a otra.

Mediante derogación expresa, cualquier ley puede derogar a otra (siempre supuesta la regla de la jerarquía, ya enunciada).

En cambio, la derogación tácita solamente se produce respecto de disposiciones igualmente generales o más generales. Una ley general no puede derogar tácitamente a una disposición especial. La razón

de este fenómeno está en que cualquier disposición jurídica especial tiene cierto carácter excepcional por el cual prevalece.

Por consiguiente puede haber derogación tácita: de una ley especial por otra especial; de una ley general por otra general; de una ley general por una especial. Pero nunca puede una ley general derogar tácitamente a una ley especial. Puede sí derogar expresamente.

A veces resulta difícil determinar qué disposición legal tiene carácter más especial, y por tanto deba prevalecer. Otras veces la propia ley se encarga de definir su índole especial o especialísima. Un caso muy típico, tenemos en el Art. 86 del Código de Menores: "En el caso de oposición con otras leyes, tendrán aplicación preferente las disposiciones de este Código, aunque se alegue que esta ley no las ha derogado"; esto equivale a declarar el carácter especialísimo del Código de Menores, y por tanto su fuerza para derogar tácitamente incluso otras leyes especiales.

Como hemos visto, (Art. 42 del Código Civil), la derogación de una ley puede ser total o parcial. Ahora bien, existe un principio que podríamos llamar de "economía legislativa", y que se formula en el Art. 43, por el cual, en la derogación tácita, quedan vigentes en las leyes anteriores todo lo que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

Parece, pues, lógico concluir que en nuestro sistema jurídico, no cabe la llamada "derogación orgánica". Esta consiste en considerar derogadas todas las disposiciones sobre una materia cuando el legislador dicta una nueva ley que trata sobre todos los puntos que comprende tal materia, aunque no haya oposición entre las nuevas y las antiguas disposiciones.

Otro problema se presenta cuando el legislador emplea ciertas fórmulas poco precisas. Es muy frecuente el uso de esta redacción: "quedan derogadas todas las leyes que se oponen a la presente". En tal caso se discute si aquello es una derogación expresa (porque se formula el deseo de derogar), o tácita (porque no se enumeran las disposiciones afectadas con la derogatoria).

Si, como parece razonable, se considera que cuando el legislador emplea aquellas expresiones vagas, no hay derogación expresa de ley alguna, sino solamente tácita, se entiende que quedan en vigencia las leyes especiales y todo lo que no sea incompatible con la nueva ley tanto en las especiales como también en las generales. Resulta por consiguiente de gran trascendencia la clasificación de una derogación entre las expresas o las tácitas.

Otra cuestión debatida es la de si la ley derogada vuelve a entrar en vigencia si a su vez se deroga la que originó la derogación de la primera. Generalmente se admite que no existe ese fenómeno de reviviscencia de la ley ya derogada. Se requeriría, en todo caso que el legislador expresamente pusiera nuevamente en vigor la ley antigua, es decir que volviera a legislar.

26.—Otras formas de terminación de la vigencia de la ley

Ciertas leyes se dictan para regir durante un determinado plazo. El ejemplo más característico es el de la Ley de Presupuesto del Estado, cuya vigencia normal es de un año. Transcurrido ese tiempo, termina su vigencia, sin necesidad de acto expreso de derogación. Otro caso, similar es el de ciertos impuestos, tasas y contribuciones especiales cuya vigencia se predetermina para cierto tiempo, por ejemplo, la contribución especial para la pavimentación de las calles de Quito, rige por diez años.

También ciertas circunstancias que originan la vigencia de una ley, pueden ser condicionantes de tal vigencia, de modo que al desaparecer o cambiar acarreen la cesación de dicha vigencia: son las disposiciones legales propias de períodos o situaciones de emergencia. La Constitución de la República concede al Presidente de la República facultades extraordinarias en caso de estado de sitio (Arts. 185 a 189), y deben cesar en cuanto desaparezcan las circunstancias anómalas que justifican esos poderes extraordinarios.

No se puede admitir, en cambio en nuestra República la terminación de las leyes por "desuso", como sucedía en Roma.

Finalmente nos toca examinar, aunque sea brevemente, el problema de la llamada "ruptura de la Constitución", o "ruptura del orden jurídico constituído".

Considero indispensable distinguir dos casos muy diversos, que sin embargo se tiende a confundir: Por una parte puede haber una violación de alguna norma constitucional por parte del Jefe del Estado, del Congreso, o de otro organismo o funcionario; y por otra parte, se puede producir un desconocimiento formal de la vigencia de la Constitución.

En el primer caso se debe examinar el valor y trascendencia del precepto transgredido, ya que hay que aceptar que no toda regla constitucional tiene igual valor: algunas son propiamente constitutivas, afectan a la estructura del Estado o a las garantías fundamentales, mientras que otras no pasan de ser normas de trámite más propias de una ley secundaria o de un simple reglamento. Así, pues, no puede hablarse de ruptura del orden constituído por la violación de una de estas últimas leyes. Si la transgresión afecta a una norma propiamente constitucional de primera importancia, muchas veces tampoco se podrá considerar destruído el orden constitucional, puesto que la misma Carta Política prevé esa posibilidad y establece los medios para sancionar tales hechos. Solamente, en contados casos, una desobediencia a un precepto constitucional se puede considerar como voluntad expresa de desconocer la vigencia de la Constitución misma: por ejemplo, si se impide sistemáticamente o definitivamente la reunión del Congreso Nacional.

El caso del desconocimiento formal de la Constitución por parte de un gobierno de facto, no deja, en cambio, lugar a dudas: en esas

circunstancias no puede considerarse vigente la Carta Política, si bien la Constitución de 1967 declara que "no perderá su vigencia, aún cuando por rebelión o acto de fuerza, dejare de observarse".

Más confusas y difíciles de determinar son las situaciones jurídicas que se crean cuando se declara vigente una Constitución en forma condicional, como lo hizo la Junta Militar surgida el 11 de julio de 1963: está "vigente" la Constitución de 1946 pero "en cuanto no se oponga a los objetivos del movimiento". Claro está que nos encontrábamos ante una vigencia más aparente que real de la Carta Política, ya que solamente la misma Junta Militar podía definir cuáles eran sus objetivos, y hasta qué punto se oponían a los preceptos constitucionales.

Ahora bien, en cualquiera de los casos examinados, no se puede concluir que dejen de tener vigencia las demás leyes, aunque la Constitución no esté vigente y sea ella la norma jurídica fundamental. Particularmente las leyes civiles, no dejan de regir durante los gobiernos *de facto*. Esta doctrina generalmente aceptada, se confirma también por la jurisprudencia.

CAPITULO IV

EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO

27.—*Efecto normal de la ley en el tiempo*

Hemos estudiado en el capítulo anterior que las leyes comienzan a regir, esto es a obligar, después de su promulgación, una vez que ha transcurrido íntegramente el plazo de vacancia, y termina su vigencia, normalmente, por la derogación, y en ciertos otros casos especiales que en último término se reducen a formas anómalas de derogación.

Entre el momento de la entrada en vigencia y el de la derogación se desarrolla el vigor o fuerza obligatoria normal de la ley.

Se desprende de la naturaleza misma de la ley esta característica de ser norma de los actos futuros, es decir, de los actos subsiguientes a su entrada en vigencia. Efectivamente, si la ley es regla de los actos libres del hombre, debe ser por lo mismo regla preexistente, que puede ser previamente conocida. Si la ley se creara a posteriori, —después de que el individuo ha actuado—, no se podría conocer previamente, no se podría dirigir la conducta de conformidad con una norma todavía no formulada.

Esta característica de la ley, consistente en que rige para lo venidero, para lo futuro, se llama irretroactividad de la ley o no retroactividad.

Se dice que la ley es irretroactiva porque su acción no se ex-

tiende normalmente a hechos, actos o situaciones anteriores al momento en que la ley entró en vigencia.

Las leyes no tienen normalmente efecto retroactivo porque si lo tuvieran dejarían de ser aquella norma racional que debe ser previamente conocida. Además, la irretroactividad de la ley es una garantía de seguridad y estabilidad de los derechos: quien ha actuado de conformidad con la ley vigente, no tiene que preocuparse por unos posibles cambios que posteriormente pueda sufrir la legislación.

La irretroactividad de la ley es una garantía admitida por todo derecho civilizado.

En nuestro Código Civil se declara este efecto normal de las leyes en el Art. 7, y se dan normas para resolver los conflictos que se pueden presentar por la existencia de varias leyes sucesivas en el tiempo sobre una misma materia:

Art. 7.— "La Ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:"

(Y siguen a continuación 25 reglas que estudiaremos detalladamente más adelante).

Si bien la regla general es, pues, la de que la ley tiene efecto en el tiempo subsiguiente a su expedición, se dan ciertos casos en que la ley incide sobre hechos más o menos anteriores a su entrada en vigencia. Se produce este fenómeno excepcional de la retroactividad de la ley sobre todo cuando una nueva ley sustituye a otra anterior. Más raro es el caso de una ley que por primera vez legisle una materia enteramente nueva, pues, siempre en una forma u otra las relaciones jurídicas están reguladas por alguna ley.

Naturalmente que la nueva ley no puede hacer que cambie la entidad física de los hechos pasados: no se puede hacer que no sea algo que ya fue, .o que sea de manera distinta. Pero sí puede suceder que la nueva ley *valore* de modo distinto los hechos pasados, por ejemplo, que se considere lícito algo que antes no se calificaba como tal, o que un acto válido se aprecie ahora como nulo, etc. En estos casos, la ley incide sobre el pasado; no obra como normalmente lo hace sino en forma retroactiva.

Se distinguen dos grados de retroactividad posible: Una ley puede tener efectos retroactivos no sólo cuando subordina a sus disposiciones hechos pasados, completamente acabados ya, sino también cuando entra a regir las consecuencias aún pendientes de esos actos. El primer grado de retroactividad sería el más violento y expoliatorio. Equivaldría a suponer que lo pasado está aún por venir. Felizmente en la violencia de ese resultado está la garantía contra él: así es que en situaciones normales, y mientras prevalezcan en la sociedad principios de orden, de justicia y moderación, no debemos temer que se promulgue una ley de efectos tan perniciosos.

Claro Solar explica los dos grados de retroactividad con un ejemplo: "Una ley puede tener efecto retroactivo no sólo cuando se

impone exclusivamente sobre las consecuencias de los actos jurídicos anteriores, sino también cuando somete a su imperio el tiempo transcurrido entre los hechos jurídicos y la nueva ley. Así en un país en el que la tasa del interés es ilimitada, se hace un préstamo al 10%, y tres años más tarde se dicta una ley que prohibe los intereses superiores al 6%, el primer grado de retroactividad tendrá por efecto que el 4% excedente de la tasa legal no podría ser reclamado a partir de la nueva ley; pero el 4% devengado durante los tres años anteriores a la ley prohibitiva, sería adquirido y podría ser reclamado por el acreedor. El segundo grado de retroactividad tendría por efecto que el 4% de exceso al interés legal no podría ser exigido, ni en el porvenir, ni por lo que respecta a los tres años anteriores".

Podríamos decir que la retroactividad más grave es aquella en que la nueva ley afecta al valor jurídico del acto mismo realizado bajo el imperio de una ley anterior; mientras que si la nueva ley solamente modifica los efectos presentes o futuros de un acto anterior a la vigencia de la nueva ley, entonces la retroactividad es limitada, menos grave, y aún se puede considerar en ciertos casos que ya no es propiamente retroactividad.

Respecto de los efectos de una relación jurídica, que se producen después de la entrada en vigencia de una nueva ley, ésta puede en algunos casos afectarlos y en otros no, es decir, consentir en que se continúen rigiendo por la ley antigua. Pero si la nueva ley es la que rige los efectos de una relación jurídica que tuvo su comienzo o se perfeccionó bajo la ley antigua, no siempre se podrá decir que la nueva ley tiene efecto retroactivo. Propiamente, la nueva ley tiene efecto retroactivo, en la hipótesis expuesta, siempre y cuando la conexión causal entre los efectos producidos después de la ley y la relación jurídica anterior a la ley sea tal, que se pueda considerar que la nueva ley incide sobre la misma relación jurídica anterior. En cambio, si los efectos de esa relación jurídica anterior tienen un grado tal de independencia causal respecto de la relación jurídica que los originó, entonces, no existe propiamente retroactividad, porque la nueva ley no afecta a la relación jurídica anterior a la ley, sino únicamente a los efectos que se producen después de la ley.

Pero este planteamiento, que podríamos llamar filosófico de la retroactividad, no es suficiente para resolver en la práctica los problemas de la retroactividad de la ley, por eso los juristas se esfuerzan por precisar en qué casos existe propiamente retroactividad. Siguiendo la doctrina clásica, Claro Solar se expresa así: "La ley no produce efecto retroactivo por el sólo hecho de aplicarse a situaciones o relaciones anteriores, porque son únicamente consecuencias nuevas que gobierna por la circunstancia de realizarse bajo su imperio. Al contrario, será retroactiva cuando ataque derechos adquiridos, si lo que había sido adquirido es quitado por ella y perdido por aquel que lo tenía. En este sentido no es literalmente exacto decir que la ley dispone sólo para lo futuro, es decir, no es exacto que la ley sólo pueda regir los hechos

futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior, ella puede regir los hechos futuros que derivan o son la consecuencia de hechos pasados sin producir efecto retroactivo". Como ya expresé, no habrá efecto retroactivo si los nuevos hechos sometidos a la nueva ley no tienen una relación causal inmediata que los vincule con la relación jurídica originaria —anterior a la ley—, en forma de constituir un todo indivisible.

En cambio, las sentencias judiciales se retrotraen por regla general a la fecha de la citación de la demanda.

28.—El legislador y el juez ante la retroactividad

Hasta aquí hemos considerado la retroactividad desde un punto de vista abstracto, en cuanto principio jurídico generalmente admitido. Examinemos ahora cuál debe ser la conducta del legislador y la del juez frente a tal principio.

En algunos países existe un precepto constitucional que por lo tanto debe acatar el legislador, que prohibe dar efecto retroactivo a las leyes. En el Ecuador, la Constitución de 1967 prohibe dar efecto retroactivo a las leyes tributarias solamente (Art. 98).

Más aún, en el proyecto de Don Andrés Bello se decía: "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo", y esta fórmula tenía un carácter imperativo propio de un precepto constitucional: parecía dirigirse más bien al legislador; equivalía a decir: "jamás podrá el legislador dar efecto retroactivo a la ley".

Pero el texto del Código Civil Ecuatoriano, que se aparta en este punto del proyecto de Bello y del Código Chileno, para seguir más de cerca al Código Napoleón, contiene una regla para el juez y no para el legislador. En otras palabras, nuestro Art. 7, no prohibe al legislador dictar leyes con carácter retroactivo; cosa que, por otra parte, no podía impedir el Código Civil, ya que puede ser reformado por el legislador.

El legislador puede dar efecto retroactivo a las leyes. Existen sí algunos preceptos positivos que encauzan la labor legislativa impidiendo ciertos aspectos de la retroactividad. Así el Art. 16 de la Constitución garantiza los derechos adquiridos con relación a la nacionalidad adquirida bajo otra Constitución, el Art. 205 niega el carácter retroactivo de las resoluciones de carácter obligatorio de la Corte Suprema o del Congreso cuando deroga o modifica a aquellas, y el Art. 28 Nº 18 garantiza la irretroactividad de las leyes penales. Pero no existe ninguna disposición de carácter absoluto que prohiba al legislador dar efecto retroactivo a toda ley.

Aquella independencia del legislador frente a la retroactividad, sin embargo, no quiere decir que pueda moralmente dar efecto retroactivo a cualquier ley. Una de las características de la ley es la de ser justa, y muchas veces la retroactividad entraña una injusticia: cuando

la retroactividad afecta a derechos adquiridos y no hay una causa proporcionada para modificarlos, la injusticia es patente.

Se suele admitir que el legislador puede dar, y aún debe dar, efecto retroactivo a las leyes de orden público. A veces, se dice que toda ley de derecho público debe ser retroactiva. En realidad es más exacto sostener que son las leyes de "interés o de orden público" las que pueden tener efecto retroactivo.

En cuanto a la justificación de este efecto retroactivo de las leyes de "orden público", es muy variada, según la orientación ideológica de los diversos juristas.

No podemos admitir que tengan efecto retroactivo las leyes de orden público *porque* sean la más directa manifestación de la soberanía del Estado, considerada esta soberanía como un poder ilimitado. La soberanía es el poder de decidir en última instancia, pero no es ilimitada sino que se encuadra en el derecho natural, en la moral, en el respeto a los derechos de los otros Estados y entidades soberanas, y en el respeto a los derechos de la persona humana y de las asociaciones menores. Luego, el concepto de una soberanía absoluta —que es un concepto falso—, no puede servir de base para justificar la retroactividad de las leyes de orden público.

La razón de la retroactividad de las leyes de orden público consiste en que ellas miran al interés social aún por encima de los intereses particulares, y éstos tienen que limitarse por el bien común. Por consiguiente, si en el orden social hay una injusticia que aparta del cumplimiento del fin de la sociedad —del bien común—, debe corregirse de inmediato esa injusticia, aún afectando a los intereses individuales. Si un sistema es erróneo, vicioso, debe cambiarse sin esperar para ello que pase toda una generación. Es clásico el ejemplo de la abolición de la esclavitud.

Otro caso en que se admite que el legislador puede dar efecto retroactivo a la ley, se produce cuando dicta una ley interpretativa de otra anterior. En este supuesto, la nueva ley se entiende incorporada en la primera. La interpretación legislativa no hace sino aclarar el sentido verdadero de la ley anterior, y por eso es lógico que tenga efecto retroactivo. Desde luego ese efecto retroactivo en ningún caso puede afectar a las sentencias judiciales ya ejecutoriadas.

Otro aspecto que merece especial consideración es el de la irretroactividad y la retroactividad de las leyes penales. Por otra parte el precepto constitucional, obliga también al legislador, a no castigar a nadie por un delito que no existía configurado por una ley anterior a la comisión del acto que se pretende castigar. Aparte de esto, se considera como un principio de civilización jurídica universal, el de la no retroactividad de las leyes penales en cuanto hacen más grave la sanción, o más grave en cualquier forma la situación del delincuente (por ejemplo restringiendo los medios de defensa). En cambio se admite la retroactividad de cualquier ley penal que disminuya el rigor de la

pena o suprima figuras delictivas, o garantice más ampliamente la defensa del acusado de un delito.

Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando los principios de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede, en cambio dar ese efecto: 1) Cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) En las leyes penales que favorecen al reo; 4) En las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

Si se declara expresamente la retroactividad, ha de entenderse, además en sentido estricto, es decir, solamente hasta el punto rigurosamente necesario, sin extender de ningún modo la retroactividad ni más allá del límite temporal que el legislador haya puesto, ni a otras materias de las que el legislador ha querido aplicar dicho efecto excepcional.

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos.

En nuestro Código Civil, se dan 25 reglas para resolver los conflictos entre una ley anterior y otra posterior. Estas 25 reglas fueron dictadas al poco tiempo de la promulgación del Código Civil, y su intención fundamental fue la de coordinar el nuevo sistema civil que se iniciaba con el Código y las antiguas leyes españolas. Sin embargo, la forma, la redacción, de tales reglas del Art. 7, corresponde más bien a la de normas para resolver los conflictos de retroactividad de las leyes que en lo futuro se legislen.

Naturalmente, era muy difícil que el legislador con una especie de espíritu profético previera todos los cambios que en los años futuros iba a sufrir el Código Civil, y tenía que contentarse con señalar las grandes categorías de leyes. Quizá, el defecto de las 25 reglas esté precisamente en su excesiva minuciosidad, la cual proviene, como dejo dicho, de que esas reglas fueron propiamente de carácter transitorio (para ajustar la nueva legislación a las situaciones anteriores), y a la vez debían servir para casos futuros de conflictos de retroactividad.

Cuando el legislador no ha dictado normas transitorias ni ha resuelto en otra forma de un modo claro cuáles serán los efectos de una nueva ley, toca al juez interpretar para los casos particulares que se le presenten, cuál es el alcance de la ley en el tiempo. Entonces se plantea en el plano doctrinal la determinación de cuándo hay retroactividad, y cuándo no la hay. Para resolver estas cuestiones se han formulado muchas teorías, que podemos agrupar en dos: la teoría clá-

sica de los derechos adquiridos, y las más modernas, uno de cuyos representantes connotados es Roubier.

29.—Teoría clásica de la irretroactividad de la ley

Como ya insinué anteriormente, la irretroactividad de la ley tiene sus raíces en conceptos morales de seguridad y estabilidad inherentes a la regla de derecho. En el plano histórico, se puede encontrar el origen en el Derecho Romano. Pero sobre todo en la época de la elaboración del Código Napoleón, y en los años inmediatamente siguientes, el problema de la retroactividad de la ley preocupa notablemente a los juristas, y se procura explicar de varias maneras el fenómeno.

Se puede formular la doctrina clásica así: La ley no debe afectar a los derechos adquiridos y si lo hace tiene un efecto retroactivo ilícito o contrario a los principios; en cambio la ley sí puede afectar a las meras expectativas, y si lo hace esta especie de retroactividad es justa, lícita y propiamente no debe tacharse de retroactividad sino más bien de efecto inmediato de la ley.

El núcleo mismo de la teoría clásica radica en la determinación de qué cosa es un "derecho adquirido". Duvergier dice: "Son derechos adquiridos aquellos que pueden ejercerse actualmente, es decir, a los cuales, en caso de agresión o resistencia, el poder público debe protección, tanto para ponerlos a salvo de los ataques de un tercero, como para asegurar contra tales terceros toda su eficacia". El criterio para distinguir el derecho adquirido es, pues, claro y práctico: cuando algo puede ser defendido con una acción judicial actual, es un derecho adquirido. Nótese, el influjo romanista de esta concepción.

Merlin define en estos términos la naturaleza del derecho adquirido: "Aquel derecho que ha sido adquirido por alguien antes del hecho o acto que se le opone, para frustrar el goce de ese derecho; y en este sentido decimos que un derecho adquirido una vez por alguien no puede serle arrebatado sin su asentimiento, ni menoscabado o dañado por el hecho de un tercero". Hay que aceptar con ciertas reservas estos conceptos que dan un sentido demasiado absoluto a la voluntad privada y al derecho subjetivo. Efectivamente un derecho adquirido, bien puede sufrir menoscabo por un acto de un tercero, por ejemplo si éste lo adquiere por prescripción despojando así al primitivo dueño. Pero aparte de esto, en el fondo no se aleja de la definición de Duvergier, porque también Merlin hace referencia a la posibilidad de defender el derecho como una característica esencial del concepto de derecho adquirido.

Demolombe dice: "Es el derecho bien y debidamente hecho nuestro, con el que nos hallamos investidos, del que nos hemos apropiado, y que un tercero no podría arrebatárnoslo... En fin, pienso que cuando un hecho se ha consumado bajo el imperio de la antigua ley, la consecuencia de que este hecho ha sido el principio generador, la causa

eficiente y directa, forma principalmente lo que se llama un derecho adquirido". Como en los anteriores autores, también en Demolombe, encontramos pues, que para configurar el derecho adquirido se pone de relieve dos notas características, una que podríamos decir sustantiva: el hecho de que se hayan cumplido las condiciones exigidas por el orden jurídico para llegar a ser titular de tal derecho, y la otra, más bien adjetiva: que ese derecho esté tutelado por una acción judicial posible.

Gabba, que ha reelaborado la doctrina clásica, en cambio, pone el acento en la circunstancia de haberse cumplido los requisitos legales, y como consecuencia "haber entrado en el patrimonio" de una persona. Dice así: "Todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que rige otra ley".

D. Luis Felipe Borja, luego de examinar la dificultad de hallar una definición perfecta de los derechos adquiridos, ensaya más bien una enumeración de los casos en que éstos existen. "Conviniera, pues, enumerar los principales casos en que hay derecho adquirido, sin empeñarse en definiciones, que casi siempre son peligrosas en jurisprudencia.— Probemos a determinar, si no todos, los principales casos en que según los principios hay derechos adquiridos: 1.— Los derechos provenientes de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasidelito; 2.— Los conferidos por una sucesión abierta, testamentaria o abintestato; 3.— El estado civil, cuando es consecuencia de actos ejecutados, bien por las mismas personas que adquieren tal estado, bien por otras personas; 4.— Los derechos que nacen de la prescripción, si se hubieren cumplido los requisitos que la ley puntualiza". La enumeración efectivamente no es completa pero sí comprende los casos más salientes; podría agregarse entre otros, el derecho adquirido por actos de autoridad que confieren concesiones, empleos o cargos, las pensiones de jubilación una vez transcurrido el tiempo exigido por una ley, etc., etc.

Por consiguiente, la dificultad que se hace patente en la doctrina clásica es la de definir el derecho adquirido o bien sustituir la definición con una enumeración completa. Hay sobre todo ciertos conceptos particularmente difíciles de clasificar. Tal sucede con la mayoría de edad, para algunos como Demolombe, Windscheid, Gianturco, la mayoría de edad es algo estrechamente vinculado con la capacidad, y por lo mismo se considera como mera expectativa, que sufre el influjo inmediato de la nueva ley, mientras que otros como Savigny, Gabba, Regelsberger, consideran la mayoría de edad como un estado y por tanto un derecho adquirido que no puede ser afectado por la nueva ley.

Otra objeción que se hace a la doctrina clásica, sobre todo en

algunas de sus formulaciones como la de Gabba, es que parece considerar exclusivamente el caso de los derechos patrimoniales. El derecho adquirido es algo que entra a formar parte del patrimonio de una persona. Y en esta forma quedan al margen, sin solución directa por lo menos, los derechos no patrimoniales.

Sin embargo de estas objeciones, la doctrina clásica sigue influyendo poderosamente en la mentalidad jurídica contemporánea, y desde luego es la que ha inspirado el Art. 7 de nuestro Código Civil y sus 25 reglas, de tal forma que habrá que tenerla muy presente al momento de interpretar la letra de la ley, y si es preciso consultar su espíritu.

30.—Teoría de Roubier

La teoría de Roubier más que opuesta a la clásica puede calificarse de evolución de ella, o nueva formulación en términos más amplios, comprensivos de algunas relaciones de derecho de que la doctrina clásica quizá dejaba de lado.

Considera este autor las varias *situaciones jurídicas* que pueden ser afectadas por una nueva ley.

Ante todo aclaremos que para él, una "situación jurídica" es "la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada".

Por consiguiente, el concepto de situación jurídica es más amplio que el de "relación jurídica", y desde luego, que el de "derecho adquirido". Por ejemplo, difícilmente se puede decir que un menor de edad, o un interdicto tienen "derecho adquirido" a ser menor de edad o interdicto, en cambio, con toda propiedad se calificarán de "situaciones jurídicas" la minoría o la interdicción.

Pues bien, la nueva ley puede afectar a una situación jurídica en el momento de su constitución, o en el momento de su extinción o en el momento en que produce sus efectos.

La nueva ley no tiene efecto retroactivo cuando no ataca a las situaciones jurídicas ya constituídas o extinguidas. La nueva ley no debe atacarlas, no debe tener efecto retroactivo respecto de aquellas situaciones, puesto que están consumadas.

Tampoco debe atacar la nueva ley a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o de extinguirse.

Por el contrario, la nueva ley produce *efecto inmediato* sobre los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas. Es decir que la nueva ley acepta esas situaciones constituídas de conformidad con la ley anterior, pero somete inmediatamente sus efectos a la nueva ley. Igualmente se someten a la nueva ley las nuevas situaciones jurídicas que surjan después de la entrada en vigencia de ella, y la

extinción de dichas situaciones jurídicas también siempre que tal extinción se produzca después de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Por ejemplo: si dos personas se han casado bajo el imperio de una ley, otra ley posterior no afectará esa situación jurídica constitutiva de derechos. Si esas personas aún no se han casado, pero ya han realizado algunos de los actos jurídicos exigidos para contraer matrimonio, también esos factores constitutivos valdrán. En cambio, la extinción de esa situación jurídica, mediante el divorcio, por ejemplo, si se produce después de la vigencia de una nueva ley, ya se somete íntegramente a ella. Y tanto los efectos del matrimonio (situación constitutiva), como del divorcio (situación extintiva), se someten a la nueva ley y no a la anterior.

Roubier señala, sin embargo, una excepción de mucha trascendencia: el efecto inmediato de la ley no afecta a ciertos contratos. En ciertos contratos, las leyes anteriores se entienden incorporadas de tal forma al contrato que éste viene a constituir una especie de ley entre las partes, y por eso, no es afectada por la nueva ley. Los contratos que gozan de esta exención del efecto inmediato de la nueva ley y continúan rigiéndose por la ley anterior son aquellos que "constituyen instrumentos de variedad jurídica". Que un contrato sea "instrumento de variedad jurídica" significa que es de aquellos en que la voluntad privada de los contratantes prevalece, pues no afecta a materias de orden público. En aquellos casos en que la ley tiene solo carácter supletorio, la voluntad privada es dominante, y los contratos son ley entre las partes, como un derecho propio (difirenciado: una variedad jurídica) de ellas. En tales contratos, pues, la ley anterior predomina y regula aún los efectos de ellos después de que ha entrado en vigencia una nueva ley, que por consiguiente no tiene efecto inmediato respecto de tales contratos.

En cambio, los contratos que no constituyen instrumentos de variedad jurídica, siguen la regla general: la nueva ley somete sus efectos a las disposiciones de ella, que tienen efecto inmediato. Estos otros contratos son los regulados por leyes imperativas, y tocan más o menos directamente al orden público. El caso más típico es el de los contratos de la vida de familia. El matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, etc., se someten en cuanto a sus efectos al imperio inmediato de las nuevas leyes.

31.—Aplicación de los principios a diversas materias

Anteriormente indiqué que las 25 reglas contenidas en el Art. 7 de nuestro Código Civil tienen el carácter de normas transitorias y fueron dictadas fundamentalmente para adaptar las nuevas disposiciones del Código entrado en vigencia en 1861, con respecto a la legislación anteriormente vigente. Por esta razón, dichas reglas en muchos casos no tienen actualidad.

Se podría buscar una simplificación del excesivo análisis del

Código. Tengamos primeramente presentes las 25 reglas del Art. 7, y luego expondremos cómo podrían agruparse todas ellas en pocas normas que las resuman, eliminando lo que ya es inaplicable. Dice así el Art. 7:

"Art. 7.— La Ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

1ª—Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil condiciones diferentes de las que prescribía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir;

2ª—El estado civil adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes a él se subordinarán a la ley posterior, ora constituya nuevos derechos y obligaciones, o modifique o derogue los antiguos. En consecuencia, la subordinación o dependencia entre los cónyuges, padres e hijos, guardadores y pupilos, etc., se sujetarán a la nueva ley desde que principie a regir, sin perjuicio de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior;

3ª—Los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán, en cuanto a su ejercicio y duración, a las disposiciones de la ley posterior;

4ª—Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos ilegítimos, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior;

5ª—El hijo ilegítimo que hubiere adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo el de la que se dé posteriormente. Pero, en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior;

6ª—Las meras expectativas no constituyen derecho. Así, la capacidad que una ley reconoce en los hijos ilegítimos para que puedan ser legitimados por el matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad si el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior que prescriba nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho; a menos que se cumpla con ellos al tiempo de celebrar el matrimonio;

7ª—El que según las disposiciones de una ley hubiere adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá aunque otra posterior prescriba nuevas condiciones para adquirirlo; pero la continuación y ejercicio del derecho se sujetará a la nueva ley;

8ª—Los guardadores y más administradores de bienes ajenos, constituídos válidamente bajo una ley anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad con la posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de obtenerlos. Pero, en cuanto a sus funciones y remuneración y a las incapacidades o excusas superve-

nientes, se observará la nueva ley. Respecto a la pena en que, por decuidada o torcida administración, hubieren incurrido, se les sujetará a las reglas de la ley que fuere menos rigurosa; pero las faltas cometidas bajo la nueva ley, se castigarán en conformidad a ésta;

9ª—La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetarán a la regla 2ª de este artículo;

10ª—Las personas naturales o jurídicas que gozaban del privilegio personal de restitución *in integrum* por las leyes anteriores, no podrán gozarlo ni transmitirlo después de las leyes que lo han abolido;

11ª—Todo derecho real adquirido según una ley, subsiste bajo el imperio de otra nueva; pero en cuanto al goce y cargos, y en lo tocante a la extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley posterior;

12ª—La posesión adquirida según una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios, o con los requisitos prescritos en ésta;

13ª—Los derechos concedidos bajo una condición que, según la nueva ley, debe considerarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán por el tiempo que hubiere señalado la ley precedente, a menos que excediere del plazo señalado por la ley posterior, contado desde la fecha en que ésta principie a regir; pues, en tal caso, si dentro de él no se cumpliere la condición, se mirará como fallida;

14.—Siempre que una nueva ley prohiba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes que ella empiece a regir, hubiere empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley, por todo el tiempo para el cual le autorice su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores, si los hubiere.

La misma regla es aplicable a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos;

15ª—Las servidumbres válidamente constituídas bajo el imperio de una ley se sujetarán a la posterior, en cuanto a la conservación y ejercicio;

16ª—Las solemnidades externas de los testamentos se sujetarán a la ley que regía al tiempo de su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos se subordinarán a la que estuviere vigente cuando falleciere el testador.

En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que reglen la incapacidad o indignidad de los herederos o legatarios, las legítimas, mejoras porción conyugal y desheredaciones;

17ª—Si el testamento contuviere disposiciones que no debían llevarse a ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin

embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del testador;

18ª—En las sucesiones forzosas o intestadas, el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del intestado. Pero si el fallecimiento sucediere bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo o parte de la herencia por derecho en representación, se determinará esa persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho, según la ley bajo la cual se otorgó el testamento;

19ª—En la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de la muerte de la persona a quien se suceda;

20ª—En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición: 1º las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y 2º, las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido;

21ª—Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe realizarse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere;

22ª—Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente;

23ª—La prescripción principiada cuando regía una ley, y que no se hubiere completado al tiempo de promulgarse otra que modifique la anterior, reduciendo el plazo para la prescripción, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero no podrá acogerse a la segunda sino después de dos años de su promulgación.

En las cuestiones judiciales pendientes a la época de la promulgación de la ley que modifique el plazo para la prescripción, regirá la ley vigente a la época en que se trabó la litis;

24ª—Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseer conforme a la ley anterior que autorizaba la prescripción;

25ª—Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera

alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Examinadas las 25 reglas que acabamos de transcribir, encontramos que realmente no merecen la dura crítica que de ellas hizo D. Luis Felipe Borja, y siguiendo a él, han repetido muchos. Cierto que el afán demasiado minucioso de regularlo todo, puede ser excesivo, y a veces conviene más bien dejar que sean la doctrina y la jurisprudencia quienes desarrollen los principios y los apliquen a los múltiples aspectos de la vida práctica. Pero también es verdad que las 25 reglas de nuestro Art. 7 han simplificado mucho la labor de los jueces, han dado seguridad a las relaciones entre los ciudadanos, y han creado un clima de respeto a los derechos adquiridos, a través de las múltiples reformas que nuestras leyes han sufrido en algo más de un siglo.

Indudablemente, algunas de las 25 reglas ya no tienen aplicación práctica, porque se refieren a derechos suprimidos o a prohibiciones establecidas hace muchos años, de modo que hoy no se podría plantear un problema de conflicto de leyes anteriores y posteriores respecto de esos asuntos. Tal es el caso de las reglas 10 y 14, la primera relativa a la restitución "in integrum", y la segunda, sobre la prohibición de usufructos, derechos de uso y habitación sucesivos.

Otras reglas podrían, tal vez simplificarse o reunirse varias en una sola, como en el caso de las primeras reglas que se refieren al estado civil de las personas. A este respecto bastaría distinguir el caso de la adquisición del estado civil por el ministerio de la ley o por la actuación de determinadas formalidades o actos que dependan de los individuos; en el primer caso es legítimo el efecto retroactivo, mientras no lo es en el segundo caso, esto es, cuando las personas han realizado todos los actos prescritos por una ley vigente para adquirir un determinado estado y después sobreviene una nueva norma legal. Además, el ejercicio de los derechos provenientes del estado civil adquirido se ajusta a la nueva ley, lo mismo que su modificación o extinción. Con estas indicaciones se podría resumir las cinco primeras reglas.

La regla 6ª tiene un gran alcance y comprensión, por lo cual, tal vez convendría ponerla al principio. No parecen útiles en cambio, los ejemplos que en la misma regla se dan y que no tienen otro valor que el de explicar elementalmente la misma regla.

El Dr. Fernández Márquez, siguiendo a Borja, considera injusta la regla 8, porque no respeta el derecho adquirido del pupilo o en general el dueño de los bienes administrados por otro, para resarcirse de los perjuicios ocasionados por el adminstrador. Pero si el legislador considera que determinadas sanciones civiles son demasiado severas, y aún no se han hecho efectivas conforme a la ley anterior, más severa, no me parece que haya un efecto retroactivo injusto al ordenar que se aplique la nueva ley, menos exigente. Otra cosa sería si la ley dispusiera que queden sin valor las sanciones ya impuestas, pero no es ése el alcance de la regla 8.

También se ha censurado la regla 17, sobre la validez de dis-

posiciones testamentarias que no valían conforme a la ley anterior y que sin embargo se consideran válidas si de acuerdo con la nueva ley podían haberse hecho válidamente. Se alega que en este caso se usa de la retroactividad para dar validez a una disposición que fue nula, y que se va en tal caso contra los derechos adquiridos de otros herederos. Pero no se toma en cuenta que no hay tales derechos adquiridos mientras no muere el testador, y mientras está en vida puede reformar el testamento; por consiguiente, si hecho el testamento, cambia la Ley, el testador podría hacer otro ajustándose a la nueva ley, y si ya de hecho el testamento coincide con lo que la nueva ley ordena, sería un formalismo excesivo el de exigirle que lo repita; prima en este caso el principio de economía jurídica: no es preciso repetir un acto que conforme a la ley vigente tiene valor.

En cuanto a la regla 25, no opino lo mismo que el doctor Fernández Márquez, quien sostiene que debería suprimirse por estar ya contenida en el enunciado principal del Art. 7. Pues, precisamente la regla 25 da un efecto retroactivo, justo y necesario, a las leyes interpretativas, haciendo una excepción al principio de la irretroactividad.

Creo, en cambio, que está en lo justo Borja al sostener que la regla 20ª debe hacer referencia solamente a las leyes "sustantivas civiles", ya que sólo éstas son las que se deben entender incorporadas en los contratos. A este respecto, conviene recordar que el Código Sánchez de Bustamante dice en el Art. 166: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código". Este artículo revela la íntima conexión existente entre la ley y el contrato, lo cual se refleja igualmente en la mentada regla 20 del Art. 7.

Para terminar este punto, téngase en cuenta que las leyes a veces reconocen expresamente los derechos adquiridos conforme a otras leyes anteriores, tal es el caso del Art. 166 de la Ley General de Minería, el Art. 48 de la Ley de Petróleos, el Art. 1.125 del Código de Procedimiento Civil, etc.

CAPITULO V

EFECTOS DE LA LEY EN EL ESPACIO

32.—Efecto normal de la ley en el espacio

Dada la actual división del mundo, o su organización, en Estados, encontramos como lo más natural el que cada Estado tenga su sistema jurídico y que las leyes hallen su límite espacial en los límites mismos del Estado.

Sin embargo, esto ni ha sido siempre así, ni en la actualidad tiene un valor absoluto. En el punto siguiente estudiaremos la evolución histórica del concepto de territorialidad de la ley, y veremos cómo en ciertas épocas ha dominado más bien el concepto personal de la ley, que evade los límites territoriales del Estado.

Y actualmente, además del derecho nacional o propio de cada Estado, tenemos también el Derecho Canónico que es extra-estatal, o ultra-estatal, y el Derecho Internacional que trasciende también de las fronteras nacionales.

Pero de todos modos, el efecto normal de la ley se desarrolla dentro de cada Estado. Así tenemos el "Derecho Ecuatoriano", o el "Derecho Colombiano", etc., es decir el conjunto de disposiciones que rigen en cada Estado.

La dificultad radica precisamente en circunscribir al Estado. La materialidad de las fronteras —de sus límites territoriales—, es un elemento muy poderoso que suele servir de barrera más allá de la cual no se extiende la vigencia del Derecho de un Estado. Pero como las fronteras continenen de modo estricto solamente el elemento material del Estado, esto es su territorio, y no contienen necesariamente a toda su población, las fronteras no son un límite absoluto para el Derecho.

Efectivamente, ciudadanos de un Estado pueden vivir fuera de su territorio, y entonces hay una doble posibilidad: o se rigen por su ley personal, o bien se rigen por la del territorio en el que actualmente viven. En el primer caso el derecho se dice "extraterritorial", porque rige más allá de las fronteras del Estado del cual es originario. En el segundo caso, la ley tiene carácter territorial.

En nuestros días creo que no puede hallarse un sistema jurídico que sea totalmente territorial o totalmente extraterritorial. Las leyes de todos los Estados combinan hábilmente ambos sistemas dando mayor preferencia a uno de ellos.

Como las relaciones entre individuos de diversos países son muy intensas en la actualidad, por la facilidad de los medios de transporte, la frecuencia de los viajes, el fenómeno masivo de la emigración, el volumen creciente del comercio y de otras relaciones, los problemas relativos a la aplicación territorial o extraterritorial de la ley son muchos y complicados.

Pertenece al Derecho Internacional Privado la determinación de cuál es la ley competente para regular una relación jurídica en la que hay más de un Estado cuyo derecho podría aplicarse.

En otras palabras, siempre que en una relación jurídica hay elementos que conectan o vinculan esa relación con más de un Estado, se hace necesario saber cuál es el sistema jurídico aplicable, qué ley es la competente, la de cuál Estado: del Ecuador, de Francia, etc. La determinación de cuál es esa ley, si la nacional o una ley extranjera, es el objeto más propio del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado, como todas las ramas del Derecho no es solamente una ciencia sino también un orden positivo

de derecho. Y como tal, se contiene en tratados internacionales, en las leyes internas de los Estados, en las costumbres generalmente admitidas, y se forma por el impulso de las doctrinas de los juristas y de la jurisprudencia, de modo que estas fuentes contienen también de alguna manera el Derecho Internacional Privado.

El Ecuador ha celebrado numerosos Tratados Internacionales, y muchos de ellos comprenden materias de Derecho Internacional Privado, pero indudablemente el más importante de todos es el suscrito en la Sexta Conferencia Interamericana, en La Habana en 1928, mediante el cual se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado, que se suele llamar "Código Sánchez de Bustamante". Este Código entró en vigencia en el Ecuador en 1933. Es muy importante para nosotros, también el Tratado suscrito con Colombia en 1903. Aún ciertos tratados no suscritos por el Ecuador, conviene tener presentes, en cuanto fuentes doctrinales, para el conocimiento de los principios de Derecho Internacional Privado, y entre ellos destacan las Convenciones de La Haya, sobre todo las de 1901, 1905 y 1911, y los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. El Código Sánchez de Bustamante ha sido ratificado por quince naciones americanas, de modo que para resolver los problemas de Derecho Internacional Privado en muchísimos casos habrá que aplicarlo.

En cuanto a la legislación interna de nuestro país, sobre Derecho Internacional Privado está dispersa en la Constitución de la República y en muchas leyes.

El Art. 13 del Código Civil formula como regla general, la de la territorialidad de la Ley. Dice así:

Art. 13.— "La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna".

Ya hemos estudiado lo referente a la última parte del Art. 13, a sea a las palabras "y su ignorancia no excusa a persona alguna", en el punto 23 de este libro. Baste advertir aquí que la ignorancia de la ley —que no es motivo de excusa de la misma—, puede afectar por igual a nacionales o a extranjeros, y a ninguna de las dos categorías de personas exime del cumplimiento, o de la responsabilidad de cumplir la ley. Cierto que gramaticalmente la palabra "su" puede referirse a la ignorancia de la ley, o a la ignorancia de los extranjeros, pero el espíritu de la ley y el contexto, no dejan lugar a dudas: se refiere a la ignorancia de la ley, tanto por parte de ecuatorianos como de extranjeros.

Si la ley obliga a todos los habitantes de la República, quiere decir que tiene carácter territorial, que sus efectos se extienden a toda clase de personas dentro del territorio nacional.

Pero, ¿qué leyes son las que obligan a todos los habitantes de la República? Sería un error creer que los términos absolutos en que está redactado el Art. 13 del Código Civil autorizan a considerar que toda ley tiene en el Ecuador carácter territorial.

En primer lugar el Art. 13 enuncia un principio de Derecho Civil Ecuatoriano. Y si es verdad que muchos principios jurídicos formulados en el Código Civil tienen aplicación también en otras disciplinas jurídicas de la Nación, sin embargo no hay que generalizar demasiado esa realidad. Concretamente, el principio de la territorialidad de la ley señalado en el Art. 13, parece más estrictamente aplicable en cuanto se refiere al propio Código Civil, ya que en otras leyes como en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, en el Código del Trabajo, etc., se vuelve a formular el principio de la territorialidad, y se lo aplica con ciertas limitaciones.

Por otra parte, la regla general de la territorialidad de nuestras leyes civiles tiene numerosas e importantes limitaciones, como las que se señalan en los artículos siguientes (14, 15, 16 y 17).

Además, la equiparación de nacionales y extranjeros frente a la ley en cuanto sujetos a su obediencia es el fundamento jurídico inmediato para equipararlos también en cuanto al ejercicio de los derechos civiles, tal como lo hace el Art. 48 del Código Civil. Hay igualdad de deberes (respeto y acatamiento de las leyes territoriales), y hay igualdad de derechos.

Se han ensayado muchas clasificaciones de las leyes para determinar cuáles deben tener efecto rigurosamente territorial y cuáles admiten extraterritorialidad.

Borja adopta una clasificación inspirada en el Derecho Francés: "Los principios de la ciencia moderna —dice— exigen que se dividan las leyes en dos grandes grupos: 1.— Leyes obligatorias a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros; 2.— Leyes que no obligan sino a los nacionales y a los extranjeros domiciliados. El primer grupo se subdivide en otros dos: a) Leyes que los redactores del Código de Napoleón llamaban de Policía y de Seguridad; b) Leyes que Savigny, denominaba absolutamente obligatorias, porque atañen a las instituciones de cada pueblo." Esta clasificación es bastante aplicable a nuestro derecho, porque como veremos, en él se equipara el extranjero domiciliado al nacional, y porque indudablemente en nuestro país rigen con efecto territorial todas las disposiciones de carácter policial o penal, y aquellas otras que se consideran de orden público como las referentes a la organización del Estado, a la estructura de la familia y del régimen de la propiedad.

El Art. 5 de nuestra Constitución, afirma también el carácter territorial de la ley, y en términos mucho más amplios que los del Art. 13 del Código Civil: "Todos los habitantes están sujetos al orden jurídico del Estado, y deben acatamiento a sus autoridades". Sin embargo, no creo que tampoco este artículo deba tomarse en sentido absoluto. El respeto a las leyes de la República, hará que a veces precisamente deban aplicarse las leyes extranjeras a las cuales se remiten las nacionales. Por ejemplo, el Art. 1.024 del Código Civil al ordenar que las sucesiones por causa de muerte se regulan por la ley del último do-

micilio del causante, está determinando que en muchos casos se aplique una ley extranjera.

El Código Sánchez de Bustamante, clasifica las leyes en diversas categorías, para atribuirlas o no el carácter territorial. Hay, pues que compaginar esta clasificación con lo dispuesto en el Art. 5 de la Constitución, y en el Art. 13 del Código Civil, ya que ni la Constitución ni el Código excluyen la posibilidad de excepciones.

La división contenida en el Art. 3 del Código de Sánchez de Bustamante consta de tres términos: 1.— Leyes "que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno. 2.— Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional. 3.— Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado".

Por consiguiente, tienen carácter rigurosamente territorial solamente las disposiciones de orden público internacional. Estas son en nuestro país, las disposiciones constitucionales, las que pertenecen al Derecho Público (penal, procesal, fiscal, administrativo) y las que tutelan el orden público, o sea los lineamientos estructurales del estado, la sociedad y la familia, como son las leyes laborales, las referentes al matrimonio, a la propiedad y a las formas solemnes de los actos y contratos.

Las leyes de la tercera categoría enumerada en el Art. 3 del Código Sánchez de Bustamante o sea las de orden privado, pueden o no tener carácter territorial; y en todo caso respecto a ellas la voluntad privada es la que determina si se han de aplicar las de un país o las de otro: éste es el ámbito propio de la libertad individual: el orden privado.

En cuanto a las de orden público interno, son personales y por lo mismo extraterritoriales, no territoriales.

El Código Sánchez de Bustamante, a lo largo de sus 437 artículos precisa que carácter tiene determinadas leyes, cuya clasificación podría ser particularmente difícil en un plano abstracto o general.

En algunos casos se hace necesario combinar en una misma disposición el carácter territorial con el extraterritorial. Otras veces, se supedita el efecto extraterritorial a la existencia de tratados o convenciones con otros países. Así la Ley de Propiedad Intelectual, luego de sentar la base para la territorialidad de sus disposiciones en el Art. 13, en el Art. 33 admite el carácter extraterritorial, siempre que lo permitan las convenciones internacionales.

Uno de los ejemplos más típicos de la territorialidad de la ley ecuatoriana, tenemos en el Art. 154 del Código de Comercio: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplideros en el Ecuador, se regirán

por las leyes ecuatorianas. Así la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse por las disposiciones de las Leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa". Esta territorialidad tan amplia, queda, pues, supeditada a que no se establezca voluntariamente lo contrario, de modo que tenemos también en este artículo un claro ejemplo de las "leyes de orden privado" según la clasificación del Código Sánchez de Bustamante.

33.—Equiparación de nacionales y extranjeros

Para el hombre de hoy, penetrado quiéralo o no de los principios cristianos, parece una cosa evidente la igualdad de las personas ante la ley.

El fundamento filosófico de la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros radica en la unidad de destino de los hombres, la cual depende a su vez de la igualdad de naturaleza, y en último término de la Voluntad creadora de Dios. Esta igualdad substancial no elimina las diferencias accidentales ni la conveniencia de ciertas diferencias legales cuando están inspiradas en la justicia y no en el deseo de hacer prevalecer tales o cuales intereses, sean éstos los de raza, nacionalidad o clase social.

Pero la referida igualdad se ha abierto paso en la historia no sin graves dificultades y lucha. La tendencia del derecho antiguo fue la de guardar celosamente sólo para los individuos del propio pueblo todas las garantías de la ley.

Aún hoy la equiparación de nacionales y extranjeros tiene mayor o menor amplitud, según los países. Fue uno de los méritos indiscutibles del Código de Don Andrés Bello el de haber señalado, quizá por primera vez, una generosa equiparación de nacionales y extranjeros.

La equiparación de nacionales y extranjeros admitida en nuestros días se refiere a los derechos civiles en su sentido amplio (comprensivo del Derecho Comercial, Laboral, etc.). Pero en cambio no se admite equiparación en cuanto a los derechos políticos, que se reservan a los nacionales. Hay otro grupo de derechos ("Cívicos", los llama Sánchez de Bustamante), que se relacionan con la vida pública del Estado pero no implican propiamente una participación en el ejercicio de la soberanía, y que según los casos se conceden o se niegan al extranjero, pero con una tendencia a ampliar su participación en ellos.

En todo caso, podemos distinguir actualmente tres sistemas en cuanto a la concesión de derechos civiles a los extranjeros.

El primer sistema es el de la igualdad jurídica o legal, por el cual se reconoce en la misma ley, de modo simple y directo igualdad de derechos tanto para los nacionales como para los extranjeros. Esta

equiparación supone, desde luego, que el extranjero tenga algún vínculo de conexión con el país de cuyo derecho se trata: que viva en él, o que allí tenga sus bienes, o haya hecho algún contrato, o se produzcan los efectos de sus actos en dicho país. Si no existiera ningún vínculo, la equiparación sería utópica e impracticable.

La mayoría de los países siguen el sistema de la equiparación jurídica, y entre ellos el nuestro. También en todos hay tales o cuales limitaciones o excepciones a esa igualdad.

El segundo sistema es el llamado de la reciprocidad legal. En algunos países como Suecia, Hungría, Colombia, se equipara los extranjeros a los nacionales, pero solamente en tanto en cuanto las leyes de los países a los que pertenecen aquellos reconozcan igual equiparación a los ciudadanos de Suecia, Hungría, etc.

El tercer sistema es el que se funda en la reciprocidad ya no legal, sino contractual. Francia, Bélgica, Luxemburgo, Grecia y algún otro país concede igualdad de derechos a los ciudadanos de aquellos países que tienen tratados en tal sentido. Como se puede apreciar, en este tercer sistema la concesión es menos liberal.

Nuestro país sigue el principio de la igualdad jurídica o legal. Sin embargo, ha celebrado también varios tratados que convierten ese principio en contractual, y sobre la base de la reciprocidad; en estos casos, simplemente se refuerza el valor de la equiparación por la obligación positiva de respetar tales tratados.

La Constitución Política sujeta a nacionales y extranjeros a respetar y obedecer las leyes de la República. Pero como correlativo de este deber, existe la misma igualdad en cuanto a los derechos, salvo la excepción fundamental de los derechos políticos, y las demás excepciones establecidas por la ley.

La Constitución corrobora, pues, plenamente al Art. 13 del Código Civil, y sobre todo al Art. 48 del Código Civil:

Art. 48.— La Ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código.

Se ha planteado la duda sobre el alcance del Art. 48: la equiparación de nacionales y extranjeros, ¿se limita a los derechos civiles regulados en el Código Civil, o comprende también a los conferidos por leyes especiales?

El tenor literal del Art. 48, que no se puede desatender a pretexto de consultar su espíritu, se refiere exclusivamente a los derechos regulados por el Código Civil.

Pero, por otra parte, tenemos la amplia declaración contenida en el Art. 81 de la Constitución, que excluye de la igualdad únicamente los derechos políticos, y otros excluídos por las leyes. Luego, para no conferir a un extranjero en el Ecuador un derecho que puede gozar un ecuatoriano, deberá ser claramente o un derecho político, o bien estar excluído por una Ley.

Sucede que además de las declaraciones genéricas del Art. 81

de la Constitución y del 48 del Código Civil, tenemos varias disposiciones que reafirman la igualdad de ecuatorianos y extranjeros.

En otros casos, la ley exige a los extranjeros ciertas condiciones o requisitos especiales para gozar de los mismos derechos que los ecuatorianos. Pero esas condiciones especiales no rompen la igualdad, porque generalmente, si no existieran esas circunstancias tampoco tendrían los extranjeros un vínculo que permitiera hacer aplicable la ley ecuatoriana.

La primera y más general de dichas condiciones es la de estar en territorio ecuatoriano. Esta presencia en territorio ecuatoriano debe entenderse en un sentido amplísimo, que comprende no solamente la presencia física, sino también por medio de un representante, y tal vez también el simple hecho de producir la acción del extranjero efectos jurídicos en el Ecuador, aunque él esté ausente.

Otras veces la condición puede ser la de tener domicilio en el Ecuador. En materias civiles éste es el requisito más frecuente. Así por ejemplo la equiparación a los derechos del ecuatoriano, exige que el extranjero esté domiciliado en nuestro país para: a) contraer matrimonio conforme a las leyes del Ecuador ante los diplomáticos y cónsules de nuestro país en el exterior (Art. 126 del Código Civil); b) para pescar libremente en aguas territoriales del Ecuador (Art. 651 del Código Civil); c) para otorgar testamento solemne otorgado en la República (Art. 1079 del Código Civil; d) para otorgar testamento en el exterior conforme a nuestra Ley ante diplomático o Cónsul del Ecuador, y para ser testigo de esos testamentos. El Código de Comercio exige también el domicilio en el Ecuador para poder ejercer una serie de derechos, particularmente cuando se trata de compañías; y hay disposiciones similares en la Ley General de Bancos, en la de Control de Compañías de Capitalización, etc.

Como he dicho, también existen excepciones al principio de la igualdad, sea porque los extranjeros no pueden ejercer ciertos derechos, o porque las condiciones que se exigen configuran ya el derecho de una manera diversa.

El Art. 60 de la Constitución prohibe a los extranjeros adquirir propiedad o posesión sobre inmuebles o administrarlos, en la zona fronteriza que determine la ley. Conforme a la Ley de 26 de setiembre de 1940 esa zona fronteriza comprende cincuenta kilómetros a lo ancho de toda la frontera nacional.

La misma Carta Política garantiza a nacionales y extranjeros numerosas libertades civiles y "cívicas", y solamente excluye a los extranjeros de las garantías y derechos políticos, enumerados en el Capítulo VII del Título IV. Concretamente se excluye a los extranjeros de los derechos: 1.— De elegir y ser elegidos para cargos públicos; 2.— De intervenir en manifestaciones políticas; 3.— De actuar en los partidos y asociaciones políticas; 4.— De permanecer en el territorio ecuatoriano con exclusión del destierro y la extradición que no se pueden aplicar al ecuatoriano y sí al extranjero.

La Ley de Inmigración y Extranjería en los Arts. 2 y 4 recalca la igualdad establecida por la Constitución, y en cierto modo la refuerza, pues declara que solamente la misma Constitución puede limitarla. Además es exacta la aclaración que allí se hace de que la igualdad de derechos se aplica "dentro" del Ecuador, ya que los ecuatorianos en el exterior pueden en determinados casos acogerse a las leyes nacionales, lo cual no se concede por regla general al extranjero.

En el Reglamento de Inmigración y Extranjería de 21 de enero de 1.941 se producen disposiciones constitucionales y del Código Civil sobre la igualdad de extranjeros y ecuatorianos, y luego se precisan algunas excepciones. En el Art. 33 se declara exentos a los extranjeros del servicio militar obligatorio para los ecuatorianos, y también se les excluye de los cargos públicos conforme al Derecho Internacional. En el Art. 34 se impone la excesivamente severa pena de la pérdida del derecho de propiedad (u otro) cuando el extranjero adquiera bienes raíces en la zona fronteriza prohibida. El Art. 35 insiste sobre la prohibición de intervenir en política y establece la sanción correspondiente para quienes contravengan: la expulsión del país. La prohibición de someterse a jurisdicción extranjera, y la exigencia de renunciar a toda reclamación diplomática por razón de contratos o actos jurídicos privados, señalada en los artículos siguientes, más que significar excepciones a la igualdad, más bien la aseguran, impidiendo situaciones de privilegio que beneficiarían solamente a los extranjeros. Algo parecido se podría decir de los Arts. 38 y 39, referentes a las reclamaciones por casos de fuerza mayor producidos por guerras, etc. También en estos casos la igualdad es perfecta y no se reconoce privilegios a las propiedades de extranjeros.

En el Código de Comercio se prescriben algunos requisitos especiales para los extranjeros y para las compañías extranjeras, sobre todo consistentes en inscripciones en el Registro de Comercio o autorizaciones judiciales (Arts. 30, 336, 337, 338, 637, 640, 736, etc.).

Las leyes adjetivas civiles y penales, reconocen las exensiones de jurisdicción propias del Derecho Internacional Público, a favor de los Jefes de Estado, Diplomáticos, Agentes Consulares, etc.

La Ley de Régimen Municipal exceptúa de los impuestos municipales, según el criterio de la igualdad fundada en la reciprocidad legislativa, a los inmuebles de las embajadas, consulados, etc., de los países que conceden la misma exoneración a los inmuebles ocupados por nuestras representaciones o agencias en el extranjero.

El Decreto-Ley Nº 1.422 de 29 de noviembre de 1941 (R. O. 369 de 19-XII-41), limita el número de trabajadores extranjeros en bares y restaurantes. Existen otras limitaciones de este tipo en el Código de Comercio, en el del Trabajo, en la Ley de Aviación Civil, etc.

En materia fiscal, tenemos el impuesto a favor de la Liga Ecuatoriana Antituberculosa, que grava de manera desigual a los ex-

tranjeros, y la Ley sobre músicos extranjeros (R. O. 409 de 11-I-1958) que les impone una contribución especial a favor de los sindicatos.

En el Derecho Penal, hay ciertos delitos cuya configuración y tipificación varía según la nacionalidad de quien los cometa: son los que afectan a la seguridad, el orden y la independencia nacional. Estas disposiciones son absolutamente necesarias por la naturaleza misma de aquellos delitos.

El Art. 33 de la Ley sobre tráfico de estupefacientes sanciona a los extranjeros con la expulsión del país por ciertos delitos. Esta pena no puede aplicarse en ningún caso a los ecuatorianos.

La Ley de Policía Marítima exige el registro de las naves para poder acogerse a nuestras leyes (Art. 123); las que reunen ciertas condiciones deben tener Capitán ecuatoriano, y la tripulación extranjera no puede exceder del 25% (Art. 132). Para el tráfico marítimo interno las naves extranjeras necesitan autorización del Ministerio de Defensa (Art. 184). Los mercantes extranjero no pueden, salvo caso de necesidad, arriar al agua embarcaciones menores, sin permiso del Capitán de Puerto (Art. 286). En el Art. 370 se configuran también ciertas infracciones especiales para las naves extranjeras.

Las leyes de Defensa Profesional de los Veterinarios, de los Ingenieros y Arquitectos, establecen porcentajes de profesionales ecuatorianos que obligatoriamente tienen que emplear las compañías extranjeras o nacionales que operen en el país. La Ley de Minería en el Art. 139 establece el elevado porcentaje del 85% (como mínimo) de obreros ecuatorianos y el mínimo del 10% de personal técnico ecuatoriano.

La Ley de Petróleos en el Art. 6 excluye absolutamente de las concesiones mineras a los Estados extranjeros y a las corporaciones que dependan de ellos. En cuanto a los extranjeros, individuos o compañías, deben fijar su domicilio en el Ecuador para poder obtener concesiones mineras.

La Ley de Pesca y Cacería Marítima establece las condiciones para que naves extranjeras pesquen en aguas territoriales (Arts. 9 y 10), y configura también de distinto modo las contravenciones de las naves nacionales o extranjeras (Arts. 51 y 52).

La Ley de Marcas de Fábrica distingue las nacionales de las extranjeras, pero las somete a la misma protección legal (Art. 4). El mismo sentido de igualdad se encuentra en la Ley de Patentes de Exclusiva de explotación de inventos (Art. 5).

La Ley que crea la Comisión Nacional de Valores ordena inversiones distintas de las reservas de las compañías nacionales o extranjeras de seguros (Arts. 41 y 42, 43 y 44).

Se exige ser ecuatoriano para ser Vocal de los Bancos de Fomento, a pesar de no ser ese un cargo público propiamente dicho (Art. 8 de la Ley de Bancos del Sistema de Crédito de Fomento); también el Gerente General debe ser ecuatoriano, y de nacimiento (Art. 21).

La Ley General de Bancos somete a los bancos extranjeros que

hagan negocios en el Ecuador a las mismas condiciones y requisitos que los nacionales, y protege en forma igual (Arts. 52, 54 y 55).

Las leyes militares se aplican fundamentalmente a los ecuatorianos y consagran la exclusión de los extranjeros de la generalidad de las obligaciones y derechos de ese tipo. El Art. 104 de la Ley de Situación Militar y Ascenso dice: "Los oficiales extranjeros que se encontraren al servicio del país, no podrán ejercer funciones jurisdiccionales ni administrativas", de donde se deduce que sí pueden prestar servicios netamente técnicos u otros similares.

La Ley del Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas, somete a ese servicio a los ecuatorianos solamente (Art. 1), y en cuanto a los extranjeros que contravinieren la ley, pueden ser expulsados del país (Art. 77).

Como se podrá apreciar por esta enumeración de las principales leyes de la República, domina en todas ellas el principio general de la igualdad, y las excepciones establecidas al principio, suelen ser razonables y de poco relieve.

Las más importantes excepciones, sin embargo, las encontramos en materia civil, en los Arts. 14, 15, 16 y 17. Sobre todo en el Art. 14 que somete el estado, la capacidad y las relaciones de familia de los ecuatorianos respecto de otros ecuatorianos a la ley nacional, mientras que las relaciones de familia de los extranjeros pueden estar regidas por sus leyes.

34.—Estado y capacidad de las personas

El estado civil está definido en el Art. 342 del Código Civil así: "la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer derechos o contraer obligaciones".

Más adelante haremos una crítica detenida de tal definición. Por ahora, baste retener el concepto elemental de que el estado civil consiste en una determinada situación que el individuo ocupa en la sociedad, particularmente con referencia a las relaciones de familia, y de la cual deriva un conujnto de capacidades, incapacidades, derechos y obligaciones. Son estados civiles, por ejemplo, los de soltero, casado, viudo, divorciado, hijo legítimo o ilegítimo. menor o mayor de edad, etc.

La ley establece que toda persona tiene lo que se llama la "capacidad de goce", es decir, la posibilidad de ser titular de derechos o de obligaciones.

El concepto que nos interesa para tratar esta materia de la extraterritorialidad de las leyes sobre capacidad de las personas, es, el de "capacidad de ejercicio".

Si bien toda persona, por definición, tiene capacidad de goce, no toda persona tiene capacidad de ejercicio, y de aquí se deriva la clasificación de las personas en capaces e incapaces. Cuando se habla simplemente de "capacidad", se entiende "capacidad de ejercicio".

Tiene capacidad (capacidad de ejercicio) la persona que puede hacer actos jurídicos por sí misma, sin necesidad de autorización o representación de otra persona. Por regla general todas las personas son capaces también con capacidad de ejercicio (Art. 1.499 del Código Civil), y por eso la ley enumera quiénes por excepción, no son capaces (Art. 1.500).

Son absolutamente incapaces (por consiguiente tienen sólo capacidad de goce, pero necesitan de representante legal), los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Son relativamente incapaces los menores adultos, los interdictos y las mujeres casadas. Esta clase de incapacidad se atribuye también a las personas jurídicas.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (Art. 1.500 del Código Civil).

Ahora bien, el estado civil y la capacidad jurídica, que en buena parte depende del estado civil, se rigen normalmente por leyes de carácter personal, no territoriales sino extraterritoriales. Se puede decir que éste es un principio de Derecho Internacional Privado aceptado desde la época de los estatutarios.

La dificultad en el mundo moderno radica en que se enfrentan varios sistemas personales, fundamentalmente el de la nacionalidad, el del domicilio, y sistemas mixtos.

Para referirnos únicamente a los autores clásicos más conocidos, diremos que Mancini y Fiore en Italia, Laurent en Bélgica, Calvo en la Argentina, y en cierto modo Bello en Chile, han sostenido la ley de la nacionalidad como ley personal que debe regir el estado y capacidad de las personas; y esta teoría domina en el derecho italiano, belga, francés, español, y en el de los países en los cuales estos Estados han influído poderosamente, como sucede con casi todos los de Europa y algunos americanos.

En cambio, la figura más destacada del sistema que considera como ley personal la del domicilio, es Savigny, y su doctrina ha tenido gran favor en América, tanto latina como sajona, y ha inspirado prácticamente los Tratados de Montevideo (de 1889 y de 1940) y también ha influído notablemente en el Código Sánchez de Bustamante, aunque éste trata más bien de conciliar las doctrinas de la nacionalidad y del domicilio

Naturalmente, la coexistencia de estas dos doctrinas, cada una sostenida ardorosamente por sus partidarios, dificulta la resolución de los problemas de Derecho Internacional Privado, sobre estado y capacidad de las personas, sobre todo cuando surgen entre las leyes de un país cuya legislación sigue la doctrina de la nacionalidad, y otro que ha adoptado la doctrina del domicilio.

Nuestro Código Civil, ya hemos estudiado, declara en principio la territorialidad de la ley, pero, en el Art. 14 se señala el carácter

personal de las leyes sobre estado civil y capacidad (y sobre relaciones de familia: ver punto siguiente), entendiéndose por ley personal la de la nacionalidad. Dice así:

Art. 14.— "Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria:

1º—En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y,

2º— En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.

En primer lugar hay que tener en cuenta que el Art. 14 del Código Civil contiene reglas de Derecho Internacional Privado aplicables únicamente "a los ecuatorianos". No se legisla aquí para los extranjeros. Por consiguiente, los estados civiles que se constituyan, extingan o modifiquen en territorio ecuatoriano y la capacidad que se modifique en territorio ecuatoriano, para cualquiera clase de personas —ecuatorianos o extranjeros—, se regirá no por este artículo sino por el Art. 13 que obliga a todos por igual a someterse a la ley territorial dentro del Ecuador

Luego, el Art. 14 se refiere a los ecuatorianos en el exterior: "aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño". Más exactamente se refiere el Art. 14 solamente para cuando están en el extranjero, puesto que si están en el Ecuador, su estado y capacidad se regula por la ley ecuatoriana también, pero en virtud de la territorialidad y no de la nacionalidad, es decir, por aplicación del Art. 13 y no del 14 del mismo Código.

Supuestas, pues estas dos circunstancias exigidas por la ley, el Art. 14 da efecto extraterritorial (personal-nacional) a las leyes ecuatorianas sobre estado civil y capacidad jurídica de ejercicio, pero únicamente si los efectos de los actos verificados en el exterior "deban verificarse en el Ecuador".

De esto se deduce que, si los actos de los ecuatorianos surten todo su efecto en el extranjero, no se rigen por la ley ecuatoriana. Nuestro Código no indica cuál será la ley extranjera que en tales casos habrá que aplicar, y efectivamente no correspondía a nuestra ley señalar qué derecho extranjero es el aplicable a actos que no tienen trascendencia en nuestro país. Los tratados internacionales, las leyes extranjeras y los principios generales del derecho son los llamados a determinar cuál ley extranjera será aplicable, cuando no lo es la ley ecuatoriana. Y téngase en cuenta que bien puede darse el caso de que un juez ecuatoriano llegue a conocer de un litigio en el que tenga que aplicar una ley extranjera, en casos como estos, y entonces deberá recurrir a esas fuentes: los tratados, las leyes extranjeras o los principios generales.

Todavía tenemos que circunscribir más el contenido del Art. 14. Nótese que la sujeción del ecuatoriano a las leyes del Ecuador se refiere exclusivamente a los *efectos* que se producen en este país, de

los actos verificados en el extranjero. Por consiguiente la constitución misma o la extensión o modificación de un estado civil, si no produce efectos en el Ecuador, puede también regirse por una ley extranjera. Efectivamente, de modo expreso, otros artículos del Código Civil, autorizan al ecuatoriano a someterse a leyes extranjeras: por ejemplo se puede casar en el exterior de conformidad con las leyes del país en que contrae el matrimonio, siempre que no viole el Derecho Ecuatoriano (Art. 104), asimismo, se puede hacer testamento en el extranjero, etc. Generalmente, la forma de los actos se regirá siempre por la ley del lugar en que se verifiquen ("locus regit actus").

Ciertamente que, en virtud de otras disposiciones el ecuatoriano *podrá*, —pero no está sometido de modo necesario—, aplicar la ley ecuatoriana en el exterior, para actos que pueden cambiar o modificar el estado civil o la capacidad. Así el Art. 126 del Código Civil autoriza a contraer matrimonio en el exterior conforme a la ley ecuatoriana, el Art. 1.095 del Código Civil autoriza testar en el extranjero conforme a la ley ecuatoriana, y en testamento se puede reconocer a un hijo ilegítimo, etc.

La dificultad mayor que encierra la interpretación del numeral primero del Art. 14, está en la determinación práctica de cuándo se producen efectos en el Ecuador tratándose de capacidad o estado civil de los ecuatorianos. Por ejemplo, el que un joven cumpla 18 años en un país que exige esa edad para adquirir la mayoría y con ella la capacidad plena, ¿hasta qué punto, produce efectos en el Ecuador?; hemos de entender que no se produce ningún efecto en este país, si aquella persona no hace ningún acto jurídico que deba cumplirse en una u otra forma aquí, o que altere derechos constituídos sobre bienes situados en este país; y en cambio, el momento en que haga cualquiera de esos actos, ya se puede hablar de "efectos en el Ecuador"; ahora bien, el estado civil de mayor de edad, válidamente constituído en nación extranjera, estará produciendo todos sus efectos en ese país, pero dejará de producir tales efectos en cuanto éstos se verifiquen en el Ecuador. Si ese joven compra una casa en México la compra es válida, pero si la casa está situada en el Ecuador la compra sería nula porque el hecho de llegar a los 18 años en México no puede hacer mayor de edad a un ecuatoriano que para ser mayor de edad y por consiguiente capaz, necesita cumplir 21.

Además, para que los estados civiles constituídos, extinguidos o modificados en el exterior, surtan sus efectos en el país, si se trata de ecuatorianos, deben inscribirse en el Registro Civil del Ecuador, sea directamente en el territorio nacional en las correspondientes oficinas del Registro Civil, o bien en el extranjero en las representaciones diplomáticas o en las agencias consulares. La jurisprudencia ha sacado importantes consecuencias, de esta necesidad de inscribirse en el Registro Civil los actos verificados por ecuatorianos en el extranjero. Así por ejemplo, más de una sentencia de la Corte Suprema declara que no puede disolverse por divorcio en el Ecuador un matrimonio cele-

brado en el extranjero, mientras no esté inscrito en el Registro Civil.

Cuanto se ha dicho respecto del estado civil es aplicable por igual respecto de la capacidad jurídica general. La capacidad jurídica, especial para determinados actos puede seguir reglas también especiales.

Nuestra ley nada dice sobre la que debe regir la capacidad del ecuatoriano o del extranjero fuera de nuestro país, si es que sus actos no van a tener efectos en el Ecuador.

Desde luego, se respeta el valor de los actos realizados en cuanto constituyan derechos adquiridos. Pero no hay que olvidar que para conformar un derecho adquirido el Derecho Internacional Privado exige que se cumplan todos los requisitos de la ley internacionalmente competente, y en estos casos, dicha ley es la ecuatoriana.

El Código Sánchez de Bustamante, siguiendo la doctrina generalmente admitida, somete a la ley personal la capacidad jurídica de las personas; además, también la capacidad especial para ciertos actos sigue la misma regla, así para el consentimiento matrimonial (Art. 36) para los derechos sucesorios (Art. 144) y para los contratos (Art. 176).

Desafortunadamente las naciones americanas no llegaron a ponerse de acuerdo en la Conferencia Interamericana de 1928 sobre cuál debía ser considerada como única ley personal. Un grupo de países sostenía como ley personal la de la nacionalidad, y otro, la del domicilio. Al fin se llegó a la transacción contenida en el Art. 7 del Código Sánchez de Bustamante: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior". De esta manera se da valor internacional a las disposiciones de la legislación interna de cada país, de modo que los demás deben aceptar en virtud de la Convención Internacional, su valor. Pero también ese Art. 7 ha dejado el germen de numerosos conflictos verdaderamente irresolubles.

Se corrige en parte aquel defecto del Código Sánchez de Bustamante porque respecto de algunas instituciones determina directamente cuál ha de ser en todo caso la ley personal aplicable, así por ejemplo, en materia de divorcio y de separación de cuerpos, se establece que debe seguirse la ley del domicilio (Art. 52). Por otra parte, el Art. 8 del mismo Código garantiza el respeto a los derechos adquiridos, de tal manera que un estado civil constituído de conformidad con las leyes de una Nación que sigue, por ejemplo, el sistema del domicilio, deberá luego ser igualmente reconocido en la de la nacionalidad de quién lo adquirió, aunque su país siga el sistema de la nacionalidad.

Hay, pues, perfecta coincidencia entre lo dispuesto por el Código Sánchez de Bustamante y nuestro Código Civil, en materia de estado y capacidad de las personas, con la peculiaridad de que la ley interna señala con precisión cuál es la ley personal y el Código de Derecho Internacional Privado deja en libertad a cada Estado para determinar dicha ley personal.

Pero, además, el Código Sánchez de Bustamante tendrá en mu-

chos casos que aplicarse en el Ecuador para resolver conflictos de leyes, sobre todo, cuando la legislación interna no contiene disposiciones expresas. Concretamente, los jueces ecuatorianos tendrán que aplicar las reglas del Código, en los asuntos que estamos estudiando: a) en los casos de discusión sobre el estado, capacidad o derechos derivantes de ellos cuando se trate de actos de extranjeros verificados en el exterior; b) para la capacidad de los ecuatorianos en el extranjero cuando sus actos no produzcan efectos en el Ecuador; y c) cuando los derechos y obligaciones que nacen de un estado civil de un ecuatoriano en el extranjero, se refieren a su cónyuge o parientes extranjeros.

Otras leyes del país extienden también extraterritorialmente la protección de las leyes ecuatorianas (y sus exigencias), a los ecuatorianos en el exterior; así la Ley Orgánica de Educación, el Código de Comercio, etc.

35.—*Relaciones de familia*

No tenemos una definición legal de la familia, pero sí del matrimonio, que origina la familia legítima (Art. 91 del Código Civil), y de los diversos tipos de parentesco: legítimo (Art. 23 y 26), ilegítimo (24 y 27), de consanguinidad en línea recta o colateral (Art. 22) o de afinidad (Art. 26 y 27). Pero sobre todo, en el Art. 32 se define quienes son para los efectos legales los "parientes de una persona", es decir el grupo de sus allegados, o en cierto modo, su familia. Este conjunto de personas comprende al cónyuge (que no es pariente) y a los consanguíneos legítimos e ilegítimos hasta el cuarto grado y los afines solamente legítimos y hasta el segundo grado.

Las relaciones de familia crean obligaciones morales y jurídicas, y dentro de éstas unas son de carácter patrimonial, como el derecho de alimentos, o el usufructo que el padre tiene sobre los bienes del hijo de familia, y otras son de carácter no patrimonial, como la obligación de obedecer que tienen los hijos respecto de los padres de familia, o la mujer casada respecto del marido, o la protección que éste debe a aquella. Lógicamente las relaciones de familia originan también derechos correlativos a las obligaciones, y con carácter asimismo patrimonial o no patrimonial, según los casos.

El numeral 2 del Art. 14 da extraterritorialidad a nuestras leyes respecto de las relaciones de familia de los ecuatorianos en el exterior, pero solamente en cuanto originan derechos u obligaciones hacia el cónyuge o pariente ecuatoriano. Dice así textualmente: "2º— En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos".

Valen aquí las mismas observaciones hechas a propósito del inciso primero (ver el número anterior), o sea que esta regla: se dirige sólo a los ecuatorianos; tiene aplicación únicamente en el exterior; y siempre que sus efectos se refieran a otros ecuatorianos (en el inciso

anterior el equivalente era "que sus efectos se produzcan en el Ecuador").

Ahora bien, la limitación de la extraterritorialidad de estas leyes únicamente al caso de relaciones de familia *con otros ecuatorianos* ha sido juzgada por algunos autores como injusta.

A mi modo de ver esta limitación de la extraterritorialidad a sólo los derechos y obligaciones respecto del cónyuge o parientes ecuatorianos debió establecerla Don Andrés Bello para guardar paralelismo con lo dispuesto en el numeral primero del mismo artículo. Si se justifica la aplicación de la ley ecuatoriana en el extranjero cuando versa sobre estado civil y capacidad que producen efectos en el Ecuador, asimismo, las relaciones de familia deben someterse a la ley ecuatoriana solamente cuando recaen sobre cónyuge o parientes ecuatoriano. En otras palabras, para dar extraterritorialidad a las leyes personales, consideró necesario el autor del Código que existiera un doble elemento de conexión con la República, si solamente hay un elemento de conexión la extraterritorialidad no se produce. La solución desde un punto de vista puramente técnico es inobjetable. Pero en cambio, en la práctica, sí acarrea la anomalía de que unos derechos pueden hacerse valer frente a un individuo de una nacionalidad, y no frente a otro de distinta nacionalidad. O por lo menos, esos derechos pueden hacerse efectivos según la ley ecuatoriana, en unos casos, y en otros será preciso aplicar otra ley distinta.

36.—Derechos reales

El Art. 15 del Código Civil da la norma fundamental para resolver los problemas de Derecho Internacional Privado sobre los bienes o cosas. Esos problemas pueden ser de calificación o conflictos de leyes sobre los derechos que recaen en dichos bienes. Los derechos sobre las cosas, a su vez, pueden ser derechos reales (de los cuales trato en este punto), o derechos personales provenientes de obligaciones.

Los problemas de calificación consisten en saber de conformidad a qué ley se debe determinar la naturaleza jurídica de una cosa o de una institución o relación de derecho. Es un problema de calificación saber si un buque, por ejemplo, debe calificarse como mueble o inmueble, aplicando para ello la ley del lugar donde está matriculado o del lugar donde está actualmente surto. Es también problema de calificación el de saber si un contrato constituye una relación laboral o civil, según se aplique la ley del lugar en donde se ha perfeccionado o la del país donde debe cumplirse, etc.

La primera calificación que tiene importancia en materia de bienes es la que lleva a establecer las grandes clasificaciones o categorías de cosas: muebles e inmuebles, cosas singulares y universales, etc.

La calificación de una cosa como mueble o como inmueble tuvo valor trascendental en el antiguo Derecho Internacional Privado. Los

estatutarios daban reglas totalmente diferentes para cada una de estas clases de bienes. Mientras los inmuebles estaban generalmente sometidos a la ley del lugar de su situación (lex rei sitae), los muebles normalmente seguían el estatuto de su propietario. Hoy día, sobre todo a partir de Savigny, no se suele dar tanto relieve a esta clasificación de las cosas.

Mayor importancia tiene hoy la calificación de una cosa como singular (res uti singula), o como una universalidad (res universales). El caso más saliente de las cosas universales consiste en la herencia: todo el patrimonio del causante, con su activo y pasivo, se considera una cosa universal, o una universalidad de bienes. También el patrimonio de una persona viva es una universalidad, pero tiene menos aplicaciones jurídicas este concepto; quizá los dos casos más notables en que se aprecia el carácter universal del patrimonio de una persona viva son el de la quiebra (o su equivalente civil: el concurso de acreedores), y la garantía universal de todos los bienes del deudor.

El Art. 15 somete a las leyes ecuatorianas los bienes situados en el Ecuador (dentro de ciertas condiciones que veremos), y esto trae como primera consecuencia que la calificación de dichos bienes debe hacerse conforme a la ley ecuatoriana. El derecho del Ecuador es el que debe decidir si una cosa es universal o singular.

Esta primera calificación tiene enorme importancia, porque precisamente el Art. 15 no es estrictamente aplicable más que a las cosas singulares, respecto de las cosas universales tenemos otras reglas: para las sucesiones por causa de muerte en el propio Código Civil, y para la quiebra y el concurso de acreedores, en el Código de Procedimiento Civil y en el Código de Comercio.

Con estas nociones previas, podemos entrar al estudio directo del Art. 15 del Código Civil:

Art. 15.— "Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Pero los efectos de esos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas."

El Art. 15 formula, pues, la antigua regla de los estatutarios, según la cual las cosas se someten a la ley del lugar de su situación. Es la "Lex rei sitae".

Pero la referida norma se refiere aquí únicamente a los bienes *situados* en el Ecuador. Respecto de los situados en el extranjero, no se legisla nada y habrá que recurrir a los tratados internacionales, a las legislaciones internas de los otros países o a los principios generales del derecho. Como uno de dichos principios generalmente admitidos es precisamente la "lex rei sitae", así como por el principio de reciprocidad, normalmente hemos de aplicar también a los bienes situados

en el extranjero la ley del lugar de su situación, pero no —como queda dicho—, por lo que ordena el Art. 15 del Código Civil.

El Código Sánchez de Bustamante ordena también la aplicación general de la "lex rei sitae", salvo las excepciones que él mismo enumera. Dice el Art. 105: "Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación".

Y en los Arts. 112 y 113 del Código Sánchez de Bustamante aplica la regla anterior a las calificaciones de los bienes, como hemos visto que también es aplicable a ello el Art. 15 de nuestro Código Civil. También en este punto encontramos perfecta armonía entre ambas leyes.

Por otra parte, según el mismo Código Sánchez de Bustamante y también conforme a nuestro Código de Procedimiento Civil (Art. 30), es competente para los juicios relativos a bienes o derechos que recaen sobre ellos, el juez del lugar donde están situados. En esta forma coincidirán las más de las veces la "lex rei sitae" y la "lex fori" o ley del juez.

Después de realizada la calificación el problema que hay que resolver en Derecho Internacional Privado es el de la ley aplicable a la relación jurídica misma que se discute. También para este segundo aspecto, rige la "lex rei sitae". Nuestro Código en el Art. 15, no hace diferencia alguna, sino que afirma en términos absolutos que "Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas", luego tanto para la calificación como para la regulación de los derechos de que son objeto.

La regla del Art. 15 se aplica en este aspecto a toda clase de bienes situados en el Ecuador, sean muebles o inmuebles. La antigua distinción estatutaria ha sido superada por el derecho moderno.

La regla que somete las cosas a la ley del lugar de su situación, parece cobrar cada día mayor vigor y figura en los Códigos de la mayor parte de las naciones. En América, está también reconocida por los principales tratados como los de Montevideo de 1889 y de 1940, el nuestro con Colombia de 1903, el Código Sánchez de Bustamante, y en los Estados Unidos, por el Restatement of Law.

A veces sin embargo, es difícil determinar dónde está situada una cosa. No me refiero a la dificultad de la prueba respecto a la localización física de un bien, sino a la problemática de la situación de aquellas cosas que, o no tienen lugar fijo, o no ocupan físicamente lugar alguno, u ocupan varios a la vez.

Un primer caso tenemos en los inmuebles que por estar en las zonas fronterizas, pueden extenderse a uno y otro lado de los límites nacionales. Cabe entonces o la solución de que cada parte se rija por la Ley del Estado en que se halla, o bien un derecho de "prevención", de modo que el primero que juzgue del litigio adquiera la plenitud de la competencia para sus jueces y para sus leyes. La primera solución será aplicable a muchos derecho divisibles, pero será necesario recurrir

a la segunda cuando nos encontremos frente a un derecho individual, como el de hipoteca.

Las mercancías embarcadas en un buque o en una aeronave, presentan otra dificultad. El Tratado de Montevideo de 1889 disponía (Art. 28) que se consideren situadas en el lugar de destino; el nuevo Tratado de 1940 no resuelve este punto. No hay uniformidad en la doctrina jurídica para resolver este problema: para unos el lugar de la situación actual regularía en cada momento el régimen de esos bienes (solución poco práctica, de muy difícil aplicación), para otros se determinaría por el domicilio del propietario (lo cual también entraña serias dificultades), otros finalmente consideran que la misma ley que regula la relación jurídica principal que recae sobre esos bienes debe también actuar sobre los bienes mismos (pero a veces, precisamente lo discutido será aquella relación jurídica principal, y cuál es la ley que deba regirla). Así, pues, por su sencillez y claridad, parece preferible la doctrina adoptada por el Tratado de 1889. El Código Sánchez de Bustamante (que se debe aplicar en Ecuador), prefiere la regla del domicilio.

Los buques y naves aéreas se consideran situados en el lugar de su matrícula, cuando están en alta mar. Aunque esta regla tiene muchas excepciones, pues varias relaciones jurídicas tienen un estatuto especial para su realización en alta mar.

Los cables submarinos son bienes situados en varios países, en mares territoriales y en alta mar, a la vez, muy frecuentemente. Varias convenciones internacionales han creado un estatuto especial para regirlos. La aplicación de la Lex Fori, figura desde la Convención de París de 1884, y se ha conservado en tratados posteriores.

Los créditos, considerados como cosas, se rigen normalmente por la ley del lugar en donde deben hacerse efectivos. Esta regla está consignada en el Tratado de Montevideo de 1940, y la reconoce también el Código Sánchez de Bustamante (Art. 107), pero señala además como supletoria la ley del domicilio del deudor. (Si no se hubiere determinado dónde deben hacerse efectivos los créditos).

En cuanto a la propiedad industrial (inventos, patentes, etc.), intelectual, artística y literaria, en general la de bienes inmateriales, se consideran situados en el lugar del registro. El Código Sánchez de Bustamante aplica también esta regla para las concesiones. El mismo criterio siguen nuestras leyes internas: la de Propiedad Intelectual (Arts. 25, 29), la de Patrimonio Artístico (Arts. 2, 5), la de Marcas de Fábrica, etc.

En cuanto al patrimonio de una persona (cosa universal), no entra en las disposiciones del Art. 15, pero conviene señalar aquí, que no tiene localización física, o su localización es múltiple (donde está cada cosa), por lo cual hay que recurrir a alguna ficción; así nuestro derecho considera situada la herencia (el patrimonio del causante), en el lugar del último domicilio del de *cuius* (Art. 1.024 del Código Civil).

No hay una regla expresa sobre las cosas futuras, es decir las

que no existen en el momento en que se hacen objeto de un contrato u otro acto. Lo lógico parece ser que se sometan a la ley que regula el acto o contrato que crea o modifica derechos sobre las cosas futuras, y ese acto o contrato a su vez deberá estar regido o por la ley del lugar en que se perfeccione o por la del lugar en que deba cumplirse, cuando las cosas futuras lleguen a ser actuales.

En otros casos el derecho se aparta de la realidad material de la situación física de las cosas y las somete a una ley distinta. Aquí ya no tenemos presunciones de situación (como respecto de la propiedad artística o literaria, etc.), sino verdaderas excepciones a la lex rei sitae.

Los locales de las representaciones diplomáticas y de las agencias consulares de otros países se consideran exentos de la jurisdicción de las leyes territoriales y rodeados de una serie de garantías y privilegios que aseguran la necesaria independencia en el ejercicio de las funciones de tales representantes y cónsules. Hasta principios de siglo, incluso se concebía esta extraterritorialidad de las legaciones, embajadas y consulados en un sentido material: como una prolongación del territorio de los países respectivos.

Por consiguiente, los actos realizados en una embajada de un país amigo en el Ecuador, son actos realizados en territorio ecuatoriano, y viceversa, los actos realizados en una embajada ecuatoriana en cualquier país extranjero son actos realizados en el extranjero. Si estos últimos actos se sujetan a la ley ecuatoriana en ciertos casos, será en virtud de leyes especiales o de las reglas que ya hemos estudiado (Art. 14 del Código Civil principalmente), y no porque la embajada ecuatoriana sea "territorio del Ecuador". En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia (20), y es la doctrina comunmente admitida.

La Ley de Régimen Municipal declara exentos de impuestos los inmuebles de los gobiernos extranjeros para su servicio diplomático y consular (Arts. 182 y 186).

El Código Penal (Art. 7) refuta como acciones cometidas en el territorio nacional "las ejecutadas a bordo de naves o aeróstatos ecuatorianos de guerra o mercantes, salvo los casos en que los mercantes estén sujetos a una ley penal extranjera, conforme al Derecho Internacional; y a las cometidas en el recinto de una Legación ecuatoriana en país extranjero"; por su parte, el Código de Procedimiento Penal precisa en qué casos concretos se consideran cometidos los delitos en el Ecuador (Art. 3) y en el Art. 178 se establece el trámite para extraer de la casa de un representante diplomático extranjero a un delincuente. Estas y otras disposiciones de nuestras leyes internas demuestran que el Ecuador reconoce ,como lo declara en términos generales el Art. 5 de la Constitución de la República), los principios de Derechos Internacional que hacen excepción a la regla de la territorialidad de la ley respecto de las embajadas, legaciones, barcos y aviones extranjeros. Además el Ecuador ha suscrito numerosos tratados internacionales que refuerzan estos principios.

Vistas ya las limitaciones de la lex rei sitae, y las excepciones

a la misma, nos queda por examinar algunos casos concretos en que se aplica con modalidades especiales la referida regla, que inspira el Art. 15 del Código Civil.

El Art. 2.428 del Código Civil dice así: "Los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera, surtirán efecto, con respecto a los bienes situados en el Ecuador, con tal de que se inscriban en el registro del cantón donde dichos bienes existan". Nos hallamos, pues, ante una aplicación concreta a la regla del Art. 15: el contrato realizado en el exterior referente a bienes situados en el país, vale, y se somete a las leyes ecuatorianas únicamente en cuanto sus efectos se produzcan en el país; como la hipoteca es una derecho real que modifica el régimen jurídico de la cosa raíz gravada, el efecto principal se produce donde está la cosa, y por eso si se halla situada en el Ecuador, se somete a la ley ecuatoriana; ahora bien, nuestra ley subordina los efectos de la hipoteca al hecho de la inscripción en el Registro de la Propiedad, luego, aunque el derecho real de hipoteca se haya constituído válidamente en el exterior conforme a una ley extranjera, para hacerse efectivo en el Ecuador se requiere de dicha inscripción.

Otro caso interesante tenemos en el Art. 735 del Código de Comercio: "No están sujetas sujetas a embargo las naves extranjeras surtas en puertos ecuatorianos, sino por deudas contraídas en el territorio del Ecuador, por causa o en utilidad de las mismas naves". Aquí se presume que los efectos del contrato o acto que ha originado las deudas se producen en el Ecuador, cuando las deudas han sido contraídas en este país, y solamente entonces se puede embargar la nave situada en territorio nacional.

37.— Las obligaciones

El Art. 15 se refiere no solamente a la calificación de los bienes y a los derechos reales que se pueden constituir sobre ellos, sino principalmente a las obligaciones provenientes de contratos relativos a las cosas.

Desde luego las obligaciones no nacen solamente de los contratos, sino también de actos voluntarios unilaterales, como la aceptación de una herencia, de los cuasicontratos, de los delitos y cuasidelitos y de la directa disposición de la Ley (cfr. Art. 1.490 del Código Civil). Pero el Art. 15 hace referencia solamente a los contratos y a sus efectos, que son principalmente las obligaciones que de ellos derivan.

El Art. 1.491 del Código Civil define: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."

Los bienes situados en el Ecuador pueden ser objeto de contratos celebrados en nación extranjera. Esos contratos pueden regirse por leyes extranjeras. De hecho, necesariamente algunos elementos contractuales deben someterse a otras leyes, por ejmplo la forma o so-

lemnidades se norman por la ley del lugar en que se realizan los actos o contratos, por regla general.

Son únicamente los efectos de tales contratos los que se someten a la ley ecuatoriana, y esto cuando tales efectos se producen en el Ecuador.

Es indiferente, en cambio, que los dueños de los bienes sean o no ecuatorianos. En uno u otro caso, se seguirán las reglas indicadas.

Tampoco indica nuestra ley por qué derecho (el de qué Estado) se regirán los efectos que se produzcan en el extranjero. Se deberá entonces aplicar los tratados internacionales, el Derecho Internacional Privado extranjero, y las normas de equidad o de derecho universal. Por analogía y por aplicación del principio de reciprocidad, habrá normalmente que considerar que es la ley del lugar en donde se producen los efectos la que determinará la ley extranjera aplicable a los efectos que se produzcan en el exterior.

El Código Sánchez de Bustamante da muchas reglas para regular los contratos y las obligaciones que de ellos derivan. Distingue cada uno de los elementos jurídicos de la relación contractual: la capacidad de los contrayentes, el consentimiento, la forma o solemnidades, la causa jurídica del contrato, los efectos del mismo; para cada uno de estos elementos existen reglas especiales (Arts. 175 a 186). Por otra parte el Código de Derecho Internacional Privado clasifica los diversos tipos de contratos y da normas genéricas para cada grupo, y finalmente para muchos contratos da normas particulares que naturalmente prevalecen sobre las generales. No es del caso resumir aquí todo este complicado sistema, pero sí baste decir que el Código Sánchez de Bustamante hace prevalecer en general la ley que las partes contratantes escojan voluntariamente, y a falta de esta determinación, rigen los efectos de los contratos la ley personal común de los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

Las normas del Código Sánchez de Bustamante se aplicarán en el Ecuador para los siguientes casos: a) Cuando haya que resolver sobre los efectos de contratos que no se produzcan en el país sino en el exterior aunque las cosas estén en el Ecuador; b) Cuando además de producirse los efectos fuera del país, también las cosas están en el extranjero. Desde luego, se tienen que aplicar con carácter obligatorio las disposiciones de dicho Código únicamente cuando entran en juego otros Estados que también han suscrito la Convención de 1928 que aprobó el Código, o sea otros catorce Estados americanos. Si el conflicto de leyes se presenta con el orden jurídico de otros países que no hubieran suscrito el Tratado, el Código Sánchez de Bustamante no tendría valor obligatorio, pero un juez ecuatoriano podría aplicarlo como expresión de los principios de derechos, siempre que no exista otro tratado u otra norma obligatoria.

En nuestra legislación interna se refuerza el sistema de regir los efectos de los contratos por la ley del lugar donde se producen, sistema que también es el adoptado por importantes tratados internacio-

nales como los de Montevideo de 1889 y 1940. En algunos casos nuestro derecho recurre a presunciones para determinar en dónde se producen o deben producirse los efectos que determinan la aplicación de la ley.

El Código de Comercio, en el Art. 154 dispone: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplideros en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas.— Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquier otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse por las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa".

Por consiguiente, hay una diferencia fundamental entre los contratos civiles y los comerciales en cuanto a la ley aplicable a sus efectos: mientras en los civiles, conforme al Art. 15 del Código Civil, necesariamente se aplica la ley ecuatoriana siempre que los efectos se producen en el país, en los comerciales sucede lo propio pero únicamente si las partes "no hubieren acordado otra cosa"; prevalece, pues, en ellos la norma voluntariamente escogida.

Solamente hay algunas limitaciones a esa libertad mayor que rige en materia comercial: así, cuando los pagos deben hacerse en el Ecuador se han de verificar conforme a nuestra ley, en moneda ecuatoriana; también las medidas que se usen en el Ecuador son las designadas por las leyes nacionales (Art. 155 del Código de Comercio). La regla de que la ley del lugar del pago rige la moneda en que debe realizarse se aplica dentro y fuera del Ecuador, según el Art. 449 del Código de Comercio cuando se trata de letras de cambio, y para los cheques tenemos una disposición análoga (Art. 525 del Código de Comercio), y para los pagos de los seguros también (Art. 928).

Otro elemento de la legislación nacional que rige los efectos de los contratos en el Ecuador, es el calendario. Cuando se ha contratado en un país donde se sigue un calendario distinto de aquel del lugar del cumplimiento del contrato, rige el del lugar del cumplimiento. En nuestro Código de Comercio, concretamente se establece la regla de que se aplica el calendario del lugar del pago a las letras de cambio y pagarés (Art. 445 y 488), y también para los cheques se siguen reglas ecuatorianas sobre los plazos para su presentación lo cual supone la aplicación del calendario nacional (Art. 511).

Para que ciertos contratos puedan producir efectos legales en el Ecuador se exige a veces el cumplimiento de requisitos especiales. Así, para que el contrato de sociedad celebrado en el exterior produzca sus efectos normales y legales, y pueda gozar de la protección de la ley ecuatoriana, el Código de Comercio exige que dichas compañías tengan un representante en el Ecuador (Art. 273), y si no cumplen ese requisito pueden ser consideradas momo el deudor que se oculta y representadas por un curador dativo, conforme al Art. 515 del Código Ci-

vil. Los Arts. 336 a 338 del Código de Comercio prescriben la forma de establecer esos agentes de compañías extranjeras en el Ecuador, que es mediante la aprobación judicial, previa presentación de varios documentos y certificados. Para las compañías de seguros se exigen requisitos semejantes pero especialmente legislados (Arts. 637, 640, 663).

Los Arts. 756 y 899 ordenan cómo se ha de celebrar los prestamos a la gruesa, o el empeño o venta de una nave o mercancías de ella en el extranjero. Estos contratos se rigen por las leyes extranjeras y por los usos del lugar, pero requieren, según dichas disposiciones, de la autorización de un juez o de un cónsul del Ecuador. En estos casos, se combinan leyes nacionales y extranjeras.

Respecto de los contratos de trabajo, el respectivo Código parece que se refiere únicamente a los perfeccionados en el Ecuador, y los somete a la ley ecuatoriana aunque deban cumplirse en el exterior (Art. 23). El Art. 35 dice con fórmula absoluta: "Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aún a falta de referencia expresa y a pesar de que se pacte en contrario", pero esta exclusión de la posibilidad de pactar en contrario debe referirse a que no se puede someter un contrato que por su naturaleza sea de trabajo a las leyes civiles ordinarias, y no a la posibilidad de pactar la aplicación de una ley extranjera. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.

Sobre los contratos de trabajo en naves marítimas, el Código de Policía Marítima trae disposiciones muy completas y precisas en el Art. 366. Distingue si se trata de obreros de naves ecuatorianas o de extranjeras, en el primer caso es competente la autoridad del país, en el segundo se reconoce la competencia de los cónsules extranjeros, salvo el caso de que "la demanda se fundare en reglamento ecuatoriano y aplicado en contrato celebrado con intervención de autoridad ecuatoriana, caso en que tocará la resolución a los jueces competentes del Ecuador", los que aplicarán su propia ley.

La lex rei sitae tal como la entiende el Art. 15 del Código Civil tiene también aplicación en la Ley de Tránsito Aéreo. En el Art. 9 se contienen muchas reglas de derecho internacional que abarcan desde materias civiles hasta penales. Pero lo que más nos interesa en este punto es lo siguiente: "Los actos jurídicos efectuados a bordo de aeronaves, ecuatorianas o extranjeras, mientras éstas permanezcan en territorio nacional, están sujetos a las leyes ecuatorianas. Los efectuados en aeronaves ecuatorianas fuera del territorio nacional se someterán a las leyes del país en que navegan". Si están sobre la alta mar las aeronaves ecuatorianas se someten también a la ley ecuatoriana. Pero el Art. 8 de la misma Ley establece que los traspasos de propiedad y los gravámenes que afecten a las aeronaves "no tendrán valor si no se inscriben en el Registro Aeronáutico Nacional"; o sea que tenemos una disposición análoga a la ya estudiada del Art. 2.428 del Código Civil: para esos traspasos de propiedad o constitución de gravámenes se ordena, como exigencia de orden público en el país, la inscripción, o sea

que se produce un efecto necesario en el Ecuador, y de aquí se sigue la aplicación igualmente necesaria de la ley ecuatoriana.

El Art. 41 de la Ley de Petróleos lleva hasta el extremo el celo por el cumplimiento de la ley nacional cuando los efectos de algún acto pueden producirse en el Ecuador, o afectar a bienes situados en el país. Efectivamente, establece que "El Ministro Juez de Minas, vigilará que los concesionarios, *dentro y fuera del país,* cumplan los contratos, leyes y reglamentos". Desde luego que esta disposición sería un tanto utópica, si no se la entendiera en el sentido de que las autoridades ecuatorianas tienen que velar porque se respeten nuestras leyes en tanto en cuanto repercutan los actos en territorio ecuatoriano.

Finalmente, otro efecto de las obligaciones aunque sean contraídas en el exterior pero cuando deben hacerse efectivas en el Ecuador, es el de que los pagos se han de verificar en moneda ecuatoriana por regla general, como lo ordena el Art. 7 de la Ley de Régimen Monetario. Sin embargo el Art. siguiente (Art. 8), señala numerosas excepciones a esta regla.

38.—Forma de los actos

"La forma se refiere a las solemnidades externas", dice el Art. 16 del Código Civil. Muchas veces se toman como sinónimos "forma" y "solemnidades".

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

Si alguien quiere comprar o vender, prestar, arrendar, etc., una cosa mueble, basta que el consentimiento de las partes se manifieste de alguna manera, sin que la ley especifique cuál sea. Si esos, u otros actos, versan sobre materias de cierta cuantía, la ley exige que los contratos consten por escrito (siempre que pasen de 160 sucres la cuantía, exige el Art. 1.762 del Código Civil), pero la forma sigue siendo

libre: ese documento puede redactarse de cualquier manera y por las mismas partes, sin que tenga que intervenir ningún magistrado o funcionario. Cuando los actos y contratos se perfeccionan con el sólo consentimiento de las partes se llaman "consensuales", tal es el caso de la compraventa de cosas muebles. A veces se exige la tradición o la entrega de la cosa objeto del contrato, además del consentimiento, entonces los contratos son "reales" (de "res": cosa), como sucede con el depósito. Pero hay ciertos actos y contratos que además del consentimiento requieren que se cumpla con formalidades especiales, de manera que sin ellas no surten ningún efecto (cfr. Art. 1.496 del Código Civil), como sucede con el matrimonio, la adopción, un reconocimiento de hijo ilegítimo, el establecimiento de cualquier derecho real sobre inmuebles, etc.

Las solemnidades que la ley prescribe son de muchas clases: pueden consistir en la presencia de determinados funcionarios o de testigos (como en el matrimonio), o pueden requerir autorizaciones o permisos de otras personas (matrimonio del menor de edad, adopción, etc.,) o de magistrados o de autoridades (por ejemplo, en la venta de bienes de menores), o bien, exigir requisitos de publicidad (avisos por la prensa o por carteles, inscripciones en registros, etc., como en la constitución de sociedades, etc.), pero las solemnidades más corrientes consisten en la confección u otorgamiento de instrumentos públicos; en dichos instrumentos suelen constar los otros requisitos formales del acto solemne.

"Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado", dice el Art. 1.752 del Código Civil. Por ejemplo son instrumentos públicos: un nombramiento de un funcionario público, una sentencia judicial, un diploma de abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, la cédula de identidad, una acta de Registro Civil, etc., etc., pero sobre todo merecen especial consideración las escrituras públicas, que constituyen una categoría especial de instrumentos públicos.

El instrumento público "otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública". Naturalmente estos instrumentos ofrecen la garantía de una gran seriedad y eficaz conservación sin alteraciones.

Los Arts. 16 y 17 del Código Civil se refieren directamente sólo a la forma de los instrumentos públicos, y lo hacen bajo el doble aspecto: en cuanto son elementos constitutivos (formales) de los actos y contratos, y en cuanto sirven de prueba de los mismos.

Art. 16.— "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese".

A diferencia de los Arts. anteriores, el Art. 16, da una norma de Derecho Internacional Privado con un carácter absoluto: para resolver conflictos de leyes que se susciten dentro o fuera del país. En uno u otro caso regirá la tradicional regla "locus regit actus".

En cambio, este artículo restringe el alcance de dicha norma solamente a los instrumentos públicos.

Más lógico habría sido establecer que en todo caso en que las leyes ecuatorianas exijan formas solemnes para actos que deben surtir efectos en el país, se sujetarán a las leyes ecuatorianas. Cuando se impone una forma solemne, quiere decir que se considera que aquel acto o contrato afecta al orden público, y tiene pleno derecho un Estado para exigir en tal caso que se cumplan sus leyes, y no pueda escogerse voluntariamente una norma extranjera.

Cierto es, que los principales actos solemnes en el Ecuador, son aquellos que se hacen mediante instrumento público, pero hasta 1956 existieron también los testamentos verbales privilegiados, cuya única solemnidad consistía en la presencia de testigos. Después de la supresión de esos testamentos, el sentido del Art. 16 del Código Civil es más exacto, porque ahora prácticamente coinciden en el Ecuador los actos solemnes con los actos que requieren de instrumento público.

La aplicación de la ley del lugar a la forma de los actos podría también extenderse a los actos no solemnes, pero una disposición de ese tipo sería ineficaz, puesto que si en un acto no solemne se puede escoger cualquier forma, también se puede escoger cualquier ley (nacional o extranjera).

Si se presentara el conflicto porque se hubiera realizado en país extranjero un acto conforme a su ley, considerándose allí al acto como no solemne, y en el Ecuador aquel acto fuera de los calificados por nuestro derecho como solemne, habría que examinar si se constituyó o no plenamente un derecho adquirido; en el primer caso, valdría la calificación extranjera y debería reconocerse la validez del acto, en virtud de la regla universalísima "locus regit actus"; pero si la ley extranjera no era competente para regir el acto en el fondo, tampoco podría aceptarse la existencia de un derecho adquirido, y la forma tendría que ajustarse a la ley ecuatoriana puesto que se exige forma solemne y dicha exigencia pertenece al orden público. En todo caso esto no está previsto en el Art. 16 (y debió estarlo), y se deduce más bien de la jurisprudencia y de la doctrina.

El Art. 16 distingue, además, claramente la función constitutiva de la función probatoria de los instrumentos públicos. Por una parte el instrumento público puede ser exigido por la ley en cuanto "forma" necesaria de un acto jurídico, por otra parte sirve para probar dicho acto o ciertas circunstancias referentes a él (la fecha y las personas que intervinieron). El Art. 16 se refiere directamente a la función constitutiva y la somete a la regla del lugar en que se otorgue el instrumento, en cuanto a la función probatoria se remite a las reglas del Código de Procedimiento Civil, y por otra parte en el Art. siguiente

tratará el Código de esta segunda función (probatoria) de los instrumentos públicos.

Algunos actos particularmente solemnes como el matrimonio y el testamento tienen reglas especiales sobre la ley que rige su forma, y que estudiaremos en su lugar oportuno (Arts. 126 y 1.094 del Código Civil).

La regla "locus regit actus", ha sido adoptada por muchos convenios internacionales. En América, baste citar que la Primera Conferencia Interamericana de Washington en 1889 - 90, recomendó la norma indicada para regir la forma de los documentos. El Código Sánchez de Bustamante adopta la regla para muchas instituciones: en el Art. 41 para el matrimonio, en el Art. 66 para el reconocimiento de hijos ilegítimos, en el 150 para los testamentos, etc. Sin embargo, en algunos casos prescribe la acumulación de estatutos, o sea la necesidad de cumplir simultáneamente más de una ley, así en el Art. 180: "Se aplicará simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito"; esta última regla se relaciona estrechamente con nuestro Art. 17 del Código Civil.

Frente a la regla "locus regit actum" se ha propuesto como norma aplicable a la forma de los actos la llamada "lex causae", es decir, la ley que rige el fondo mismo de la relación jurídica. Este criterio fue parcialmente aceptado en el Tratado de Montevideo de 1889, y en el de 1940 queda aún alguna traza de él.

Hay también ciertas excepciones al principio, aceptadas comunmente por la doctrina internacional. Pueden no regirse por la ley del lugar los actos: 1) Cuando son autorizados por cónsules o diplomáticos extranjeros; 2) A veces, la forma de los actos relativos a derechos reales sobre inmuebles (por ejemplo en el Ecuador, en cuanto se exige inscripción en el Registro de la Propiedad); 3) Los actos ejecutados en fraude de la ley nacional, siempre que se acepte esta doctrina; 4) Los actos no legislados en el país donde se celebren y que vayan a producir efectos en otro, o en el mismo siempre que no afecten a su orden público.

Para aplicar la regla que venimos estudiando, en todos los casos en que se requiera inscripción (el caso más notable: todo lo referente a derechos reales sobre inmuebles), el Art. 41 de la Ley de Registro e inscripciones establece: "Los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin previa providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad."

El Código de Comercio acepta también la regla "locus regit actum": "A propósito de letras de cambio (Art. 485), pagarés a la orden (Art. 488), cheque (Art. 524), forma del protesto de los cheques (Art. 525), contrato a la gruesa (Art. 899), seguro marítimo (Art. 935, aunque con ciertas limitaciones exigidas por el orden público, y con la excepción relativa a la posibilidad de que los cónsules ecuatoria-

nos autoricen los contratos de sus connacionales en el exterior: Art. 939).

La Ley de Control de Compañías de Capitalización, en el Art. 9 supone también la vigencia universal del principio de que los actos se rigen por la ley del lugar en que se celebren, y por eso exige para que compañías extranjeras puedan operar en el Ecuador, que se pruebe que se hayan constituído legalmente conforme a la ley del respectivo país.

El Art. 9 de la Ley de Tránsito Aéreo, igualmente, sobre la base de la regla "locus regit actum", considera ciertos actos o hechos producidos a bordo de las aeronaves ecuatorianas como sucedidos en el territorio nacional, y dispone la inscripción de los nacimientos y muertes acaecidos a bordo, siempre que se hayan verificado sobre territorio nacional, de otro modo, deben denunciarse a las autoridades extranjeras competentes.

La regla principal sobre la legalización de los instrumentos otorgados en el extranjero se contiene en el Art. 211 del Código de Procedimiento Civil, y a ella se refiere de modo más directo el Art. 16 del Código Civil.

En el Art. 663 del Código de Procedimiento Civil que en los testamentos otorgados en nación extranjera el que los autorizó hará las veces de juez para los actos relativos a la apertura del testamento, de modo que en tales casos se aplica la ley ecuatoriana a esas formalidades cuando el testamento se ha otorgado también ante autoridad ecuatoriana (cónsul o diplomático).

39.—Prueba de los actos

He indicado ya que la forma o solemnidades de los actos y contratos tiene una doble función: por una parte puede ser necesaria para la constitución o existencia del acto mismo, es parte integrante de él (elemento formal constitutivo), y por otra parte, la ley puede exigir ciertas solemnidades para preconstituir así la prueba auténtica de los actos, o sea que se dispone desde un primer momento cómo se establecerá el verdadero alcance y contenido de tales actos o contratos si llegan a ser objeto de litigio o de cualquier reclamación.

Nos hallamos ante una cuestión controvertida, en la que no hay uniformidad ni en la doctrina, ni en la legislación de los diversos países ni en la jurisprudencia. Sin embargo, un punto es generalmente admitido: que la forma tiene la doble función a la que me he referido. La distinción de dichas dos funciones es ya un punto muy delicado en el que no hay unanimidad de pareceres, y mayor diferencia aún se encuentra respecto a cuál sea la ley aplicable a la forma en cuanto elemento probatorio.

Don Luis Felipe Borja acusa a Don Andrés Bello de error, en esta materia, por no haber distinguido, según cree Borja entre la "prueba" y el título mismo: "Don Andrés Bello incurrió en el error de no

hablar sino de la *prueba,* mas no del *título* mismo que es lo principal.— El jurisconsulto no puede confundir el título con la prueba. El título es el origen del derecho; la prueba, la manera de manifestarlo. Cuando las partes celebran un contrato de venta, éste es el título de los derechos que el contrato bilateral les confiere; y la prueba no es necesaria sino a controvertirse sobre los derechos provenientes del título". Pero a mi modo de ver, si Bello perseguía dar normas de Derecho Internacional Privado en los artículos que corresponden a nuestros 13 - 17, y ya en el Art. 16 habla de la aplicación de la regla locus regit actum a la forma de los actos solemnes principalmente en cuanto constitutiva de los actos, tocaba lógicamente en el que hoy es Art. 17 regular el valor probatorio de la forma, sin que fuera preciso establecer la distinción que Borja reclama que no se ha hecho.

El inciso segundo del Art. 16 sirve, precisamente, como de introducción para el Art. 17, al distinguir y definir la forma y la autenticidad: las solemnidades en cuanto constitutivas y en cuanto probatorias. El inciso primero del Art. 16 se refiere a la forma en cuanto constitutiva, y el Art. 17 se aplica a la forma en cuanto elemento probatorio. Dice así el Art. 17:

Art. 17.— "En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efectos en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas."

El Art. 1.734 de nuestro Código Civil declara "nulo todo acto o contrato al que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes." Y el siguiente Art. declara que la nulidad es absoluta, entre otros casos, cuando hay "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos". El Art. 1.754 va más allá cuando dice: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo..." El Art. 1.776 quita todo valor probatorio a las escrituras privadas que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, que son instrumento público. De todas estas disposiciones se desprende un punto muy importante: que cuando el legislador exige instrumentos públicos para ciertos actos, es porque los considera de orden público, porque su trascendencia es social, no se agota en el ámbito del interés individual.

Ahora bien, el Art. 17 del Código Civil se limita a afirmar la necesidad de que se cumpla la ley ecuatoriana cuando ésta exige instrumentos públicos para determinadas pruebas. La disposición es muy congruente, va que el sistema probatorio dice relación con la esencia misma del Derecho Procesal, y éste pertenece al orden público.

Téngase en cuenta, de todas maneras, que el Art. 17 no se refiere a la constitución misma de los actos, sino a su prueba. Los ins-

trumentos privados otorgados en el extranjero no tienen valor de prueba en el Ecuador cuando la ley ecuatoriana exige instrumentos públicos. La exigencia de la *prueba* mediante instrumento público es lo que pertenece al orden público ecuatoriano, y así se justifica la disposición del Art. 17 del Código Civil.

Además, claro está, se ordena aplicar la ley ecuatoriana solamente cuando las pruebas van a "rendirse y surtir efectos en el Ecuador".

No he encontrado que los comentaristas hayan dado todo su valor a esta expresión. Considero que entraña una *doble* condición para que sea preciso aplicar la ley ecuatoriana: que la prueba se vaya a rendir en el Ecuador, y que también vaya a producir efectos en el país.

Podría rendirse una prueba en el Ecuador a petición de un tribunal extranjero —por un deprecatorio—, pero para adjuntarse a los autos de un juicio seguido en el extranjero y que vaya a producir todo su efecto en el exterior. En ese caso, la prueba no tendría que cumplir la exigencia del Art. 17, y así podría pedirse, por ejemplo, la exhibición de un documento privado en el Ecuador, para servir de prueba en el extranjero en una cuestión que en nuestro país no admitiría prueba mediante documento privado.

Del mismo modo, si la prueba se rinde en el exterior bien puede sujetarse a la ley extranjera y la sentencia a que dé lugar se puede aplicar perfectamente en el Ecuador, aunque esté fundada en una prueba que en el Ecuador no habría sido admisible. Esto, desde luego, siempre que la sentencia extranjera cumpla los requisitos para que pueda ejecutarse en el país.

Claro Solar considera que el Art. 17 (18 del Código Chileno), se refiere no solamente a las pruebas judiciales, "sino a todos los casos en que la ley chilena exige instrumento público para el perfeccionamiento de un acto o contrato, como el reconocimiento de un hijo natural, por ejemplo". Sin embargo el tenor literal del Art. 17 parece que no da pie para esta interpretación, ya que "rendir una prueba", debe entenderse ante un tribunal. Es verdad que los instrumentos públicos son necesarios para un reconocimiento de un hijo ilegítimo, para una compraventa de un inmueble, etc., pero en esos casos la exigencia del instrumento público tiene valor constitutivo y no probatorio, y por lo mismo excede del alcance de la norma contenida en el Art. 17.

El Código Sánchez de Bustamante coincide también en este punto con nuestra legislación interna. El Art. 180 que exige la aplicación conjunta de la ley del lugar del contrato y del de su ejecución a la necesidad de otorgar escritura o documento público, es la base, para las disposiciones de orden procesal contenidas en los Arts. 398 a 407; efectivamente, si se considera de orden público la exigencia de documento público, es lógico que no se admitan medios probatorios distintos (Art. 399), que se dé valor probatorio a los documentos extranjeros auténticos (Art. 402), pero que su fuerza probatoria se rija por el derecho local (Art. 403).

Para hacer efectiva la exigencia de instrumentos públicos para ciertas pruebas, se dispone que la calificación de la legalidad de su forma y autenticidad se haga por vía judicial cuando deban inscribirse documentos extranjeros en los Registros ecuatorianos. Así lo prescribe el Art. 41 de la Ley de Registro e Inscripciones: "Los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad".

Una vez calificado un documento otorgado en el extranjero como "instrumento público", entonces tiene en el Ecuador el mismo valor probatorio que tendrían en la nación en que se hubieren otorgado (Art. 209 del Código de Procedimiento Civil).

Mucho más severas son las disposiciones de nuestras leyes que requieren simplemente documento *escrito;* entonces no cabe sustitución alguna. Tal sucede respecto de los testamentos: "Valdrá en el Ecuador el testamento *escrito,* otorgado en país extranjero (Art. 1.094 del Código Civil). También respecto de los contratos cuya cuantía supere 160 sucres e impliquen obligación de entregar alguna cosa, y en materia comercial, en general siempre que se exige "como requisito de forma del contrato, que conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible (Art. 165 del Código de Comercio), pero en estos casos sucede que la forma es requisito constitutivo, y por lo mismo, de faltar la escritura (aunque sea privada), no existe contrato. Además el Código de Comercio permite que la mayor parte de los negocios se verifiquen sin forma escrita, de tal modo que otras pruebas, particularmente la de testigos, tienen amplia aplicación (cfr. Art. 168).

CAPITULO VI

LA LEY Y LA LIBERTAD

40.—Presunción de libertad

Hemos considerado los límites de la ley en el tiempo y en el espacio, y corresponde estudiar ahora un tercer límite, como una tercera dimensión de la ley: la libertad del hombre.

La ley es un límite para la libertad de las personas, porque circunscribe sus acciones: se puede hacer lo que la ley permite, no se puede hacer lo que la ley no permite. Pero si la ley limita la libertad, a su vez, la libertad limita el alcance de la ley.

Nos hallamos como ante dos dominios que se limitan mutuamente, cada uno va hasta donde llega el otro.

Que la libertad tenga que limitarse es evidente. En primer término porque el hombre es ser limitado en todos sus aspectos, y nada podemos hallar en él que sea realmente infinito. Una libertad infinita

corresponde solamente al Ser infinito, a Dios. En segundo término, la limitación de la libertad humana es una perfección para el hombre, ya que le conviene una libertad apropiada a su naturaleza limitada; y por eso la limitación de la libertad que es la ley, garantiza y hace más eficaz la libertad. En tercer término, la libertad aunque es un valor elevadísimo, no es supremo ni el único, y por eso tiene que ordenarse para convivir y desarrollar los otros valores humanos, como la justicia, la bondad, la seguridad, etc. En cuarto lugar, la libertad de unos se entrecruza con la libertad de los demás, individual y socialmente considerados.

De la breve enumeración de razonamientos y motivos por los que la libertad tiene que ser limitada, se ve de inmediato el grave error en que incurren los individualistas y liberales clásicos que reconocen como único límite de la libertad, la libertad ajena, como si en el universo no existieran más que individuos-átomos, sin fin ni concierto chocando eternamente los unos con los otros.

En último término la medida de la libertad está en la propia naturaleza humana con su fin trascendente, al cual todo debe ordenarse.

La ley ordena la libertad para que sea rectamente usada por el hombre. Nos indica cómo hay que obrar, cómo emplear la libertad. La ley, va más allá, y no solamente indica, sino que impera, obliga, y cuando el hombre abusando de la libertad traspone el límite fijado por la ley, ésta castiga.

La ley disminuye, pues, y perfecciona, a la vez, la libertad humana. La restringe, y la ordena. La limita y la garantiza.

Naturalmente nos hemos referido aquí a la libertad moral. La libertad física de suyo no se altera en nada con la ley jurídica o moral. A pesar de estar prohibido hacer algo, a pesar de que por la ley ya no soy libre de hacer algo, sigo teniendo libertad física de hacerlo. Son las leyes físicas (físico-naturales) y la limitación física material de los seres, los que impiden la libertad física, pero no la ley moral y su especie, la jurídica.

Por consiguiente, el hombre está limitado de muchas maneras: por sus propias dimensiones entitativas como ser, como cuerpo, como compuesto de alma y cuerpo, como ser social. A todo esto corresponden las leyes metafísicas, físico-naturales, psicológicas, biológicas, sociales, etc. Pero el hombre en cuanto ser inteligente y dotado de voluntad, o sea en cuanto ser libre, está limitado por la ley moral, una de cuyas manifestaciones es la ley jurídica (el derecho).

De todo lo dicho se deduce que la limitación de la libertad humana por parte de la ley, no puede ser arbitraria. No se puede fijar a capricho el límite de la libertad aquí o allí, más acá o más allá.

Otra conclusión de estas someras reflexiones es que la libertad es anterior (en sentido lógico) a la ley. La libertad no existe en virtud de la ley, o *porque* la ley la cree o la conceda. La libertad se deriva de la naturaleza del hombre: ser dotado de inteligencia y voluntad. Por consiguiente, la ley no puede restringir arbitrariamente la libertad.

La ley tiene por función propia proteger, garantizar la libertad, y también coordinarla, dirigirla, encauzarla, y para ello, limitarla en lo estrictamente necesario.

La libertad no es una dádiva de la autoridad o del poder o del sistema jurídico. Por eso deberían incluso evitarse expresiones imprecisas en la ley, como cuando se dice que se "concede" tales o cuales libertades. Lo lógico es que la ley simplemente reconozca, acate, respete, tutele, proteja, sirva, a tales o cuales libertades (aspectos concretos de la libertad que es *una*). La libertad es superior a la ley y no desciende de ella.

Esto no quiere decir que el único fin del derecho sea el de proteger la libertad. El derecho realiza la justicia, y con la justicia se da a cada uno lo suyo: a cada uno su libertad, y también a cada uno su seguridad, y a cada uno sus medios positivos para el cumplimiento de su fin y de sus aspiraciones honestas.

Si el derecho se contentara con proteger la libertad caeríamos en el concepto del "Estado gendarme", tan apreciado por la corriente kelseniana, pero hoy totalmente abandonado por ineficaz y minimizador de la gran realidad y función del Estado y del Derecho. No basta evitar el mal, hay también que hacer el bien. No basta impedir la injusticia, hay que cumplir el fin humano, procurar el bien común. El Derecho no sólo garantiza un ámbito de libertad, sino que debe proporcionar y organizar los medios a disposición del hombre para su gran tarea.

El Art. 8 del Código Civil enuncia la regla general de la libertad. Pone en claro, que la ley es un límite eventual de la libertad. Mientras no se manifieste el límite —la ley—, vale la regla general. Se puede hacer (jurídicamente hablando), todo lo que no está prohibido. Hay, pues, una presunción general de libertad. Para impedir algo será preciso probar que no se puede hacer jurídicamente. Dice así el Art. 8:

Art. 8.— "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley."

Como queda ya dicho, se formula en este artículo el principio de la libertad, anterior a la ley, y que solamente puede restringir la ley con justa causa.

Que exista libertad jurídica de hacer algo, por otra parte, no significa que no pueda haber, y de hecho no haya, otras reglas que restrinjan la libertad. Los usos sociales, la buena educación, las costumbres, limitan también la libre actuación del hombre en mayor o menor medida. Pero la principal limitación, a parte de la ley jurídica, es la ley moral. La ley jurídica no puede ir contra la moral, se encuadra en la moral, realiza unos aspectos de la moral, pero no agota el contenido de la ética. Por eso, hay cosas que la ley civil permite y que "moralmente", no pueden hacerse. No podrán impedirse por parte de la autoridad, pero la ley moral impide hacer muchas cosas no prohibidas por la ley. La ley jurídica no puede ordenar o prohibir pensamientos, afectos, movimientos de la voluntad, o cosas en todo caso pu-

ramente internas. Sí puede la ley jurídica, sin embargo, atender a esos aspectos internos, en tanto en cuanto se revelan exteriormente o influyen en los actos externos; así por ejemplo, la buena fe o la mala fe —conceptos netamente jurídicos—, dependen del conocimiento y de la voluntad, cosas internas; los vicios del consentimiento producen nulidades de los actos, etc.

La ley, por consiguiente, debe coordinar su acción con los preceptos de la moral, aunque sea cosa distinta de la moral, de alcance y finalidad semejantes pero diferentes.

La prohibición de determinados actos proviene de la necesidad de encuadrar la libertad en sus justos límites, de coordinar el derecho de todos y cada uno, y de promover el bien común.

A primera vista parece que, si la regla general es la de la libertad, una ley permisiva es algo inútil. Efectivamente, si todo está permitido, mientras no esté vedado, ¿por qué deberá nuevamente la ley indicar que algo concreto está permitido? La explicación radica en que cuando la ley ha prohibido algo puede ser necesario volver a la regla general de la libertad mediante una contraexcepción. En otras palabras, si dentro del ámbito de mi libertad se me prohibe algo, puede ser necesario declarar que algo todavía más particular no se contiene en la prohibición, y por tanto puedo realizarlo libremente

A veces se ha querido desconocer el valor de la clasificación de las leyes en prohibitivas, imperativas (o positivas), y permisivas, alegando que en cada uno de esas categorías hay siempre mandato, prohibición y permisión a la vez, aunque a sujetos diversos, o bajo distintos conceptos. Pero como muy bien observa Don José Clemente Fabres, la división anotada de las leyes no es puramente formal, pues, particularmente las prohibitivas "obligan siempre, y no puede renunciarse el derecho correlativo a la obligación que ella establece... No es impropio decir que la ley prohibitiva es la más poderosa".

Las leyes permisivas obligan, por consiguiente, a respetar a quien ejerce los actos permitidos o tolerados por la ley permisiva. Las leyes permisivas determinan los actos que no están comprendidos en una prohibición.

El principio de que está permitido todo lo que no está prohibido (en el plano jurídico siempre), es aplicable no solamente en el amplio campo del Derecho Civil en sentido amplio (comprendiendo el Comercial, el Laboral, etc.), sino también en el campo Penal. Rige allí el conocido aforismo "nulla poena sine lege": a nadie puede castigarse por la acción que no haya sido previamente prohibida por la ley con la amenaza de una pena.

En cambio, en materias Constitucionales y Administrativas, relacionadas con las atribuciones de los funcionarios y magistrados, o la organización del Poder Público, no cabe aplicar la misma regla, ya que entonces en lugar de garantizar la libertad se la destruiría.

Se ha dicho que tampoco es aplicable la regla del Art. 8 del Código Civil a las materias procesales. De suyo, claro que no es una

regla adjetiva, o destinada a regir en el campo procesal, pero, debemos afirmar que también tiene aplicación en esas materias, por el carácter supletorio del Código Civil, y sobre todo por la índole generalísima de este principio.

41.— Ciertas limitaciones de la libertad

Además de la ley, hay otras causas que pueden limitar jurídicamente la libertad, éstas son situaciones de hecho, (como el estado de insolvencia, con sus consecuencias legales), actos (como los delitos, los cuasidelitos y los cuasicontratos), y sobre todo las convenciones o contratos.

La definición del contrato o convención, contenida en el Art. 1.491 del Código Civil nos revela cómo es un acto libre, y que a su vez puede limitar la libertad, creando obligaciones que la restringen voluntariamente; dice así: "Contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". También actos unilaterales de disposición, pueden significar una limitación de los derechos y la correspondiente libertad de ejercerlos, así, por ejemplo, quien constituye una servidumbre u otro gravamen sobre su predio, disminuye su propio derecho y la libertad de usarlo.

Muchos actos administrativos pueden igualmente limitar la libertad, pero será en todo caso en cumplimiento o aplicación de la ley, de tal modo que no puede atribuirse al mismo acto administrativo, sino a la ley dicha limitación. Tal cosa sucede, por ejemplo, en las concesiones para prestar servicios públicos por parte de particulares, o en las patentes de inventos, etc., en todos estos casos al reconocer derechos exclusivos a unos se limita la libertad de los demás.

Para concluir este punto, digamos pocas palabras sobre el concepto de la llamada "relatividad del derecho".

"Los derechos no pueden utilizarse para un fin cualquiera, sino tan sólo en función de su carácter, del papel social que ellos están llamados a desempeñar... no pueden ejercitarse sino para un fin legítimo y en razón de un motivo legítimo".

Si se usa el propio derecho sin ninguna utilidad y con la única finalidad objetiva de causar perjuicio a otro, más que uso del derecho tenemos abuso del derecho. En este sentido se dice que el derecho es relativo y no absoluto, porque debe utilizarse para un fin bueno, y no de cualquier manera.

"Summum ius summa iniuria" decían ya los romanos para significar que el ejercicio estricto del derecho sin contemplaciones, puede entrañar verdadero abuso, y por lo mismo injusticia.

El concepto cristiano de la vida ha contribuído poderosamente a suavizar el rigor del derecho absoluto, a poner de relieve otros valores que deben regir también las relaciones humanas, particularmente la caridad, evitando la posibilidad de abusar del propio derecho.

En cambio, la represión legal del abuso del derecho es general-

mente muy difícil, porque no se puede negar la libertad para frenar un abuso simplemente posible. Sólo cuando la experiencia demuestra que el abuso se generaliza, entonces no hay más remedio que coartar un tanto la libertad para impedir que se pierda totalmente.

La dificultad de la represión del abuso del derecho radica en que para apreciarlo exactamente sería preciso muchas veces, conocer las intenciones u otras disposiciones internas de los individuos, cosa que el legislador humano no está en posibilidad de realizar. Entonces, se impone la necesidad o de tolerar el abuso, o de restringir la libertad a base de presunciones, de suposiciones fundadas en probabilidades.

Cuando entran en juego intereses sociales, el mismo bien común de la sociedad o derechos individuales de gran trascendencia, entonces se reprime con mayor energía el abuso del derecho. Así por ejemplo las leyes agrarias limitan el derecho de propiedad para favorecer los intereses legítimos de la nación y de las clases desposeídas; la seguridad nacional impone ciertas limitaciones de la libertad en casos de emergencia por guerras u otros acontecimientos extraordinarios, etc.

42.—Valor de los actos prohibidos por la ley

Para hacer efectiva la fuerza obligatoria de la ley, ella cuenta con la sanción.

La sanción inclina la voluntad libre del hombre a cumplir las leyes, y si de hecho se ha transgredido el precepto, la sanción tiende a reparar la injusticia producida, a restablecer el orden violado.

La sanción jurídica puede desenvolverse en varios planos: en el propio plano de la ley violada, o sea en el civil si se trata de una ley civil no obedecida, o en un plano administrativo, o en un plano penal.

La sanción civil más enérgica, es la nulidad, que priva (en principio) de todos sus efectos al acto afectado por dicha sanción, o sea el acto nulo.

Para impedir las contravenciones de la ley, o para reprimirlas cuando ya se hubieren producido, el Estado cuenta con la fuerza pública (Ejército y Policía).

Podría pensarse, a primera vista, que el empleo de la fuerza pública no tiene aplicación en materias civiles, pero no es así, pues los derechos civiles se protegen también y pueden exigirse con la fuerza pública. Esto se hace más patente en el caso de haber sentencia ejecutoriada, la cual se ejecutará prácticamente, si hay resistencia, con la intervención de la fuerza pública.

Ahora bien, para emplear la fuerza se requiere previamente saber cuál es la sanción, y en materia civil concretamente, se necesita saber si nos encontramos ante un acto válido que hay que cumplir, al que hay que reconocer los efectos propios determinados por la ley, o por el contrario, si es un acto nulo, sin valor legal.

El Art. 9 del Código Civil nos indica qué actos son nulos, por contravenir la ley, y cuáles pueden ser válidos.

Art. 9.— "Los actos que prohibe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

Las leyes prohibitivas son absolutas, no se derogan por la voluntad particular, y la sanción propia de su contravención es la nulidad del acto realizado.

En ciertos casos la ley enumera taxativamente los casos de nulidad. Tal sucede con la nulidad del matrimonio, que solamente se produce por las causas enumeradas en el Código Civil; pero sobre todo en materias públicas es frecuente la enumeración taxativa de las únicas causas de nulidad.

Otra forma de manifestar las nulidades, consiste en señalar los requisitos indispensables para la validez. Los requisitos generales de validez de los actos o declaraciones de voluntad se enumeran en el Art. 1.498 y son: 1.— La capacidad legal; 2.— El consentimiento carente de vicios jurídicos; 3.— El objeto lícito; 4.— La causa lícita.

El Art. 1.734 del Código Civil, declara que "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes", y divide la nulidad en sus dos especies: "La nulidad puede ser absoluta o relativa".

¿A cuál nulidad se refiere el Art. 9? La expresión pleonástica: "es nulo y de ningún valor", parece significar que considera solamente la nulidad absoluta.

La nulidad absoluta se diferencia en muchos aspectos de la relativa.

Primeramente, el origen es distinto en una y otra. La nulidad absoluta se produce por una serie de estas causas: 1.— Objeto ilícito, 2.— Falta de causa lícita; 3.— Falta de un requisito o formalidad peculiar del acto o contrato; 4.— Incapacidad absoluta. La nulidad relativa puede provenir de incapacidad relativa o de falta de algún requisito que no se comprenda en la anterior enumeración (cfr. Art. 1.735 del Código Civil).

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte" (Art. 1.736), mientras que la relativa solamente se puede declarar a petición de parte.

La nulidad absoluta no admite ratificación ,ni ninguna forma de sanción, por renuncia, o cláusulas especiales de las partes, mientras que la relativa sí las admite. La nulidad relativa puede también sanearse por el transcurso del tiempo (Art. 1.737 del Código Civil), y puede ser alegada únicamente por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios, mientras que la absoluta puede ser pedida o alegada por cualquiera que tenga interés, por el Ministerio Público muchas veces, o declarada de oficio.

Algunos autores llegan a identificar la nulidad absoluta con la inexistencia del acto jurídico, mientras que la nulidad relativa, como

da solamente origen a la acción rescisoria (o sea para que se declare la nulidad), produciría actos de sí válidos, aunque "anulables".

Sin embargo, nuestro Derecho Civil no parece identificar exactamente la nulidad absoluta con la inexistencia, y la nulidad relativa con la validez relativa o rescindible. Efectivamente, el Código habla de que las obligaciones "terminan" por la "declaración de nulidad o por la rescisión" (Art. 1.620), de donde se deduce claramente que tanto la rescisión de un acto relativamente nulo como la declaración de nulidad del absolutamente nulo se producen por sentencia judicial y *cambian* el estado de cosas: algo existía antes de la sentencia, para que "termine" o "se extinga", como dice la ley. Propiamente hay inexistencia jurídica, cuando no hay ni apariencia, cuando faltan los elementos constitutivos esenciales de modo que no hay ni el "fumus boni iuris" (como decían los glosadores), es decir, no queda duda de que propiamente no se ha verificado el acto o contrato.

En principio, pues, el Art. 10 se refiere a las nulidades absolutas. Esa es la sanción propia de la violación de la ley prohibitiva. Pero la ley puede "designar expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Ese otro efecto podría ser la nulidad relativa, que da origen a la acción de rescisión, o bien pueden ser otras sanciones civiles como las que veremos más adelante.

Conviene destacar que los actos contrarios a la ley pueden tener *otras* sanciones, además de la nulidad, en el mismo plano del Derecho Civil, o en otros planos. Así por ejemplo un contrato fraudulento, además de ser nulo puede constituir delito y estar castigado con privación de la libertad. El menor de edad que contrae matrimonio sin el asentimiento o licencia de quienes deben dársela (padres, ascendientes o guardadores) puede ser desheredado hasta en la tercera part de su legítima (Art. 101 del Código Civil), pero además, si el menor no ha cumplido todavía los 18 años, el matrimonio es nulo (Art. 113), y pueden recaer sobre el menor todavía otras sanciones civiles, como la revocatoria de las donaciones y la disminución de los alimentos congruos a los simplemente necesarios (Art. 102 y 1.263 del Código Civil).

Por consiguiente, para que la designación por parte de la ley dé "otro efecto" distinto del de nulidad reemplace a éste, la ley debe establecerlo en forma clara: debe ser en lugar de la nulidad, y no además de la nulidad.

Por otra parte, los actos contrarios a la ley, a pesar de ser nulos pueden tener "algún valor", sobre todo respecto a terceros. La sanción consiste propiamente en quitar el efecto normal y beneficioso del acto hecho en contravención de la ley. Así el tutor o curador que hace actos de disposición de los bienes del pupilo sin cumplir los requisitos legales, puede hacer actos nulos (no siempre lo son), pero producirán en todo caso el efecto de responsabilizarle a él de los perjuicios que pueda causar. El matrimonio putativo (definido en el Art. 107 del Código Civil) es nulo pero produce la legitimidad de los hijos

concebidos en él y todas las obligaciones que de allí derivan, da derechos también al cónyuge o cónyuges de buena y que con justa causa de error lo hayan contraído.

La obligatoriedad de la ley se extiende no solamente a los simples ciudadanos, sino también —y principalmente— a las autoridades. Por eso, la Constitución Política señala la obligación del Presidente de la República de cumplir y hacer cumplir las leyes (Art. 190). Ahora bien, los actos de las autoridades no siempre son nulos cuando violan la ley. Más aún, se puede decir, que la regla general, es la de que suelen producir otros efectos, y la nulidad solamente cuando la ley la señala expresamente.

El Estado goza de un privilegio respecto de las leyes de orden público, ya que su fin es proteger el interés general. El Art. 162 de la Ley de Régimen Administrativo declara que "La nulidad causada por falta de los requisitos previstos en las leyes para los contratos con el Fisco o una de sus instituciones o dependencias, como licitaciones, informes, etc., no podrá ser alegada en juicio sino por el representante de dichas entidades".

Además, los actos administrativos gozan de la presunción de validez (Art. 340 L. O. Hda.), y su nulidad, de estricto derecho, se rige por reglas especiales (Art. 341 L. O. Hda.).

En materia procesal, se enumeran las causas de nulidad de los juicios (Art. 374 del Código de Procedimiento Civil) y no se puede proponer el recurso de nulidad sino por ellas (Art. 372). Lo propio, en el Código de Procedimiento Penal Militar, en los Arts. 165 y 166).

El Art. 1.130 del Código de Procedimiento Civil confiere a la Corte Suprema de Justicia la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad "en todos aquellos casos en que considere necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de las formalidades legales". En esta forma, que considero acertadísima, se da la suficiente flexibilidad a la sanción de nulidad: cuando esa sanción en lugar de restaurar el derecho violado produjera una injusticia, es muy conveniente que el más alto Tribunal pueda salvar la justicia aún sacrificando el rigor de la ley.

43.—El juez frente a los actos nulos

La Constitución Política impide que las atribuciones de las autoridades puedan extenderse más allá de sus justos límites. La teoría de la "insuficiencia de las leyes" queda así descartada.

En el Código Civil, tenemos el mismo principio:

Art. 10.— "En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo".

Ordenar la nulidad de un acto constituye un acto legislativo, y declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo sería igualmente un acto legislativo, si tuviera valor general, si no lo tuviera, implicaría un privilegio, lo que es contrario a nuestro régimen de igual-

dad ante la ley. Nuestros jueces no son legisladores, su función es la de aplicar la ley.

Según el Art. 1.522 del Código Civil, no cabe renuncia a la acción de nulidad o cualquier otra cláusula o pacto que pretendieran hacer válido lo nulo. Pues los jueces están obligados por esta regla lo mismo que las partes contratantes, y por eso, si hay nulidad absoluta, debe declararse aún sin petición de parte (Art. 1.736). Pero si se trata de nulidad relativa, como ella existe sólo en interés de los particulares, solamente el interesado puede solicitar su declaración (Art. 1.737).

La validez, lo mismo que la nulidad absoluta, es una cuestión de orden público. Una sentencia de la Corte Suprema dice textualmente así: "No siendo nulo el contrato, a pesar de la conformidad de los litigantes, no puede declararse una nulidad que no existe". El juez, por consiguiente, ni crea nulidades, ni acepta las que no existen, ni puede declarar válido lo que es absolutamente nulo; tiene, en cambio, por válidos los actos que adolecen de nulidad relativa, mientras ésta no sea alegada y probada por quien debe hacerlo (parte interesada).

En los juicios, ciertas solemnidades tienen un carácter mixto: por un lado interesan a las partes exclusivamente, y por otro al orden público. Por eso el Art. 377 del Código de Procedimiento Civil declara que "los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren interpuesto recurso, ni hubiere alegado la omisión" de solemnidades; pero al mismo tiempo, las partes pueden renunciar a esas nulidades y si consta que ellas han convenido en prescindir de la nulidad, el juez no debe declararla. Obra entonces el principio de "economía procesal", y nos da un argumento más para justificar el Art. 1.130 del Código Adjetivo que estudiamos en el punto anterior; efectivamente, si las partes pueden destruir el efecto anulante de la omisión de formalidades procesales, es muy lógico que también los más altos magistrados puedan hacerlo para salvaguardar los intereses de la justicia. En tales casos, el juez no está ordenando que sea válido lo que la ley prescribe que sea nulo, sino que la misma ley permite que se considere como válido para que se cumpla el fin mismo del Derecho: actuar la justicia.

44.—Renuncia del derecho

El derecho subjetivamente considerado— el derecho subjetivo—, es algo que me pertenece, de lo cual puedo disponer razonablemente. Puedo usar mi derecho, exigirlo a quien me lo niegue o impida, y puedo también no usarlo, y más aún, renunciar a él, desprenderme de él y dejar de tenerlo. De esta sencilla formulación se desprende que no todo derecho es renunciable; no puede aplicarse esa facultad omnímoda d disposición a todo derecho. El Art. 11 del Código Civil, nos indica qué derechos son renunciables y cuáles no lo son:

Art. 11.— "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las

leyes, con tal de que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

En primer lugar conviene notar que el Art. 11 se refiere a los derechos "conferidos por las leyes", es decir a los reconocidos por el derecho positivo. El simple sentido común nos indica que no se puede renunciar a los derechos naturales primarios, anteriores a toda ley positiva y que tutelan la existencia, la dignidad y el cumplimiento del fin mismo del hombre; así no se puede renunciar a la vida o a las cosas indispensables para sostenerla y llevarla a buen término.

No se debe confundir la renuncia de un derecho con su no ejercicio "aquella significa —dice Alessandri—, el desprendimiento de una facultad; éste, sólo entraña un estado pasivo. Y así existen derechos concedidos por las leyes que el individuo puede no poner en ejercicio, pero que en manera alguna podría renunciar; por ejemplo, la facultad de testar, el derecho de pedir la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, etc.".

Para poder renunciar los derechos se requiere que reunan tres requisitos: 1.— Que sean positivos (conferidos por las leyes); 2.— Que sólo miren al interés individual del renunciante; y 3.— Que no esté prohibida su renuncia.

Referirse sólo al interés del renunciante, equivale a decir, que sean de orden privado. "El derecho público no puede mudarse por pactos de personas particulares", leemos en el Digesto. En rigor los derechos irrenunciables son más bien los de "orden público" y no los de "Derecho Público".

Desde luego, es difícil establecer con exactitud, qué cosas comprende el orden público.

Don Luis Felipe Borja nos da este esquema: "¿Cuáles son las leyes civiles que no pueden ser alteradas por convenciones de particulares? Las concernientes:

A la jurisdicción y a las pruebas admisibles en juicios;
A la organización de la familia, al estado y capacidad de las personas;
A la distinción de los bienes y a la constitución de los derechos reales;
A las solemnidades esenciales de los actos y contratos;
A la prescripción, mientras los derechos no se adquieran o extingan."

Esta enumeración no es exhaustiva, pero el autor mencionado completa la deficiencia, indicando que por el contrario son renunciables los derechos supletorios: "Miran al interés individual las leyes supletorias, esto es, las que no se aplican sino cuando el individuo no ha expresado su voluntad". Indudablemente los derechos regulados por leyes supletorias son renunciables, e incluso para renunciarlos muchas veces bastará la actitud pasiva: dejar hacer a la ley. Pero la dificultad permanece en cuanto es preciso determinar cuáles son esos derechos.

Alessandri enumera como leyes de orden público las siguientes:

1.— Las que rigen el estado y capacidad de las personas;

2.— Las que organizan la propiedad;

3.— Las que adoptan medidas en resguardo de terceros, es decir, de aquellas personas que no son parte de un acto, y consisten principalmente en requisitos de publicidad como las inscripciones y publicaciones;

4.— Las que se dirigen a proteger un contratante contra el otro.

Quizá si añadimos a éstas, las que tutelan los intereses generales de la sociedad con relación al orden, la seguridad y la propiedad pública, tendríamos una enumeración completa. Más bien podría tacharse de demasiado vaga y por lo mismo exageradamente extensiva; así, en la "organización de la propiedad", quizá caben disposiciones de detalle que no afectan al orden público; y el añadido que sugiero, tampoco satisface plenamente, pues sus fronteras tampoco son definidas.

Por esta dificultad es que el legislador recurre frecuentemente a designar en concreto cuáles derechos no son renunciables, y prácticamente los demás si son renunciables, salvo que manifiestamente pertenezcan o afecten a terceros o afecten al orden público.

En un plano lógico o teórico, puede decirse que son renunciables aquellos derechos que no implican inseparablemente algún deber de su titular. Si incluyen en esa forma un deber, claro está que no cabe renuncia, porque sería renunciar al derecho ajeno, faltar al propio deber.

Tampoco puede renunciarse al derecho ajeno, por eso el representante generalmente no puede renunciar si no con la anuencia del representado, y a veces cumpliendo otros requisitos más.

A veces el legislador prohibe expresamente una renuncia para proteger al sujeto del derecho. Si una persona puede ser inducida más fácilmente a renunciar sus derechos por otra que se beneficiaría de ello, la ley interviene para favorecer a aquel que por su edad, su condición de dependencia social, económica o doméstica, podría sufrir un influjo injusto y determinante de una renuncia que en condiciones mejores no habría hecho.

La prohibición de la renuncia de un derecho es una limitación de la libertad. Implica una cierta disminución del derecho. Yo soy más dueño de mi derecho si puedo incluso desprenderme de él; tengo más libertad si puedo incluso renunciar a ella. Pero esa limitación, como acabamos de ver, tiene un sentido protector, asegura el derecho, o la libertad al mismo tiempo que la restringe moderadamente prohibiendo la renuncia.

La renuncia, cuando es posible legalmente, debe manifestarse por medio de hechos incontrastables, que no dejen lugar a dudas, o sea expresamente o bien en una forma tácita pero unívoca. No cabe presunción de renuncia salvo que la misma ley la estabelzca.

Los principales casos en que la renuncia está prohibida por el Código Civil son éstos: No puede renunciarse el derecho a proponer

la acción de divorcio en abstracto (Art. 143), lo cual no quita que se renuncie a determinada causal ya producida, como lo expresa la jurisprudencia. Igualmente no es renunciable la acción de nulidad del matrimonio (Art. 143). Tampoco lo es la acción de separación conyugal (Art. 185). No se puede renunciar al derecho de pedir alimentos, aunque puede renunciarse a la mesada ya caída (Art. 373). Se prohibe la renuncia al derecho de reclamar por los actos dolosos futuros (Art. 1.518), o por una cuenta dolosa, aunque haya sido ya aprobada sin conocer el dolo. Es irrenunciable el derecho a reclamar nulidades absolutas (Art. 1.522). También lo es el de hacer cesión de bienes (Art. 1.668). Durante el matrimonio no puede la mujer renunciar a sus gananciales, si bien puede hacerlo antes o después del matrimonio (Art. 1.772). No es renunciable la acción rescisoria por lesión enorme (Art. 1.949).

En otras leyes también encontramos prohibiciones expresas de renuncia de derechos de índole civil. Así en la Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 11 se prescribe la irrenunciabilidad de la paternidad sobre las obras intelectuales, y del derecho a que no se alteren dichos productos del ingenio por parte de otras personas.

En el Código del Trabajo hay varias prohibiciones de renunciar los derechos por parte del trabajador, con aquel sentido de protección social al que me referí antes. En el Art. 4: "Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario". El Art. 54 contiene la prohibición de renuncia de los derechos relativos a la duración del trabajo y los descansos obligatorios; en el Art. 69 y en el 73 tenemos lo propio sobre las vacaciones, etc. No debe inferirse de aquí que todos los derechos señalados en el Código del Trabajo sean irrenunciables. Son generalmente renunciables los derechos del patrono, y así lo afirma la jurisprudencia. También puede renunciar el trabajador derechos que no sean propiamente laborales, o que hayan dejado de serlo por alguna novación o conversión en otro género de derechos.

En el procedimiento civil hallamos una forma especial de renunciar a derechos que es el desistimiento de la demanda, de la apelación o de la instancia.

El Estado no puede renunciar, como un particular, a los derechos, porque en cierto modo esos derechos son de toda la comunidad.

CAPITULO VII

INTERPRETACION DE LA LEY

45.—Objeto y necesidad de la interpretación

Interpretar la ley equivale a entenderla en su recto sentido y aplicarla debidamente.

Consiste la ley en una norma abstracta para los actos humanos, y desde el momento en que se hace necesario aplicarla a los casos más concretos surge la necesidad de interpretarla.

La interpretación será muchas veces muy sencilla porque la ley es clara y puede ser fácilmente entendida por cualquier persona. Pero en otras ocasiones la inteligencia de la ley requiere conocimientos técnicos de Derecho y aún de otras ciencias.

La ley tiene su tecnicismo propio, sin conocer el cual no se puede acertar en la interpretación. No basta conocer la terminología del Derecho, es indispensable penetrar en el sistema, el espíritu de la legislación, muchas veces su historia, etc., para comprender exactamente el sentido de la ley.

Además, con el correr del tiempo, puede volverse obscuro lo que originalmente fue claro. Al cambiar las circunstancias que justificaron una legislación, ésta puede llegar a ser de difícil comprensión.

Como la ley tiene que ser constantemente aplicada, en la vida ordinaria por el hombre corriente, en los tribunales de justicia, por los magistrados y más autoridades en toda clase de actos de la vida pública, y por parte de los estudiosos del derecho, la interpretación es una verdadera necesidad.

La interpretación representa la fase dinámica del Derecho, es el mismo Derecho aplicado a la vida, y la vida auténtica del Derecho. Por eso la interpretación tiene una función creadora: tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen preparar las reformas más valiosas de la Ley, aquellas que se imponen por su propia madurez y peso y que no son fruto de la precipitación o de los intereses mezquinos, como por desgracia tantas veces sucede en nuestra Patria.

En el sentido antes indicado llega Alvaro D'Ors a sostener que la primera fuente del Derecho es la Jurisprndencia, o sea la actividad judicial que es eminentemente interpretativa.

Finalmente, recordemos que no solamente el juez es el llamado a interpretar la ley sino también el ciudadano corriente, la autoridad y el estudioso del Derecho. Esto da origen a varios tipos de interpretación.

46.—Clases de interpretación

Según la persona o entidad que realiza la actividad interpretativa y los fines que se propone, la interpretación es legislativa, judicial, administrativa o doctrinal.

Ya hemos estudiado, a propósito del Art. 3 del Código Civil, que solamente el legislador puede interpretar la ley con carácter obligatorio. Es decir, que la finalidad de la interpretación legislativa, no es la de aplicar la ley a casos concretos, sino la de precisar el alcance de la ley como norma general. La interpretación legislativa es, pues, un acto tan normativo como la aprobación o la derogación de una ley.

La duda sobre si el legislador ha querido o no interpretar deriva

en el problema de si una ley deroga o no a otra, o si la modifica, o si ambas tienen vigencia para casos distintos.

Por esto, en la interpretación de las leyes ante el fenómeno de una aparente contradicción de disposiciones que deben conciliarse entre sí, una de las primeras operaciones lógicas que el intérprete debe realizar es la de comprobar si las reglas en aparente conflicto se refieren realmente a lo mismo. Con frecuencia encontrará que una ley tiene más amplitud que otra, y por tanto, la una vale como regla general y la otra como excepción, y por lo mismo hay lugar a la aplicación de los Arts. 4 y 12 del Código Civil. Si no desaparece así la oposición, habrá que examinar si la una norma no deroga a la otra, aplicando los Arts. 42 a 44 del Código Civil. Y si tampoco es posible admitir que haya derogación, entonces las disposiciones legales deben entenderse en el sentido que presente menos contrariedad entre ambas, y hay que suponer que el legislador ha querido interpretar la primera por medio de la que es posterior en el tiempo.

Según la regla 25 del Art. 7 del Código Civil las leyes interpretativas "se entenderán incorporadas" en las leyes interpretadas, es decir tienen efecto retroactivo, aunque no respecto de las sentencias judiciales ejecutoriadas, las cuales no pueden alterarse ni por una ley interpretativa posterior a ellas. Esta regla debe entenderse en sentido restrictivo, o sea que se aplicará únicamente cuando el legislador expresamente manifieste su intención de interpretar una ley anterior, o por lo menos si no cabe duda de esa intención aplicando las reglas lógicas que se acaban de exponer.

En cuanto a la interpretación judicial cabe recordar que es la que proviene de los jueces o tribunales competentes en cuanto conocen y resuelven controversias jurídicas que se les presentan para su resolución.

Conviene poner de relieve aquí que las sentencias judiciales sólo tienen fuerza obligatoria en los casos en que se pronuncian (Art. 3 del Código Civil); y su alto valor moral y como fuente de inspiración para el legislador, varía según muchas circunstancias. Pero en todo caso la jurisprudencia es también un valioso instrumento para la interpretación doctrinal de la ley, y para la orientación del propio juez.

Los tribunales más altos están llamados también a orientar la interpretación de los inferiores, asegurando así una cierta uniformidad en la inteligencia de la ley que garantiza a su vez una mayor justicia de las resoluciones.

Para el efecto indicado, ordena el numeral 7 del Art. 18 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que es atribución de las Cortes Superiores: "Oír las dudas de los jueces inferiores de su jurisdicción, sobre la inteligencia de alguna ley, y comunicarlas a la Corte Suprema con el informe correspondiente". Esta interpretación no es ni generalmente obligatoria ni consiste en la interpretación judicial que resuelve un caso concreto. Tampoco tiene carácter definitivo: el informe de la Corte Superior, servirá de base para el estudio que haga la Su-

prema. Tampoco la resolución de ésta tiene carácter legislativo ni judicial (para un caso concreto), sino más bien administrativo. La Corte Suprema debe vigilar y orientar la recta administración de la justicia, y esa facultad de absolver consultar de los inferiores en cuestiones de puro derecho, se incluye en aquella responsabilidad de orden administrativo.

La interpretación administrativa de la ley consiste precisamente en la manifestación del criterio del superior jerárquico con el fin de que los subordinados ajusten su criterio al del superior.

Los casos en que la ley expresamente confiere facultad de interpretación administrativa son muchos. Citemos los principales.

El Art. 18 del Código del Trabajo declara que corresponde a la Dirección o a la Subdirección del Trabajo: "1.— Absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo y de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que diga referencia a las leyes y reglamentos del trabajo". Nótese el paralelismo con el mencionado Art. 18 de la L. O. Judicial.

La interpretación de la Ley por parte del Procurador General de la Nación, que entra en sus facultades enumeradas en el Art. 12 de la Ley de Patrocinio del Estado, tampoco es puramente doctrinal, ya que constituye un requisito de trámite necesario en ciertos asuntos. Por eso, aunque por su naturaleza sea fundamentalmente doctrinal, participa también del carácter administrativo.

Otro caso de interpretación administrativa, señala el Art. 20, Nº 29 de la Ley Orgánica de Educación: "Son atribuciones del Ministro de Educación: ...29: Interpretar, previo informe del Consejo Nacional de Educación, las disposiciones de esta Ley cuando se suscitaren dudas acerca de su inteligencia y aplicación". Ciertamente que la misma ley no declara cuál es el alcance de esta interpretación, y hasta podría sospecharse que tiene carácter generalmente obligatorio dado la fórmula en términos absolutos que se emplea, pero según la estructura política del país no parece admisible que el Ministro de Educación tenga facultades legislativas, y por eso creo que debe entenderse en el sentido de que tal interpretación es solamente administrativa.

Un caso importante de interpretación administriatva de la ley es el previsto en el Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo: "Al Presidente de la República corresponde resolver en caso de duda, a cuál de los Ministerios corresponde un asunto que no esté claramente comprendido en los ramos que esta Ley especifica".

La interpretación administrativa debe conservar fielmente el sentido de la ley. Por esta razón se declara responsable al Ministri del Tesoro, si a pretexto de interpretar la ley la suspende, adiciona o no la cumple (Art. 4 de la L. O. de Hacienda). También el Art. 376 de la misma ley, encuadra rigurosamente la interpretación administrativa, ya que permite reclamar contra cualquier reglamento que no se ajuste al verdadero sentido de la Ley.

La interpretación doctrinal no tiene ninguna obligatoriedad, y

proviene sea de personas particulares o de quienes desempeñan funciones públicas, pero en todo caso sin arrogarse una función decisoria o de mando.

La interpretación doctrinal orienta el criterio de los magistrados y funcionarios y de los simples ciudadanos en la vida jurídica corriente.

47.—Métodos de interpretación de la ley

Toda interpretación de la ley, sea hecha por el legislador, el juez, el magistrado o el particular, puede verificarse a través de varios métodos, pero la misma ley puede imponer en determinados casos la aplicación de alguno o algunos de ellos, en tal caso tenemos la llamada "interpretación reglada". Si por el contrario, la ley no ordena un método imprescindible para su misma interpretación, entonces habrá interpretación no reglada o libre.

La interpretación reglada asegura una mayor uniformidad de las decisiones judiciales tanto simultáneas como a lo largo del tiempo. Pero tiene en cambio el inconveniente de congelar en exceso la evolución del derecho por medio de la jurisprudencia. La interpretación libre o no reglada goza de las correlativas ventajas, o sea de permitir una más flexible aplicación del Derecho con su consiguiente posibilidad de adaptación a las nuevas circunstancias de la vida social. Asimismo la interpretación libre tiene el inconveniente de dar pie a posibles arbitrariedades judiciales.

Teóricamente mientras mayor altura moral y científica exista en los jueces y tribunales, deberían disponer de mayor libertad de interpretación de la ley, lo que significa, tener mayores poderes y posibilidad de contribuir a la evolución del Derecho.

Los principales métodos de interpretación de la ley son: el objetivo-tradicional, el sociológico-evolutivo, y el de la libre investigación del derecho.

El método objetivo-tradicional, que a veces se llama también dogmático, se propone descubrir el verdadero sentido de la Ley tal como lo concibió el legislador al dictarla. Cuál fue el sentido de la ley al momento de su elaboración y entrada en vigencia: he aquí el fin de la interpretación objetiva.

El método objetivo-tradicional usa principalmente de procedimientos de análisis gramatical e histórico para descubrir cuál fue el pensamiento del legislador.

Se puede objetar contra aquel método que supervaloriza la voluntad del legislador. Más importante que descubrir cuál fue la intención de una persona o de un grupo de personas en un momento determinado, parece ser el establecimiento de qué es lo más justo y conveniente para el bien común.

Pero la objeción que acabo de formular solamente es aceptable respecto del abuso del método objetivo, mas no parece aplicable al método mismo si es rectamente usado. Es evidente que si se llega hasta

un formalismo excesivo que desconociera la razón y la justicia en nombre del restablecimiento histórico de la voluntad legislativa, entonces se habría caído en una especie de fetichismo legal del todo inaceptable. Pero si, reconociendo la subordinación natural del legislador al derecho natural, a los dictados de la recta razón, se procura precisar el verdadero sentido de sus preceptos, entonces se está aplicando rectamente el método objetivo y no se puede negar su valor.

En la aplicación de cualquier método, pero particularmente en la del método objetivo, se puede llegar a la conclusión de que el legislador ha dicho realmente lo que quiso decir, y en este caso el resultado de la interpretación es también objetivo, y la misma interpretación se llama igualmente "objetiva". Otra posibilidad consiste en que el intérprete llegue a la conclusión de que la intención del legislador ha sido más amplia que sus palabras, y entonces el resultado de la interpretación o la interpretación misma son extensivos: es decir que se amplía o extiende el sentido corriente de las expresiones legales para hacerlas coincidir con el pensamiento del legislador, ya que se supone que éste ha dicho menos de lo que quiso decir. Finalmente, puede producirse el fenómeno contrario: o sea que el legislador haya dicho más de lo que tuvo intención de expresar, y entonces el intérprete concluye que hay que restringir el sentido normal de la ley, y procede así a una interpretación restrictiva.

El método de interpretación llamado sociológico-evolutivo trata de descubrir el sentido actual de la ley admitiendo que puede ser distinto del sentido histórico o de la intención formal del legislador al momento de dictar la ley.

Presupuesto del método sociológico-evolutivo, o simplemente evolutivo, es el de que la ley tiene como una vida propia, que se manifiesta en la posibilidad de adaptarse a las nuevas circunstancias de la sociedad. Así como la sociedad no es estática sino dinámica, y varían las ideas dominantes, el grado de cultura y organización, los factores económicos, las circunstancias históricas, la composición demográfica, etc., del mismo modo, la ley —se dice— que debe estar adaptada a todos esos factores variables, tiene también que poseer la suficiente flexibilidad para acomodarse a los cambios sociales, y la interpretación de la ley cumpliría esa función de adaptación de la ley.

Más aún, puede justificarse la interpretación evolutiva alegando que si bien no se busca descubrir el pensamiento formal del legislador al momento de emitir la ley, sí se persigue, en cambio aplicar la voluntad implícita o virtual del legislador, porque éste no pudo prever todas las variaciones de la sociedad en el futuro pero se presume que si las hubiere previsto habría dado a la ley un giro distinto. Si el legislador quiere, o por lo menos debe querer en todo caso el bien común, no parece que la lealtad con el legislador deba llevar a una interpretación servil de la ley ajustándose rigurosamente a su sentido histórico, sino más bien mediante una interpretación más libre en la que se ponga a salvo ante todo el fin que el legislador se ha propuesto y que no

puede ser otro que el bien común de la sociedad obtenido por medios justos y razonables.

Pero todos los argumentos para defender el método evolutivo tienen también su punto débil. Así lo relativo a la dinamia de la sociedad justifica más bien la reforma de la ley por vías regulares, mas no la interpretación acomodaticia a las nuevas circunstancias, que abriría la puerta a toda clase de arbitrariedades y abusos. En cuanto al segundo argumento, o sea a que se debe ante todo poner en claro lo que el legislador habría dicho (y no lo que pensó decir en su tiempo), amplía excesivamente la facultad del intérprete hasta convertirlo en verdadero legislador.

El grave defecto de la interpretación sociológico-evolutiva consiste en que quita estabilidad a la norma jurídica. Al quedar sometida la ley a profundas variaciones mediante la interpretación, deja de ser norma perfectamente conocida, de los actos futuros, y la libertad de los ciudadanos corre grave riesgo de perderse. La distinción clásica entre legislador y juez casi desaparece, y con ella, la garantía de los sujetos de derecho frente al juez convertido en omnipontente.

Desde luego que el sistema evolutivo usado con mucha moderación puede servir para una saludable renovación del derecho. Y si el legislador no cumpliera a cabalidad su función de reforma y perfeccionamiento del derecho positivo, entonces la interpretación evolutiva se haría más necesaria.

El método de la libre investigación del derecho, lleva las facultades del intérprete hasta su máximo extremo de desarrollo. El juez, al emplear ese método, prácticamente crea la norma jurídica: se convierte en legislador.

Se defiende este sistema particularmente como apto para llenar las lagunas del Derecho. Si no hay ley aplicable, el juez debe proceder como si fuera legislador, llenando ese vacío. Naturalmente, toda la moderación en el uso de este método dependerá de qué es lo que se entienda por una laguna del derecho, y como esto corresponde al mismo juez, parece que se destruye toda posibilidad de control. Por esta razón los períodos revolucionarios suelen ser afectos a este método.

No es casi necesario decir que todas las objeciones contra el método evolutivo puede hacerse y con mayor razón contra el método de la libre investigación del Derecho.

Si la misma ley no lo determina, habrá, pues, que aplicar con suma prudencia los métodos interpretativos que se acaban de exponer, para evitar los inconvenientes que presentan y garantizar por igual la libertad, la justicia y la necesaria renovación de las instituciones.

Nuestro Código Civil, que establece la interpretación reglada de la ley (Art. 18), es indudablemente partidario del método objetivo-tradicional, aunque no descarta absolutamente un moderado empleo de otros métodos, particularmente cuando hay falta de ley, o sea una laguna del Derecho.

48.—Procedimientos de interpretación

Los diversos métodos que hemos estudiado recurren en mayor o menor medida a varios procedimientos de investigación, como son el análisis gramatical de las expresiones legales, el análisis lógico de las mismas, su comparación con otras, la investigación histórica, las deducciones filosóficas, etc.

Desde luego, que algunos métodos tienen preferencia natural por algunos de estos procedimientos de investigación y otros, escogen fundamentalmente otros distintos. Así por ejemplo, el método objetivo se fundamenta principalmente en la exégesis gramatical y procura realizar construcciones lógicas —de técnica jurídica— que mediante generalizaciones y deducciones explican el sentido auténtico de la ley.

Nuestro Código Civil, señala cuáles son los instrumentos que el juez debe usar en su labor interpretativa y su relativo valor. Examinemos en detalle sus prescripciones:

Art. 18.— "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1ª— Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2ª— Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;

3ª— Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4ª— El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5ª— Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación

La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6ª— En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretará los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural;

7ª— A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre los casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

49.— Las reglas del Art. 18

Don Andrés Bello no refirió directamente al juez las normas de interpretación del Art. 18. En el Código Chileno se conservan como normas de interpretación que pueden ser usadas por el juez, por otra autoridad o por los ciudadanos. Pero nuestro Código las ha convertido en normas obligatorias para el juez. El Código Colombiano, inspirado también en el de Bello dice en cambio que estas reglas sirven "para la interpretación por vía de doctrina".

Si las palabras del Art. 18 no dejan lugar a duda sobre que sus reglas son obligatorias para todo juez ecuatoriano, esto no quiere decir que las reglas deban aplicarse solamente por los jueces. También las autoridades administrativas para entender rectamente la ley, por lo menos para uniformar su criterio con el judicial tendrán también que usarlas, y los particulares para ajustar su conducta práctica al orden jurídico establecido tendrán también en estas reglas su más segura guía.

En qué orden deben aplicarse las reglas del artículo 18? Hay que considerar que las ulteriores solamente tienen vigencia si no se puede aplicar las anteriores, o si no se consigue con su aplicación el resultado de entender claramente la ley? Probablemente no; es decir que no es preciso agotar una regla para pasar a la siguiente. Del mismo texto del Art. 18 se desprende que lo que se ordena es un sistema de interpretación ecléctico en el cual se toman en consideración diversos factores.

Hay, sin embargo, un orden insustituíble en el empleo de algunos de los procedimientos hermenéuticos propuestos por el Art. 18. Así por ejemplo, en ningún caso se puede recurrir directamente a consultar el espíritu de la ley a través de la investigación histórica, si el sentido de la ley aparece claro de la simple lectura de sus palabras: el procedimiento de interpretación literal, gramatical, prevalece sobre el histórico. Y sobre todo las reglas 6ª y 7ª solamente se pueden aplicar de modo supletorio, es decir "en los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes", como dice el mismo Art. 18.

En términos generales, las reglas del Art. 18 parten de un doble supuesto, o de una doble posibilidad: o bien la ley es clara, o no lo es. Como el objeto de la interpretación es el de poner de manifiesto el sentido de la ley, si ese sentido desde el primer momento aparece sin lugar a dudas, se puede decir que ya está alcanzado el fin de la interpretación, por eso, dice el Art. 18 que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Ahora bien, cuando no es claro el sentido literal, entonces tienen lugar a su aplicación las reglas del Art. 18. Hay todavía una última hipótesis, y es la de la falta —real o aparente— de ley, sobre lo cual dispone la regla 7ª del mismo artículo.

La primera regla consiste, pues, en la prevalencia del tenor literal, como medio más diercto y seguro de conocer la intención o espíritu de la ley. Este es el objetivo del juez —según el Art. 18—. Por

eso, a falta de palabras o expresiones claras dice que se puede "recurrir a la intención o espíritu claramente manifestados en la misma ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento". Así, pues, los dos procedimientos de interpretación que primeramente nos presenta el Art. 18 son el de exégesis gramatical y el histórico. Ambos procedimientos son complementarios y persiguen el mismo fin: descubrir la intención o espíritu de la ley. Ambos, como queda dicho, se deben aplicar, si el sentido de la ley no es claro.

El procedimiento de interpretación gramatical comienza por la determinación del sentido exacto de cada palabra de la ley. Este procedimiento era el preferido por los glosadores medievales que explicaban las leyes analizando cada una de sus palabras.

Las palabras tienen varios significados: técnico, vulgar, convencional, impropio, figurado, etc. Por consiguiente, tiene suma importancia precisar en cuál de esos sentidos se deben entender las palabras de la ley.

El Art. 18 indica que "el sentido natural y obvio, según el uso general" es el que por regla general emplea el legislador, y por lo mismo, el que se ha de tomar en cuenta al interpretar la ley. Aquel "uso general", varía con el tiempo: el sentido de las palabras evolucionana; y esto nos plantea el problema de saber si tal "sentido natural y obvio" se refiere al "uso general" al tiempo de la expedición de la ley, o al tiempo de su aplicación, que puede ser muchos años más tarde. Quizás una solución justa de este problema radicaría en aplicar el sentido usual al tiempo de la elaboración de la ley siempre que la evolución de dicho sentido no hubiera sido previsible, y en cambio aplicar el sentido actual si dicha evolución fue en algún modo previsible por el legislador, y con mayor razón si de hecho fue prevista.

La interpretación literal o gramatical de la ley se debe apartar del sentido usual de las palabras en dos casos: cuando han sido definidas por el legislador, y cuando se trata de palabras técnicas o científicas.

"Cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". Nótese que el sentido legal de las palabras solamente prevalece en la respectiva materia para la cual el legislador ha definido una palabra.

En cuanto a las palabras "técnicas de toda ciencia o arte" se deben interpretar en su sentido precisamente técnico, pero también "salvo que se hayan tomado en sentido diverso". Por consiguiente, si el legislador las ha definido, prevalecerá el sentido legal.

El juez puede nombrar peritos (Art. 271 del Código de Procedimiento Civil) no sólo para que informen sobre cuestiones de puro hecho, sino también para otras que tengan relación con el significado de la ley. Los peritos pueden, por ejemplo, explicar el sentido técnico de una expresión de la ley.

Si el sentido de la ley no se aclara con estos procedimientos de investigación lexicológica o gramatical, como suele decirse, se puede

recurrir a la investigación histórica. Pero hay que tener en cuenta que el numeral 1º del Art. 18 dice que esa investigación tiene por objeto descubrir el "espíritu de la ley", y no como dicen algunos comentaristas "la voluntad del legislador". El espíritu de la ley será trasunto del espíritu del legislador, pero no es exactamente lo mismo.

Casi no es necesario decir que para conocer la historia de la ley habrá que recurrir habitualmente a las actas del Congreso. Desgraciadamente muchas leyes provienen también de períodos de dictadura, y entonces casi siempre se desconocen los antecedentes de la ley y apenas resulta posible conocer su "historia fidedigna".

La exégesis literal se completa también con el análisis del contexto, es decir de las otras partes de la ley; así lo establece la regla 4ª del Art. 18: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondiencia y armonía".

Si las leyes forman un todo orgánico, si sus partes se coordinan debidamente, es lógico que la interpretación de una parte no puede realizarse sin tener presente el conjunto.

La referida regla parte de la suposición de que en la ley hay siempre armonía y no contiene contradicciones. Por eso, de dos interpretaciones posibles, habrá que preferir aquella que pone a salvo la ley de incurrir en contradicción. Sin embargo puede demostrarse lo contrario, y que precisamente se trata de un defecto legislativo que merece corrección. No se puede exagerar el respeto al legislador hasta el punto de considerarle infalible e inmune de error. Si la contradicción se presenta no entre dos partes de la misma ley, sino entre leyes diferentes, probablemente nos hallaremos ante un caso de derogación.

Como el referido procedimiento de investigación se funda en la lógica, y en la suposición de que el legislador actúa siempre de conformidad con sus reglas, ese procedimiento se suela llamar también "lógico".

En la misma hipótesis de la coordinación y estructura lógica de las leyes, se fundamenta la segunda parte del numeral 4 del Art. 18, aunque constituye otro procedimiento de interpretación, que se suele titular "sistema o procedimiento comparativo". "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Hemos de entender, "otras leyes vigentes o anteriores"; en el primer caso tendríamos propiamente el sistema comparativo, y en el segundo habría una participación del procedimiento histórico ya que las leyes anteriores pueden ser los antecedentes de la ley actualmente vigente.

En algunos casos, la comparación con las leyes extranjeras puede ser de capitalísima importancia. Tal cosa sucederá sobre todo cuando se trate de leyes nacionales que hayan sido elaboradas siguiendo el esquema o inspirándose en legislaciones extranjeras, como ha sucedido con frecuencia en nuestro país.

La regla 5ª, del Art. 18 no contiene un nuevo procedimiento

de interpretación, sino que más bien excluye un procedimiento que en otras épocas fue ampliamente aplicado. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación". Muchas veces toda la cuestión de la interpretación de la ley se reduce a saber el verdadero alcance, la verdadera extensión de la ley, es decir, si abarca o no ciertos casos, y nuestro Art. 18 en este numeral 5 induce a buscar la interpretación objetiva de la ley, sin ampliar ni restringir arbitrariamente su significado.

Nuestro Código, dictado para una sociedad igualitaria, como corresponde a la estructura republicana del país, debía necesariamente desautorizar todo privilegio, y por eso indica que "la extensión que deba darse a toda ley se determina por su genuino sentido", y prohibe toda ampliación o restricción fundada en el concepto de favorable o desfavorable.

Sin embargo, hay que tener muy presente que lo ordenado en el numeral 5 del Art. 18 no se puede aplicar a toda clase de materias. Efectivamente, en cuestiones penales sí hay lugar a la interpretación restrictiva de todo lo que sea desfavorable al reo y a la extensiva de lo que le sea conveniente (Art. 4 del Código Penal). También el derecho laboral permite la interpretación extensiva de las normas favorables al trabajador (Art. 7).

El numeral 6 del Art. 18 nos proporciona otros dos procedimientos de interpretación: la aplicación del "espíritu general de la legislación" y de la "equidad natural". A veces se considera que los dos son uno solo, porque el espíritu general de la legislación se supone que debe coincidir con la equidad natural, pero creo que realmente son cosas distintas. La equidad inspira a la legislación, pero ésta tiene además su técnica en la cual entran sus propios principios. Mientras la equidad es realmente universal, porque depende de la aplicación del derecho natural, de la aplicación de la lógica a la vida, en cambio el "espíritu general de la legislación" se refiere más estrictamente al sistema jurídico del país, comprendida su propia técnica peculiar.

Naturalmente estas reglas que amplían notablemente el poder del juez para interpretar la ley, se aplican con diverso valor a los distintos jueces siendo máxima la libertad del Tribunal Supremo, mientras que los inferiores deben circunscribir sus atribuciones.

La última regla, la del inciso 7, se refiere al caso especial de falta de ley, o sea de una "laguna del derecho". Para juzgar en tales casos, el juez debe recurrir primero al procedimiento de analogía, y solamente si no es posible aplicarlo, entonces, por último, debe recurrir a "los principios del derecho universal".

La analogía consiste en la aplicación de una norma destinada a regular una materia similar. Se funda en un doble proceso lógico de inducción y deducción: de una norma particular se procura ascender al principio en que se funda o en que se inspira, y de tal principio se desciende por deducción al nuevo caso no legislado.

Finalmente, el Art. 18 dispone que si tampoco es aplicable la

analogía "se ocurrirá a los principios del derecho universal". En este último caso, ya no hay propiamente interpretación de la ley, sino un procedimiento que reemplaza la carencia total de legislación directa o indirectamente relacionada con el caso que se presente a la resolución de los jueces. Si puede hablarse aquí de interpretación sería sólo en un sentido negativo: el juez interpreta que ninguna ley es aplicable y que por tanto tiene que recurrir a algo superior a la ley: "los principios del derecho".

Debemos entender la expresión "principios del derecho universal" como sinónima de la que se emplea en el Art. 294 del Código de Procedimiento Civil que indica que a falta de ley las sentencias deben fundarse en "los principios de justicia universal". El Derecho realiza la justicia, y por eso considero sinónimas las expresiones. Sin embargo, el concepto de "principios de derecho" se ha entendido tradicionalmente en forma más restringida que el de "principios de justicia". Los principios del derecho se confunden más bien con las "regulae iuris" o aforismos jurídicos: dichos compendiosos aplicables a varias situaciones, como por ejemplo aquel de "in paribus causae melior est conditio possidentis", en igualdad de circunstancias es mejor la situación del poseedor, etc. Pero, insisto, en el caso de nuestro Art. 18 parece evidente que se trata de autorizar al juez para que resuelva los casos de conformidad con los dictados de la recta razón, del Derecho Natural, cuando resulta absolutamente imposible aplicar una regla positiva de derecho.

Nótese que cuando no se puede salvar mediante la aplicación de ninguna de las reglas del Art. 18 la contradicción entre varios sentidos posibles de una ley oscura, se puede recurrir a la "equidad natural" según la regla 6ª, y cuando no hay ley, la regla 7ª autoriza la aplicación de los "principios generales del derecho", que vienen a ser algo muy próximo a la equidad natural.

50.—Lagunas de la ley

Hemos visto que el Art. 18 del Código Civil considera el caso de inexistencia de disposiciones legales sobre un determinado asunto objeto de controversia ante los jueces, en cuyo caso se puede recurrir a la analogía, a la aplicación de los principios generales del derecho o de la equidad natural. Ahora bien, dichas situaciones serán en todo caso excepcionales, y como nuestro sistema jurídico es esencialmente legista, se procurará eliminar tales situaciones anómalas. Para este efecto, el Art. 19 prevé el sistema de recabar del Congreso Nacional las nuevas leyes que deben colmar las llamadas "lagunas de la ley". En realidad el Art. 19 se refiere directamente al caso de las leyes oscuras y a la falta de ley, pero evidentemente cuando más necesaria resulta la actividad legislativa es cuando no existe ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas.

El Art. 19 del Código Civil dice así:

Art. 19.— "Cuando haya falta u oscuridad de la ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran".

El trámite de consulta al Congreso se realiza, como indica este artículo, por vía jerárquica: los jueces inferiores consultan a los superiores, y el supremo (la Corte Suprema) se dirige al Congreso, pidiendo una interpretación auténtica o una nueva ley, si es preciso.

La Ley Orgánica de la Función Judicial precisa la obligación de la Corte Suprema de consultar al Congreso sobre los casos nuevos que ocurran, al ordenar que anualmente debe la Corte Suprema presentar al Congreso "una memoria sobre la administración de justicia en la República, indicando los vicios que se hayan introducido en la práctica y que deban corregirse, las dudas que hubieren ocurrido sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, los vacíos que deban llenarse y las reformas que deban hacerse". En igual sentido deben informar a la Corte Suprema las Cortes Superiores respecto de su distrito (Art. 18, Nº 15); y los jueces provinciales, a su vez consultan a las Cortes Superiores (Art. 104, Nº). La Ley Orgánica de Justicia de las Fuerzas Armadas, de modo paralelo, confiere atribuciones semejantes a las de la Corte Suprema, a la Corte de Justicia Militar (Art. 10, Nº 6), y en forma parecida deben consultar los jueces inferiores (Art. 36 i). Sobre las consultas a la Suprema o de ésta al Congreso, deben dictaminar los fiscales (Art. 36, Nº 7). En esta forma se moviliza todo el cuerpo jurisdiccional para colaborar con el Congreso en la preparación de nuevas leyes o para la interpretación auténtica; este sistema es realmente muy acertado.

Casi resulta inútil insistir una vez más que la consulta al Congreso no suspende la administración de la justicia, ni la interpretación auténtica que puede emanar el Congreso afectará en nada a las sentencias ya ejecutoriadas, aunque el criterio legislativo sea muy diferente del judicial.

51.—Denegación de justicia

El Art. 18 del Código Civil, que nos da las reglas de interpretación, comienza con una norma de otro género, pues establece la absoluta obligatoriedad de hacer justicia que recae sobre los jueces competentes, dice así: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley".

El proyecto de Don Andrés Bello no contenía esa primera parte de nuestro Art. 18. Pero la disposición se puede decir que pertenece al Derecho Universal, y que todos los Estados la reconocen expresa o implícitamente.

Desde luego que no hay denegación de justicia en todos aquellos casos en que un juez o tribunal se inhibe o excusa de conocer y decidir

sobre un asunto, sea por considerarse legalmente incompetente, o por existir una justa causa de excusa del juez o una circunstancia que inhabilite para conocer de determinada litis.

Naturalmente si se produce algún caso de denegación de justicia, por lo general no será en una forma cruda y de abierta rebeldía contra el deber; la denegación puede consistir en un retardo abusivo en resolver la litis, o en una resolución parcial, que no abarca todos los puntos controvertidos o en alguna actitud parecida a éstas. Por eso, la ley cuida particularmente de sancionar esas anomalías.

Si en una sentencia se omite resolver sobre alguno de los puntos controvertidos las partes pueden pedir que se amplíe la sentencia, y el juez o tribunal deben acoger tal petición. Si la ampliación no se produce, por cualquier razón, el superior al que se suba el juicio por apelación debe fallar también sobre esos puntos no sentenciados por el inferior, e impondrá a éste una multa (Art. 357 del Código de Procedimiento Civil).

Para evitar el retraso excesivo, que equivaldría a una denegación de justicia, la ley autoriza para recusar a los jueces que no despachen las causas ni en el triple del tiempo señalado por la ley (Art. 931 del Código de Procedimiento Civil). También se puede seguir contra ellos la acción de indemnización de perjuicios (Art. 1.095 del Código de Procedimiento Civil). Y el Código Penal sanciona con prisión de un mes a dos años a los que dimiten con el fin de impedir o suspender la administración de justicia (Art. 229 del Código Penal); además, si niegan o retardan el hacer justicia por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, son culpables de prevaricato (Art. 252) y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión. También el Código Penal Militar (Art. 160) castiga la denegación o el retardo en la administración de justicia de las respectivas causas.

"En ningún caso" admite la ley denegación de justicia. Por esto, si un juez o magistrado de un tribunal se resistiera a firmar una sentencia o resolución, puede ser destituído (Art. 59 de la Ley Orgánica de la Función Judicial). Si uno o varios de los miembros de un tribunal no están de acuerdo con la resolución que desea tomar la mayoría, esta discordia no puede ser motivo para que se retrase o impida el fallo correspondiente: lo resuelto por la mayoría se impone, y los de opinión disidente tienen el derecho de redactar un voto salvado para que quede constancia de su opinión dispar.

No solamente los jueces ordinarios están obligados a dictar sentencia. También el árbitro que ha aceptado el cargo está obligado a desempeñarlo, y si se abstuviere de fallar dentro del tiempo fijado por la ley o por convención de las partes, "será responsable de los daños y perjuicios que sufrieren las partes" (L. O. Judicial 129).

La obligación moral de los jueces de hacer justicia es tanto más grave, cuanto quienes la piden estén en una situación social o de hecho, de mayor dificultad o de cierta inferioridad para hacer valer sus derechos. Por esta razón el Art. 67 de la Ley Especial de Oriente sanciona

con la destitución *inmediata* a las autoridades que denegaren la administración de justicia en la Región Oriental.

El recurso de "Habeas Corpus" del que trata la Ley de Régimen Municipal, aunque no da el carácter de juez al Presidente del Concejo que debe conocerlo, le responsabiliza en forma semejante a los jueces, por denegación de justicia. Además dicho recurso tiene por objeto evitar precisamente la detención o prisión arbitrarias que muchas veces implicaría actos de denegación de justicia.

52.—Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes

A continuación de las reglas (Arts. 18 y 19) para la interpretación de la ley, el Código Civil trae en el Título Preliminar el parágrafo denominado "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes". A lo largo del Código Civil se encuentran otras muchas definiciones, de modo que se puede concluir que no ha sido intención del legislador reunir aquí todas las definiciones.

No debe pasar inadvertido que el acápite dice: "...de uso frecuente en *las leyes*", en plural, lo cual indica que el legislador nos proporciona estas definiciones para la interpretación y aplicación no solamente del Código Civil, sino también de otras leyes, salvo que aparezca claramente lo contrario.

No todos los artículos comprendidos en este acápite son propiamente definiciones, pero en todo caso se aproximan el valor de una definición, así sucede con el Art. 20 que señala la extensión o alcance de ciertas palabras.

53.—Género y edad de las personas (Arts. 20 y 21)

El derecho tiene que contar con los *datos* de la realidad: de la naturaleza del hombre, de la sociedad, de su cultura, etc. Estos factores de hecho que condicionan al Derecho nos hablan en primer término de la fundamental igualdad de los hombres y de sus desigualdades accidentales. La división más elemental —por más fundada en la misma naturaleza—, de la humanidad es la del hombre y la mujer. Ambos son sustancialmente iguales, tienen la misma naturaleza, y el mismo destino, por eso el derecho no puede, no debe, hacer distinciones que contraríen esta igualdad fundamental. Vista la humanidad desde este alto punto de mira (el de su naturaleza y el de su fin), se destaca su unidad y queda debidamente fundamentada la igualdad de derechos primordiales entre el hombre y la mujer; éste es el punto de vista que llevó a San Pablo a escribir: "No hay ya Judío ni Griego, esclavo o libre, hombre o mujer, sino que todos sois uno solo en Cristo Jesús (Gal. III, 28). Y esta misma condición de igualdad fundamental de los individuos de la especie humana es la que siempre la Iglesia ha predicado y sostenido frente a todos los apasionamientos de raza, religión, partido político, etc.

Es evidente, pues, la igualdad fundamental del hombre y la mujer, como también lo es su desigualdad accidental. El Derecho tiene que responder con una regulación justa que no ahonde en exceso la diferencia, ni la desconozca, porque ambos extremos serían igualmente viciosos.

El egoísmo del hombre prevalido de su mayor fuerza y a veces de su mejor preparación para la vida le ha inducido frecuentemente a abusar de su situación dejando a la mujer en el plano jurídico en una condición totalmente desventajosa, inferior, en la que se le desconocen sus auténticos derechos.

Como reacción frente a tales abusos, algunos han levantado la bandera de un falso "feminismo", igualmente injusto y perjudicial para la misma mujer. Una igualdad absoluta con el hombre en todos los planos, desconoce las diferencias fisiológicas, y sobre todo psicológicas de ambos sexos. Tampoco es aceptable este extremo.

En todo caso, la distinción de sexos, sí tiene trascendencia en el derecho y ésta es enorme en todos los campos. En el derecho constitucional y político, en nuestro país, la diferencia prácticamente ha desaparecido porque la mujer puede elegir y ser elegida para cualquier cargo o función; en el derecho penal la distinción tiene más trascendencia porque la mujer es considerada aparte como sujeto activo o pasivo de algunos delitos, que por su misma naturaleza deben ser así considerados, por ejemplo el rapto; también se tiene en cuenta la peculiar psicología femenina para apreciar las circunstancias agravantes o atenuantes o eximentes de culpabilidad, es evidente que por ejemplo el miedo influye de manera muy distinta en el hombre que en la mujer. En el Derecho Civil, las diferencias más notables hacen referencia a la organización del matrimonio, de la sociedad conyugal, del ejercicio de la patria potestad, de los derechos en caso de separación o divorcio, y sobre todo en materia de capacidad jurídica. La actual Constitución declara la igualdad del hombre y la mujer, por lo que algunas de esas diferencias deberán desaparecer.

Por las consideraciones antes hechas, se ve con claridad que es preciso que la ley indique con exactitud qué derechos se refieren sólo al hombre y cuáles también a la mujer, o que señale cualquier peculiaridad de tales derechos o de su ejercicio, con relación al sujeto según sea hombre o mujer.

Como en el idioma castellano la palabra "hombre" designa por igual a los individuos de la especie humana de uno y otro sexo, y también se reserva en otros casos para designar únicamente al varón, es una palabra que se presta a la ambigüedad. Ahora bien, el sentido de la ley, el contexto, difícilmente permitirá que se permanezca en la duda de cuál sea el alcance con que el legislador ha querido usar tal palabra. Otro tanto sucede con muchas otras palabras que ya sirven para designar a los individuos del sexo masculino únicamente o a todos los de la especie humana, como las palabras, niño, casado, viudo, divorciado, persona, adulto, viejo, etc.

Como el Art. 18 nos ha enseñado ya que las palabras de la ley se deben entender en su "sentido natural y obvio", resulta verdaderamente inútil la disposición del inciso primero del Art. 20, pues no es sino una aplicación evidente de la regla 1ª y 2ª del Art. 18, a unos cuantos casos de estas palabras que pueden tener sentido ambiguo. Dice así el Art. 20 del Código Civil:

Art. 20.— "Las palabras HOMBRE, PERSONA, NIÑO, ADULTO, y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo.

Por el contrario, las Palabras MUJER, NIÑA, VIUDA y otras semejantes, que designan al sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente."

Como se observará de inmediato, si el primer inciso del Art. 20 es inútil, el segundo raya en lo ridículo, puesto que jamás el lenguaje habitual, y mucho menos el del legislador, comprende bajo las expresiones "mujer", "niña", etc., a individuos del sexo masculino.

La edad de las personas tiene todavía mayor trascendencia en el derecho. En el Derecho Público Constitucional, Administrativo, etc., la edad juega un papel importantísimo, ya que para un sinnúmero de cargos, funciones y magistraturas se exigen ciertas edades mínimas. También el ejercicio de los derechos de ciudadanía en general comienza solamente una vez cumplidos los 18 años.

En el Derecho Penal, solamente se es sujeto activo de delito desde los 14 años y las contravenciones o infracciones cometidas por menores de 18 años están sometidas a un régimen especial. También la edad del sujeto pasivo del delito influye en la gravedad de éste, y aún puede constituir un delito distinto.

En materia fiscal también tiene importancia la edad. Hay ciertos impuestos, como el que grava las herencias, donaciones y legados, que varía según la edad del contribuyente; también el impuesto a la renta varía en ciertos casos, renta vitalicia, usufructos, etc.).

La trascendencia de la edad en todos los campos del derecho es tan amplia que en nuestro país, como en muchos otros, existe un Código especial para regular las relaciones de los menores de edad y darles una protección especial, es el Código de Menores.

Pero en la materia civil, que es la que nos interesa directamente, la importancia de la edad para los efectos jurídicos, no es menor que en las otras materias.

El Art. 21 del Código Civil establece varias clasificaciones de las personas por razón de la edad: dice así:

Art. 21.— "Llámase INFANTE o NIÑO el que no ha cumplido siete años; IMPUBER el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; ADULTO el que ha dejado de ser impúber; MAYOR DE EDAD, o simplemente MAYOR, el que ha cum-

plido veintiún años; y MENOR DE EDAD, o simplemente MENOR, el que no ha llegado a cumplirlos".

En el Art. transcrito hay varias clasificaciones de las personas por razón de la edad. Se hacen dos divisiones fundamentales e independientes entre sí, y una subclasificación. Las dos divisiones fundamentales son las de: a) menores y mayores de edad, y b) impúberes y adultos. Subclasificación de los impúberes, son los niños. También hay una variante por razón del sexo en el límite entre la impubertad y la edad adulta.

El hecho de que las dos clasificaciones fundamentales sean independientes entre sí, permite que se produzcan varias combinaciones: así tenemos menores de edad que son impúberes y menores que son adultos; y también adultos que son menores de edad y adultos que han dejado de ser menores y son ya mayores de edad.

La más importante de las clasificaciones es la de "menores" y "mayores". El límite en nuestro derecho es el día en que se cumplen 21 años, hasta ese día se es menor, después de ese día se es mayor de edad.

Este límite o clasificación tiene importancia sobre todo porque los mayores de edad se consideran generalmente como capaces, mientras que los menores son incapaces.

En el Código de Don Andrés Bello se fijaba el límite de la mayoría de edad en los 25 años, y así se conservó en Chile mucho tiempo, pero en el Ecuador se rebajó tal límite a los 21 años, en la reforma de 1851, o sea antes de la entrada en vigencia del Código, y cuando se aprobó el Código Civil, se incorporó ya en él la reforma que fijó el límite de la mayoría de edad en los 21 años.

La mayor parte de los países señalan los 21 años como principio de la mayoría de edad, en otros se fijan los 22, 23 o 25, pero son más bien pocos, y en algunos se ha adelantado la mayoría de edad a los 18 años.

En todo caso, el hombre al llegar a cierta edad, en torno a los 21 años, tiene ya la suficiente madurez y la debida formación para bastarse por sí mismo en el plano jurídico. Naturalmente hay excepciones en ambos sentidos —precocidad o retraso—, pero la ley tiene que proceder por reglas generales, sobre bases estadísticas diríamos.

De todas formas, la mayoría de edad ha perdido en los últimos años en el Ecuador el carácter de la gran línea divisoria, se ha atenuado un tanto su valor, por las concesiones hechas en numerosas leyes en favor de una cierta capacidad de los menores de edad para ciertos actos especiales. También el hecho de que la Constitución de la República fije en los 18 años la edad para ser ciudadano y por tanto para ejercer los derechos políticos, disminuye la importancia de la división entre mayores y menores de edad.

Como acabamos de decir, la edad de los 18 años ha llegado a tener en nuestro derecho, también en el Civil, su trascendencia, aunque no marca el límite de una nueva división de las personas. Tan menores

de edad son los que no han cumplido los 18 años como los que habiéndolos cumplido todavía no llegan a los 21: no son dos categorías distintas de personas. Por eso tampoco se menciona la edad de los 18 años en las clasificaciones del Art. 21. Pero el menor de edad que ya ha cumplido 18 años (aunque continúa siendo menor), tiene una serie de posibilidades legales que no se reconocen al que no ha llegado aún a los 18.

Tampoco altera entre nosotros la minoría de edad ni la capacidad jurídica del varón, el hecho de que contraiga matrimonio antes de cumplir la mayoría de edad. El menor casado continúa siendo menor de edad, y continúa siendo incapaz. Es verdad que se emancipa, esto es, que sale de la patria potestad, su padre o madre ya no es el representante legal, quien administra y usufructúa los bienes del menor, pero el menor de edad sigue siendo incapaz y para la administración de sus bienes y para su representación necesitará de un nuevo representante legal, que puede ser el propio padre o madre u otra persona, aunque en la nueva calidad de curador.

Tampoco existe en el Ecuador la institución de la "habilitación de edad" que figuraba en el Código primitivo, pero existen varias excepciones a la incapacidad del menor de edad que se aproximan mucho a esa institución. Así el menor de edad que sea funcionario público "se mirará como mayor de edad en lo concerniente a su empleo" (Art. 260 del Código Civil). El hijo de familia que tenga peculio profesional o industrial, goza también de su usufructo y se considera como emancipado para la administración del mismo.

Las personas se dividen también en impúberes y adultos. Púber es lo mismo que adulto.

En esta clasificación el límite de edad no es igual para el hombre que para la mujer: son impúberes los varones que no han cumplido 14 años y las mujeres que no han cumplido 12 años. Quienes ya han cumplido esas edades pasan a ser adultos; serán, pues, adultos menores de edad, y más tarde, cuando cumplan 21 años, serán adultos mayores de edad.

Esta clasificación se fundamenta también en el desarrollo de las personas, pero con particular referencia a su desarrollo fisiológico, y concretamente a su capacidad para los actos tendientes a la procreación. Por esto, la mencionada clasificación tiene trascendencia sobre todo en materia de matrimonio: son absolutamente incapaces de contraer matrimonio los impúberes, y si de hecho lo contrajeren ese matrimonio sería nulo.

Naturalmente en esta clasificación como en la anterior se procede a base de una presunción fundada en la generalidad de los casos. Pero es una presunción que en nuestro derecho no admite demostración en contrario, al menos para anticipar la edad indispensable para el matrimonio.

También es bastante universalmente admitido el límite de los 12 y 14 años, aunque en algunos países está fijado en una edad más

avanzada: los 15 y 17 años, o los 16 y 18 años para la mujer y el varón respectivamente. En todo caso, siempre se diferencia el caso del hombre del de la mujer, dado el desarrollo más precoz de la mujer, por regla general.

La clasificación entre impúberes y adultos, además de su trascendencia en materia matrimonial, tiene otras aplicaciones en cuestiones civiles, pero la más importante de todas es la de que los menores impúberes son incapaces con incapacidad absoluta (absolutamente incapaces), mientras que los menores adultos son relativamente incapaces o sea que tienen incapacidad relativa.

Dentro de la categoría de los impúberes tenemos la clase especial de los niños, o sea de los que no han cumplido siete años. Esta subdistinción tiene poca importancia en el derecho civil, más importancia tiene en el derecho penal, como hemos visto, porque hay ciertos delitos que se pueden cometer únicamente contra los niños, o que tienen en todo caso particular gravedad si ellos son el sujeto pasivo del delito. También en el Código de Menores se tiene en cuenta la peculiar condición del que es niño.

En cuanto a la edad comprendida entre las 7 y los 12 o 14 años (para la mujer o el varón respectivamente), tiene tan poca trascendencia en el derecho que ni siquiera tiene un nombre propio: son los impúberes que ya no son niños, pero no se llaman de un modo especial. Sin embargo, conforme a los Arts. 762 y 1.777 del Código Civil, resulta que estas personas pueden adquirir la *posesión* de bienes muebles, para la que basta la aprehensión material de la cosa y de la voluntad natural, y ambas cosas puede hacer el que ya no es niño, aunque sea impúber todavía y por lo mismo absolutamente incapaz.

Para terminar este punto indiquemos que en el derecho civil tienen importancia las edades como límites mínimos, es decir que no hay edades después de las cuales se pierdan derechos o se convierta en incapaz. En otras ramas del derecho sí tiene importancia un límite máximo de edad, como sucede en las leyes militares para los ascensos y retiros, en las leyes sociales para la jubilación, etc.

54.—Parentesco

Si el Derecho Civil trata principalmente de las relaciones jurídicas privadas que nacen de los vínculos familiares y del régimen de la propiedad, claro aparece que los parentescos —íntimamente dependientes de la familia—, tienen gran importancia en el Derecho Civil.

No define nuestro Código lo que es la familia, ni tampoco da una definición directa de lo que es el parentesco. Sin embargo, el Art. 32 enumera quiénes son los parientes de una persona para los efectos legales más ordinarios, y en los artículos 22 hasta el mismo 31 se contienen varias definiciones de diversos elementos de las relaciones familiares. En esa forma se puede formar un concepto de lo que es la familia para nuestros legislador civil.

Sobre la base indicada, podríamos decir, que para nuestro Código Civil, la familia está integrada, si es legítima, por los cónyuges y los parientes más íntimos como son los padres, los hijos, los hermanos, los sobrinos, los tíos y los primos hermanos; y si se trata de la familia ilegítima, comprende únicamente los padres, los hijos y los hermanos.

Los efectos del parentesco se han extendido hasta parientes más o menos lejanos según los diversos tipos de organización social y, sobre todo, familiar.

Un justo término medio entre los extremos de una familia muy ampliada o muy restringida, asegura el respeto de la libertad individual, de los derechos de la familia y de las atribuciones que al Estado corresponden, este justo término medio se encuentra precisamente en la doctrina social y familiar de la Iglesia que destaca el fin trascendente del individuo, el carácter natural de la familia y del Estado, y la necesidad de compaginar dentro de las normas de la justicia, las relaciones recíprocas entre los tres.

Nuestro Derecho inficionado en sus orígenes de un fuerte espíritu individualista, reconocía, sin embargo, un amplio radio de acción a la familia, gracias al influjo moderador de las ideas cristianas de Don Andrés Bello. Pero la evolución posterior del Código Civil ha estado impulsada capitalmente por las ideas primero del individualismo disolvente de la Revolución Francesa, llegadas con un siglo de retardo a nuestro país, y luego por las tendencias del socialismo de Estado. Así se observa una restricción progresiva no solamente de los vínculos de estabilidad de la familia, sino también de su extensión. Hoy día, solamente tienen trascendencia jurídica los parentescos más cercanos. Además, como observa con razón Córdova, hemos llegado a un extremo vicioso "tanto y más que hay verdadera contradicción en el sistema, porque para unos fines, de menor importancia, se llega hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, y en otros, no se pasa del segundo; partiendo en el un caso del concepto del afecto familiar por el lazo de la sangre, y rompiendo en el otro este lazo".

Para reseñar en este punto siquiera brevemente el régimen del parentesco en el Ecuador, conviene comenzar por distinguir la familia legítima de la ilegítima, y consiguientemente el parentesco legítimo del ilegítimo.

El parentesco legítimo deriva de la generación legítima, o sea que es el que se establece entre personas vinculadas por una serie de generaciones legítimas. En primer término hay pues que definir lo que es esta filiación legítima. La filiación legítima proviene de la concepción realizada por la unión legítima, o sea de quienes están casados entre sí; se asimilan a esta generación legítima, otros casos en que aunque la concepción se produce fuera del matrimonio, sin embargo, por el matrimonio contraído posteriormente y el cumplimiento de ciertos requisitos se confiere también la calidad de legítimo al así concebido. Exactamente el Art. 29 define así al hijo legítimo y al ilegítimo:

Art. 29.— "Los hijos son legítimos o ilegítimos.

LEGITIMOS, 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.

ILEGITIMOS, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial".

Conviene tener presente que este artículo ha sufrido notables cambios, y particularmente por efecto de la ley de 21 de noviembre de 1935 que cambió profundamente el sistema de la filiación y la clasificación de los hijos.

Antes de dicha ley, en el Ecuador existían dos calidades de hijos: legítimos e ilegítimos. Los ilegítimos eran o simplemente ilegítimos, o naturales, o de dañado ayuntamiento. Naturales eran los que habían obtenido el reconocimiento de uno o ambos padres. Sinmplemente ilegítimos, los no reconocidos, pero que podían serlo, y aún llegar a ser legitimados mediante el matrimonio de sus padres, pues comprendía esta categoría los concebidos fuera de matrimonio, pero por personas que eventualmente podrían casarse entre sí. Los de dañado ayuntamiento, comprendían a los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos, y no podían ser legitimados por patrimonio posterior.

Desde 1935, en cambio, existen dos calidades nominadas por la ley, los hijos legítimos y los ilegítimos. Pero en estas dos categorías no se incluye a todos los hijos, puesto que los hay que no tienen ninguna de las dos calidades. O sea, que actualmente no todo el que no es legítimo es ilegítimo. Se adquiere la "calidad legal" de hijo "ilegítimo" mediante el reconocimiento voluntario de uno o ambos padres o mediante la declaración judicial. Así, pues, el que habiendo sido concebido fuera de matrimonio no haya sido ni reconocido voluntariamente ni declarado judicialmente hijo ilegítimo, no tiene calidad legal nominada, y se suele llamar en forma simplemente descriptiva "hijo de padres desconocidos", y a veces se suele llamar también a estos "hijos naturales", aunque esta denominación no tiene fundamento alguno en la ley, y se presta a confusión, ya que "hijos naturales" eran los que, antes de 1935 habían sido precisamente reconocidos como ilegítimos, o sea personas con una situación legal muy distinta de los actuales "hijos de padres y madre desconocidos".

Es preciso, establecer también otra distinción fundamental. Hay dos clases de parentescos: de consanguinidad y de afinidad.

Parentesco de consanguinidad es el que resulta de los vínculos de sangre, o sea del hecho de descender unas personas de otras o de descender varias personas de una misma. La persona de la cual descienden otras se llama ascendiente común o "tronco común".

La afinidad no supone ascendiente común sino que es una relación con los parientes del cónyuge o con los parientes de aquella persona de quien o en quien se ha tenido un hijo ilegítimo. La ley, como

veremos no define la afinidad en general sino sus clases: la afinidad legítima, y la ilegítima.

Estudiemos primero la consanguinidad. Es el parentesco entre quienes o descienden el uno del otro, o tienen ambos un tronco común.

En todos los parentescos hay que considerar las líneas, los grados, y la calidad. Hay pues, grados y líneas de consanguinidad y de afinidad, y hay consanguinidad legítima o ilegítima, como hay afinidad de una u otra calidad.

Las líneas consisten en la serie de personas a través de las cuales se establece el parentesco.

La línea es *recta* cuando une a personas que descienden unas de otras: por ejemplo, un individuo, sus hijos, sus nietos y bisnietos, sus padres abuelos y bisabuelos, están en línea recta.

La línea es *colateral* cuando el parentesco proviene de que dos o más personas tienen un tronco común, pero la una no es ascendiente de la otra, como sucede entre dos o más hermanos, o entre tíos y sobrinos, entre primos, etc.

Cada generación constituye un *grado*, y podríamos decir que el grado es como la unidad de medida del parentesco. En nuestro sistema se cuenta los grados ascendiendo por una línea hasta el tronco común y descendiendo luego por la línea del otro individuo con quien se quiere medir el grado de parentesco; naturalmente esto sucede en la línea colateral, puesto que por la línea directa solamente se contarán los grados ascendiendo o descendiendo una vez. Así, entre padre e hijo hay un grado; entre abuelo y nieto hay dos grados, es un parentesco de segundo grado; entre hermanos (línea colateral) hay igualmente segundo grado; entre tío y sobrino, tercer grado y entre primos hermanos hay cuarto grado. Todo esto está expresado sintéticamente en el Art. 22 del Código Civil:

Art. 22.— "Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí. Cuando una de dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o tranversal".

Conviene advertir que esta forma de considerar los grados y líneas del parentesco de consanguinidad son generalmente admitidos por muchas legislaciones. Sin embargo, existe también el sistema que sigue el Código de Derecho Canónico, y las leyes de algunos países, que consiste en medir el parentesco únicamente por una línea hasta encontrar el ascendiente común. Según este sistema los hermanos están en primer grado de consanguinidad (mientras que en el nuestro están en segundo), los tíos y sobrinos en segundo, lo mismo que los primos, etc.

Como ya hemos anticipado, la consanguinidad puede ser de dos

calidades distintas: legítima o ilegítima. Los Arts. 23 y 24 definen ambas:

Art. 23.— "Parentesco LEGITIMO DE CONSANGUINIDAD es aquel en que todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común".

Art. 24.— "CONSANGUINIDAD ILEGITIMA es aquella en que una o más generaciones de que resulta no han sido autorizadas por la ley, siempre que los hijos nacidos de ellas hayan adquirido la calidad legal de hijos ilegítimos; como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común.

Ya hemos visto que para ser hijo ilegítimo no basta haber sido concebido fuera de matrimonio sino que se precisa el reconocimiento o la declaración judicial, mediante los cuales se adquiere "la calidad legal de hijo ilegítimo". Mientras no se adquiera esa calidad, no se establece ningún parentesco legal ni con los padres (es de "padres desconocidos") ni con los otros parientes según la naturaleza.

Para que la consanguinidad sea ilegítima basta que una de las personas a través de las cuales se establece la línea de parentesco no sea legítima, aunque todas las demás lo sean, exceptuando precisamente el tronco común. Así por ejemplo si el abuelo común de dos primos hermanos es hijo ilegítimo, pero sus hijos y nietos (los primos) son legítimos, dichos primos son legítimos; en cambio si uno de los primos es hijo ilegítimo, hay entre los dos consanguinidad ilegítima en cuarto grado colateral; y lo mismo sucede si ambos primos son hijos legítimos pero el padre de uno de ellos(o los de ambos) son hijos ilegítimos del abuelo común.

El Art. 25 indica que la legitimación asimila, a quienes se benefician de ella, a los legítimos. Es decir que la legitimidad es la calidad originaria de ser legítimo, mientras que la legitimación produce esa misma calidad como superveniente adquirida, pero una vez adquirida produce los mismos efectos que la originaria.

Art. 25.— "La legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres, surte los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad transversal legítima".

En cuanto a la afinidad, el Código Civil ha preferido definirla separadamente según se trata de la legítima y de la ilegítima. Los dos siguientes artículos traen estas definiciones:

Art. 26.— "AFINIDAD LEGITIMA es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

La línea y grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se determina por la línea y grado

de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima, en línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer".

La definición es clara y no necesita mayor explicación. Aplicándola, podemos decir que están en primer grado de afinidad legítima: el suegro o suegra con la nuera, o yerno; el padrastro o madrastra con el entenado o hijastro, y respectivamente, desde luego. En segundo grado colateral de afinidad están los cuñados entre sí.

Para que la afinidad sea legítima se requieren dos circunstancias: que haya matrimonio, y consanguíneos legítimos, cuando falte uno de estos dos elementos no podrá haber sino únicamente afinidad ilegítima.

Art. 27.— "Es AFINIDAD ILEGITIMA la que existe entre cada uno de los padres ilegítimos de un hijo y los consanguíneos legítimos o ilegítimos del otro de dichos padres, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra".

Hay, pues, dos tipos de afinidad ilegítima. La primera proviene de la unión extramatrimonial que ha dado origen a un hijo reconocido por ambos padres como ilegítimo, o declarado judicialmente hijo ilegítimo de ambos; en este caso, cada uno de dichos padres es afín de los consanguíneos del otro padre, y tal afinidad es ilegítima, cualquiera que sea la calidad de los consanguíneos: legítimos o ilegítimos, ya que el motivo de la ilegitimidad de este parentesco radica en la inexistencia de matrimonio.

La segunda afinidad ilegítima es la que existe entre uno de los cónyuges y los consanguíneos ilegítimos del otro. Aquí hay matrimonio, pero no consanguinidad legítima, y por eso la afinidad es también ilegítima.

La afinidad, en general, tiene poca trascendencia jurídica: en primer grado es impedimento para el matrimonio; a falta de consanguíneos, debe escucharse a los afines legítimos hasta el segundo grado en aquellos casos en que la ley ordena "oír a los parientes de una persona" (Art. 32 del Código Civil), y finalmente, el parentesco de afinidad hasta el segundo grado (o sea en primero y segundo grado), es motivo de tacha si actúan como testigos en juicios.

El artículo 28 nos indica en qué forma se consideran las líneas y grados de la afinidad ilegítima:

Art. 28.— "En la afinidad ilegítima se determinan las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima".

En el Art. 29 se definen los hijos legítimos e ilegítimos, cosa que estudiaremos con detenimiento más adelante. En el Art. 30 se establece la estricta reciprocidad entre la calidad de los hijos y la de los padres:

Art. 30.— "Las denominaciones de legítimos e ilegítimos que,

según las definiciones precedentes, se dan a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres".

Veremos, sin embargo, al estudiar el matrimonio putativo, en el Art. 107, que no hay una reciprocidad de derechos y obligaciones en todos los casos, al punto de que en dicho matrimonio puede decirse que los hijos son legítimos y el padre que esté de mala fe es ilegítimo respecto de tales hijos.

El Art. 31 define las varias clases de hermanos:

Art. 31.— "Los hermanos pueden ser carnales o medios hermanos. Se denominan carnales los hermanos que lo son por parte de padre y por parte de madre; y medios hermanos, los que son simplemente paternos o maternos.

Son entre sí hermanos ilegítimos los hijos ilegítimos de un mismo padre o madre; y tendrán igual relación los hijos legítimos con los ilegítimos del mismo padre o madre".

Como se puede apreciar en este artículo no se hace más que aplicar los principios anteriores al caso de los hermanos: para que sean legítimos se requiere que ambos sean hijos legítimos; y si uno o ambos son hijos ilegítimos del mismo padre o de los mismos padres, son entre sí hermanos ilegítimos. Si tienen ambos padres en común, son hermanos carnales, y si solamente uno de los padres es común a ambos hermanos, son medios hermanos.

Las dos clasificaciones son desde luego independientes, y por eso admiten combinación, de modo que hay hermanos carnales legítimos y hermanos carnales ilegítimos, medios hermanos legítimos y medios hermanos ilegítimos.

Las diversas clases de hermanos tienen importancias sobre todo en materia de herencia, tiene también importancia en cuestión de alimentos, guardas, etc.

El Art. 32 enumera quienes son los "parientes de una persona", para ciertos efectos legales:

Art. 32.— "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación el cónyuge de dicha persona y sus consanguíneos legítimos o ilegítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos es suficiente número, serán oídos los afines legítimos, hasta el segundo grado.

Serán preferidos los descendientes y ascendientes a los colaterales, y entre éstos a los de más cercano parentesco.

Los parientes serán citados y comparecerán a ser oídos verbalmente, en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Civil."

En primer lugar nótese que entre los parientes se incluye al cónyuge que no es ni consanguíneo ni afín, que no tiene propiamente ningún grado ni línea de parentesco con su cónyuge, por razón del matrimonio; si tiene algún parentesco será, según las reglas generales, independientemente del hecho de ser cónyuge. Pero es natural que se incluya en este grupo de personas más relacionadas, llamadas a intere-

sarse e intervenir en los intereses de alguien a su cónyuge, que es la persona más íntimamente vinculado por el Derecho Natural y el Positivo. Habría sido, en todo caso más correcto distinguir el caso del cónyuge, del de las demás personas que deben ser oídas, ya que el cónyuge no es pariente.

La ley ordena que se oiga a los parientes en muchos casos, para que el juez pueda con la debida información conceder permisos o decidir sobre actos que deba hacer una persona, o la situación en que vaya a quedar. Los parientes son quienes con mayor conocimiento de causa pueden informar al juez; ellos son también quienes se presume, se supone, que han de tener mayor interés en buscar el bien a conveniencia de la persona y bienes de su pariente. Sin embargo, también a veces, hay contraposición de intereses entre parientes, por eso, el juez debe considerar con importancia el valor de tales informes que si ordinariamente serán justos y provechosos, tal cual vez pueden estar viciados por el interés personal.

Cuando no existen parientes, el juez, por regla general debe escuchar al agente fiscal, en aquellos casos en que debía oír a aquellos.

En cuanto a la forma de citar y oír a los parientes, a pesar de que el Código Civil dice que debe procederse en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Civil, en este cuerpo de leyes no se encuentra ninguna indicación al respecto, pero hemos de entender que según la naturaleza del respectivo juicio se debe actuar, con la sola precisión que se halla en el mismo Código Civil relativa a que ha de oírse a estas personas "verbalmente".

55.—Representantes

En el Art. 33, el Código Civil no nos da una definición de una palabra legal, sino una enumeración de algunos representantes legales:

Art. 33.— "Son REPRESENTANTES LEGALES de una persona el padre, la madre, o el marido bajo cuya potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 593".

La función propia de la representación se nos indica en el Art. 1.501 del mismo Código: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

"Representar" tiene varios sentidos. "Representa una persona o cosa que sustituye a otra o hace sus veces, y éste es precisamente el sentido de la representación en derecho" leemos en el libro del Dr. Carlos Manuel Larrea, titulado "La representación", del cual tomaré varias ideas que se expondrán en este punto.

Las personas pueden actuar directamente o valiéndose de un representante que actúe por ellas.

Ahora bien, si la persona es capaz (con capacidad de ejercicio),

también es capaz de establecer voluntariamente un representante. La representación que corresponde normalmente a las personas capaces, es, pues, la representación voluntaria. La forma más común consiste en el mandato.

En cambio, quienes son incapaces (incapacidad de ejercicio), tienen también derechos y pueden contraer obligaciones (porque tienen capacidad de goce, que corresponde a toda persona), pero no pudiendo ejercitarlos directamente, por sí mismos, necesitan de representante. El representante de los incapaces no puede ser voluntario ya que no tienen capacidad para constituirlo, luego, tiene que ser designado por la ley, y entonces se llama y es "representante legal".

El Art. 33 nos habla de los representantes legales, y por su forma, aparentemente pretende enumerarlos a todos, sin embargo, la lista resulta incompleta, porque, como veremos, además de los mencionados hay otros representantes legales. El Art. 33, en realidad solamente se refiere a los principales representantes legales de los que se trata *in extenso* en el Libro Primero del Código Civil, o sea, los representantes de los menores, de la mujer casada, de los pupilos y de las personas jurídicas.

Los menores de edad, como hemos visto son o absolutamente incapaces, si son impúberes; o son, por lo menos, relativamente incapaces, si son menores adultos. En uno u otro caso si están bajo patria potestad, el representante legal es necesariamente o el padre o la madre, ya que únicamente estas dos personas pueden ejercer la patria potestad. Si no están bajo patria potestad porque son hijos de padres desconocidos, o hijos ilegítimos, o han sido emancipados de sus padres legítimos, entonces necesitan de otro representante que se llama guardador. El guardador propio de los menores impúberes es el tutor, y el de los menores adultos es el curador. El que está sometido a tutela o curaduría se llama pupilo.

La mujer casada, no por ser mujer, sino por el hecho del matrimonio queda sometida a la potestad marital y es relativamente incapaz. El marido ejerce, pues, una representación legal.

Además de los menores, hay otras personas que pueden ser pupilos, es decir que por razón de su incapacidad absoluta o relativa necesitan de un guardador, que en todos casos será curador. Estos pupilos son los dementes, los disipadores, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los condenados a ciertas penas, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y en ciertos casos los ausentes. Todos ellos pueden también tener representante legal, que en este caso es, como queda dicho, curador.

Respecto de todos los incapaces, sometidos a representación legal, caben numerosas excepciones, en las cuales ellos mismos actúan, sea por autorización de su representante, o de la ley, o de otras autoridades o personas que pueden intervenir para crear tales casos de excepción.

En cuanto a las personas jurídicas, dice el Art. 33 que las re-

presentan los designados en el Art. 593, y éste dice así: "Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de unas y otras, un acuerdo de la corporación, ha conferido este carácter".

La forma como se ejerce la representación de las personas jurídicas admite variedades sin número, como numerosas son las clases de personas jurídicas. Esto nos lleva a pensar que el concepto de representación abarca desde el ámbito del Derecho Público al del Privado y desde el Derecho Internacional al del Derecho Interno.

No es del caso estudiar aquí todas esas variadísimas formas de representación, pero para darse una idea, piénsese que el Estado y la Iglesia son personas jurídicas, y tienen sus representantes; que la Constitución de la República habla de la representación que corresponde al Jefe del Estado; que en el aspecto político los senadores y diputados se consideran representantes del pueblo; que en el orden internacional la República tiene relaciones con otros Estados y se halla representado ante ellos por sus diplomáticos; en cambio, "la representación, defensa y asistencia en juicio del Estado o de sus instituciones será ejercida por el Procurador General de la Nación" (Art. 15 L. Patrocinio del Estado) y por eso, "toda demanda contra la Nación o el Fisco se citará en forma legal al Procurador General de la Nación (Art. 84 del Código de Procedimiento Civil).

Era natural que el Código Civil no hiciera mención de todas estas formas de representación que pertenecen al Derecho Público, pero también habría sido preferible que la expresión del Art. 33 al referirse a las personas jurídicas fuera más circunscrita para no abrazar también a las de Derecho Público.

Refiriéndose exclusivamente a las personas de derecho privado, sean naturales o jurídicas, notamos en cambio que el Art. 33 no considera todos los casos de representación legal.

El adoptante no es padre, aunque le corresponden los mismos derechos y obligaciones y puede ejercer la patria potestad o la guarda de los hijos adoptivos (Art. 330 del Código Civil), según los casos; es por consiguiente, representante legal. Claro que si no figura en la enumeración del Art. 33 es porque la adopción no existía en el Ecuador al momento en que se aprobó el Código Civil.

La mujer que ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal representa a ésta y también al marido. He aquí otro caso no enumerado en el Art. 33.

"Hay un caso en que la representación legal de un incapaz puede ejercerse de modo voluntario; en efecto, cuando el que ha hecho una donación se ha vuelto demente y por lo mismo se halla imposibilitado de revocar su generosa disposición a pesar de existir la ingratitud del donatario, no es necesario darle curador para que proceda a esta revocatoria, y pueden voluntariamente ejercitar la acción correspondiente en nombre del donante, sus descendientes o ascendientes legítimos o su cónyuge".

El caso tal vez más importante no tenido en cuenta en el Art. 33 es el del juez. El juez representa legalmente en ciertos casos a una de las partes que han litigado ante él: así, cuando suscribe una escritura que debería firmar el perdedor y que se obstina en no hacerlo, o también cuando el juez adjudica una cosa rematada al mejor postor y la enajena a su favor. El Art. 711 llama expresamente representante legal al juez, y la jurisprudencia confirma este concepto: "el juez, representante del deudor para la enajenación, tiene facultades..." "el remate de bienes del deudor, en el apremio real para el cumplimiento de sus obligaciones, es verdadera venta, en la cual el dueño de la cosa vendida, la entrega por medio del juez, su representante legal".

También puede el juez dar autorización a la mujer casada para que realice ciertos actos a pesar de la incapacidad relativa de ella. En tales casos el juez representa al marido, así lo dice el Art. 171: "la autorización judicial representa la del marido..." y por lo mismo quien la da: el juez, representa a aquel por quien la da: el marido.

El albacea, que debe velar por la administración de los bienes hereditarios, es también un representante legal de los herederos, aunque con facultades restringidas. Por otra parte, en cuanto el abacea es "ejecutor testamentario", o sea encargado de hacer que se cumpla la voluntad del difunto, en cierto modo asume una especie de representación de dicho causante; aunque para que haya representación propiamente dicha se requiere que el representando exista.

En el caso de sucesión abierta, no a la muerte del causante, sino por presunción de muerte por desaparecimiento, los poseedores provisionales de los bienes, "representan a la sucesión en sus acciones y defensas contra terceros" (Art. 79 del Código Civil).

"En los litigios relativos al estado civil de las personas, y más concretamente, en los juicios sobre paternidad y maternidad, los herederos representan al "contradictor legítimo fallecido antes de la sentencia. Así lo quiere el Art. 357 del Código Civil". Propiamente, observa C. M. Larrea, es un caso de sucesión y no de representación. Pero en el mismo sentido dispone el Art. 775 del Código de Procedimiento Civil".

Es evidente que las facultades de que dispone el síndico porque la ley se las asigna, le constituyen en verdadero representante del comerciante o empresa fallidos o de la persona insolvente. El mismo síndico representa también a los acreedores en otros aspectos, pues así lo declara expresamente el Art. 569 del Código de Procedimiento Civil: "El síndico representará la masa de acreedores, activa y pasivamente, en juicio y fuera de él".

Los agentes fiscales suplen la falta total de representante legal o voluntario, en ciertos casos, así el Art. 875 del Código de Procedimiento Civil establece para el caso del juicio de consignación, cuando el acreedor está ausente.

También los Defensores de Pobres defienden a sus clientes sin necesidad de poder, por consiguiente puede actuar en su nombre.

En el Código del Trabajo el Art. 425 señala entre las funciones del Comité de Empresa el representar por medio de sus personeros a los afiliados en los asuntos judiciales y extrajudiciales. En los contratos colectivos los trabajadores son representados por "la asociación contratante". En caso de huelga, por el Comité de Empresa o por un Comité Especial para ese acto (Art. 460 del Código de Trabajo). Igualmente, el "Equipo" de trabajadores es representado por su jefe o personero. Los "yanaperos" pueden ser representados por el Presidente del Cabildo comunal, si se trata de miembros de una comuna legalmente constituída.

En cuanto a los patronos, son representados por los directores, gerentes o administradores, aunque no tengan poder o mandato expreso.

El derecho penal ofrece ciertas figuras especiales de representación, algunas de las cuales se asimilan a la representación legal prevista en el Código Civil. "El abogado nombrado en el auto cabeza de proceso como defensor de reos presuntos debe, según el Art. 35 del Código de Procedimiento Penal, "representar también al indiciado si no hubiere instituído procurador o no apareciere".

Entre otros casos notables del Derecho Comercial, merece mencionarse el del Capitán del buque que es representante del propietario de la nave y también de los cargadores "en todo lo relativo al interés de la nave y de su carga, y al resultado de la expedición" (Art. 740 del Código de Comercio). Claro que en este caso la representación se aproxima más a la voluntaria, porque el propietario es capaz y escoge libremente a su Capitán, y también los cargadores dan una especie de mandato implícito al confiar sus mercancías a dicho Capitán, pero por otra parte, nos hallamos ante una representación que se desprende del ejercicio mismo de unas funciones, por donde tiene similitud con la representación legal.

Conviene advertir que nuestras leyes usan la palabra "representación", en otros sentidos que nada tienen que ver con todo lo expuesto, y que el Art. 33 debió señalarlos, ya que está incluído en párrafo de "definición de algunas palabras de uso frecuente en las leyes".

Por "representación" se entiende en materia de sucesión por causa de muerte "el derecho que tiene una persona para ocupar en una sucesión hereditaria el lugar que hubiera correspondido a otra ya muerta".

Los herederos, en cambio, no "representan" sino que "suceden" al causante, a pesar de ciertas expresiones ambiguas de la ley, como las de los Arts. 318 y 406 del Código de Procedimiento Civil en su penúltima edición, y que han sido oportunamente corregidas en la codificación de 1960. El heredero ocupa definitivamente la situación jurídica del causante y ejerce el derecho por sí mismo, y no a nombre del difunto. Cosa similar puede decirse en los casos de subrogación. En cambio, en la cesión de derechos y en el endoso de documentos de crédito y otros casos parecidos, hay representación voluntaria, mandato.

En sentido menos propio, aunque más cercano al valor etimológico de la palabra (de "re-presentar": volver a presentar) se la emplea en el derecho penal para designar las observaciones que se hacen al superior sobre una orden recibida (Art. 226 del Código Penal), o también, para referirse a la nueva presentación de testigos, o del indiciado ante el juez. Finalmente, el Código de Policía Marítima habla con notoria impropiedad de "representante" del buque, como si éste fuera una persona (Art. 371).

La jurisprudencia excluye toda duda sobre otras figuras jurídicas, así, por ejemplo, sabemos que el depositario no es representante, ni tampoco es representante legal el procurador judicial.

56.—Responsabilidad civil

Responsable es el que tiene que responder, o sea dar cuenta de su comportamiento: de sus acciones o de sus omisiones.

Se responde, en derecho, cuando un sujeto es imputable y existe alguna causa de imputabilidad. Ser imputable, a su vez, significa ser sujeto al cual se puede atribuir las consecuencias jurídicas de una acción u omisión. El sujeto imputable, para ser responsable, debe, además, tener una causa de imputabilidad que le dé actualmente esa calidad de responsable, esa obligación de responder.

La responsabilidad se puede exigir en varios planos del Derecho. Existe una responsabilidad en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno; una responsabilidad civil, y una responsabilidad penal, etc. Estas dos últimas son las formas más notables de responsabilidad: la civil y la penal.

En el campo civil, son causas de imputabilidad la culpa y el dolo. Excepcionalmente una persona puede ser civilmente responsable aunque no haya incurrido ni en culpa ni en dolo; tenemos entonces la llamada "responsabilidad objetiva", que prescinde de las circunstancias subjetivas (culpa o dolo), pero esta responsabilidad objetiva será en todo caso excepcional.

Hay también circunstancias que liberan de responsabilidad: en primer lugar, las que hacen a un individuo no-imputable, y luego, las que hacen inimputable un acto o una omisión de una persona.

En general no son imputables los actos de los absolutamente incapaces, o de quienes están transitoriamente en una situación que les impide usar de su razón o de su voluntad. Sin embargo, ciertos actos de los incapaces pueden ser imputables, aunque normalmente no a ellos mismos, sino a quienes debían cuidar de tales incapaces: sus representantes legales u otros encargados de su cuidado.

Liberan de responsabilidad, los casos fortuitos o de fuerza mayor, con las salvedades que estudiaremos.

Desde luego que no siempre basta cualquier causa para que una persona sea responsable. En ciertos casos se responde solamente si

existe dolo, en otros bastará que se compruebe la existencia de culpa. Además, nuestro derecho, siguiendo la tradición, distingue varias clases de culpa. El Art. 34 define estas varias clases de culpa y el dolo.

Art. 34.— "La ley distingue tres especies de culpa o descuido: CULPA GRAVE, NEGLIGENCIA GRAVE, CULPA LATA, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

CULPA LEVE, DESCUIDO LEVE, DESCUIDO LIGERO, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. CULPA o DESCUIDO, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio COMO UN BUEN PADRE DE FAMILIA es responsable de esta especie de culpa.

CULPA O DESCUIDO LEVISIMO, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El DOLO consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

El Art. 34 no define en general lo que es culpa, pero se desprende con toda claridad este concepto de las definiciones de las varias clases de culpa. Culpa en general, es la omisión de la debida diligencia. El Código emplea como sinónimo de "culpa" el "descuido" o la "negligencia". Pero propiamente no hay culpa jurídica sino cuando dichos descuidos o negligencias son imputables, es decir, si debió haber cuidado, si se debió evitar la negligencia. Así, por ejemplo, no se puede decir que una persona que administra descuidadamente sus negocios propios —sin que ese descuido perjudique a nadie—, cometa culpa, porque nadie responde jurídicamente frente a sí mismo (podrá haber una culpa moral, pero no jurídica).

Para que exista culpa, se supone, pues, la existencia de responsabilidad: la obligación de responder ante otro. Por eso, el Art. 34 habla de "manejo de negocios ajenos".

Para que haya responsabilidad tiene que existir una relación real entre un efecto perjudicial y una conducta humana, y en cambio, no debe haber ninguna circunstancia que excuse al sujeto jurídicamente de tal responsabilidad.

Existe el deber general de no perjudicar a los demás, como anotan Planiol y Ripert, pero por sí sólo el hecho de causar un daño a otra persona no produce la obligación de repararlo sino cuando el acto o la omisión son ilícitos. Así, por ejemplo hay una competencia legítima que sin duda causa daño a los demás, pero que no implica culpa: todo profesional, toda persona que comercia o actúa de cualquier manera en la vida social procura su propio bien y al hacerlo limita las posibilidades de otros; ahora bien, mientras actúe dentro de la ley y

sin llegar a los extremos de la "competencia desleal", no se le puede imputar ninguna culpa.

Es verdad que para que exista culpa se requiere un conjunto de circunstancias subjetivas que hagan imputable al sujeto que obra en perjuicio ajeno, y por lo mismo, la falta de esas circunstancias liberan de responsabilidad; por eso, los incapaces normalmente no incurren en culpa. Pero no hay que pensar que cualquier ignorancia, el error, o la simple buena fe del sujeto liberen de culpa, puesto que "la culpa puede consistir precisamente en no saber o en equivocarse", cuando se está obligado a saber y a evitar el error.

El error que produce un perjuicio es culpable si había la obligación de evitarlo y no resulta excusable; pero el error, si no había obligación de saber, y si admite excusa no constituye culpa. Naturalmente la obligación de saber algo dependerá de muchas circunstancias, por ejemplo, de la profesión que se ejerce, del empleo o encargo que se cumple, de si existe obligación contractual, etc.

En general se responde de la destrucción o del deterioro de las cosas, o de los daños que se puede producir a las personas en su aspecto físico o moral.

También existe culpa por el cumplimiento impuntual de una obligación. En estos casos, tal vez no hay destrucción ni deterioro de una cosa material, pero puede haber un perjuicio igualmente apreciable en dinero, porque quien tiene derecho a exigir, puede perder oportunidades, o simplemente verse privado de un servicio o de la disponibilidad de una cosa que se le debía.

La teoría de la responsabilidad objetiva, precisamente presta toda la atención al daño que se produce por una conducta, sin tomar en cuenta las circunstancias intencionales o intelectuales del sujeto. Esta responsabilidad objetiva se admite ampliamente en el campo del Derecho Laboral, donde las consideraciones subjetivas podían frustrar las finalidades protectoras de esa rama del Derecho Social. En el Derecho Civil, la responsabilidad objetiva lucha por abrirse paso, sin demasiado éxito todavía.

Pasemos a estudiar las varias clases de culpa. Además de las tres que distingue nuestro Código, según su gravedad, la doctrina nos habla de culpa contractual y extracontractual, de culpa material o culpa moral.

Según Alessandri y Somarriva, la culpa que clasifica y define en sus varias clases, el Art. 34 de nuestro Código sería únicamente la culpa contractual. Sin embargo, no vemos por qué razón no se puedan aplicar esos grados de culpabilidad a las responsabilidades extracontractuales, siempre que permanezcamos en el ámbito de lo civil. En cuanto a la responsabilidad penal, ésta sí, como dicen esos mismos autores, no admite tales graduaciones.

Nuestro Código conoce, pues, tres grados de culpabilidad: grave, leve y levísima. Otros derechos civiles, como el alemán no hacen distinción de grados, por considerarlos una sutileza difícil de calibrar.

La tripartición del Art. 34, parte de la comparación del procedimiento culposo, con la conducta de un "buen padre de familia". Se supone que un padre de familia, un hombre con sentido de responsabilidad medio, ni excesivamente meticuloso ni tampoco descuidado, pone el debido empeño en el cumplimiento de sus deberes. Si falta esa previsión y diligencia, media, propia del padre de familia, tenemos una culpa también de valor medio :es la culpa leve, la culpa por antonomasia. Por eso, cuando se dice, simplemente "culpa", se entiende "culpa leve", o sea la falta de la diligencia media, ordinaria.

El descuido o culpa es más grave y constituye la "culpa grave", cuando no solamente se falta a la diligencia ordinaria, sino que existe una negligencia total, una falta de previsión que ni aún las personas más descuidadas suelen tener. Esta falta grave hace que se equipare tal conducta a la dolosa. Equivale no poner ni la más mínima diligencia, ser totalmente descuidado, a querer positivamente que sobrevenga un daño. Todo el mundo está obligado a un mínimo de cuidado, y si no se lo pone, no se puede suponer que se ha obrado de buena fe, y por eso, aunque no haya habido la intención positiva de irrogar injuria, sin embargo esa culpa grave se equipara al dolo.

En cambio, por el otro extremo, normalmente no hay obligación de extremar los cuidados y precauciones más de lo corriente. No es preciso ser exagerado en la previsión de toda posibilidad, aún remota de perjuicio. Si falta esta extremada diligencia y cuidado, que solamente se pone en los negocios de particular importancia, entonces existirá solamente culpa "levísima".

Se ha criticado esta graduación de la culpa, aduciendo que resulta muy relativa la apreciación, y que, por otra parte, no cabe exigir bajo responsabilidad de culpa leve (grado medio) a todos, ya que la diligencia de un padre de familia prudente no puede encontrarse por igual en toda clase de personas: las hay que por su situación, oficio, profesión, etc., estarán formadas para tener un mayor sentido de responsabilidad, y otras que no podrán alcanzar ese nivel medio. Sin embargo, el Derecho tiene que proceder por consideraciones de índole general, y no contemplando casos particulares. Y en cuanto a la graduación de la culpa, bien puede el juez, apreciadas todas las circunstancias llegar a una conclusión cierta, aunque no tenga, desde luego, el carácter de una respuesta matemática.

En ciertos casos la ley habla también de otras clases de culpa, así el Art. 582 del Código Civil considera el "descuido habitual". Esta culpa habitual, por el contexto, se entiende que no es grave: consiste en la repetición de actos leves o levísimamente culpables, pero que en su conjunto llegan a causar un daño de cierta consideración. Tal culpa habitual se deduce, pues, de sus efectos: "Se presumirá descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes, o disminuírse considerablemente los frutos" (Art. 582 del Código Civil).

Ahora bien, no toda persona responde por cualquier clase de culpa. "El deudor responde —dice Alessandri—, en primer término,

de la culpa que hubiere estipulado en el contrato; en segundo lugar, de la que señalen las leyes especiales; y en tercer lugar, si nada se ha estipulado y no hay leyes especiales sobre el contrato que se celebra, el deudor responde de la culpa establecida en el Art. 1.547" (en nuestro Código es el 1.600).

Efectivamente, por propia voluntad se puede agravar la responsabilidad de uno mismo, obligándose a más de lo que las leyes le obligan. Y también se puede libremente exonerar a otro de cierto grado de culpabilidad del que tendría que responder normalmente. Pero este segundo aspecto de la libertad contractual tiene un límite: no se puede condonar anticipadamente el dolo: no se puede hacer que alguien no responda del dolo futuro, ya que ello equivaldría a autorizar la mala fe.

Aparte de lo que se haya establecido voluntariamente, o de lo que prevea la ley para casos especiales, hay que estar a la regla del Art. 1.600 de nuestro Código Civil: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio". Esta regla es un verdadero modelo de expresión de la equidad natural: a mayor utilidad, mayor responsabilidad.

Quien está más obligado, debe evitar toda culpa, por consiguiente responde hasta por la culpa levísima. Menor obligación tiene quien solamente debe evitar la culpa leve y la grave, y entonces se dice que responde "hasta de la culpa leve", es decir, que se incluye la leve, y desde luego, la grave y al dolo. La menor obligación es, pues, la de quien solamente responde de culpa grave o si solamente se responde por dolo.

La mora o retraso en el cumplimiento de una obligación puede ser provocada por dolo, por culpa de cualquiera de sus clases, o haberse producido inculpablemente. Si la mora proviene de dolo, el deudor debe indemnizar de todo perjuicio que fuere consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Si no ha habido dolo, sino únicamente culpa, sólo es responsable el deudor de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (Art. 1.611 del Código Civil). Precisamente, la culpa consiste muchas veces en la imprevisión de lo que puede y debe preverse.

Ciertos hechos irregulares agravan la responsabilidad de una persona, así el retardo o la omisión en hacer el inventario de los bienes del pupilo, o la ruptura de los sellos o cerraduras por culpa del depositario, dan derecho al pupilo o al depositante, respectivamente, para declarar el número y calidad de las cosas y esa declaración sirve de base para establecer el monto de lo que se debe; el guardador o el depositario, tendrán, por consiguiente que demostrar su inculpabilidad si no quieren correr el riesgo de que se les exija responder de toda culpa.

En las obligaciones bajo condición, la existencia o no existencia

de culpa por parte del deudor en el deterioro o destrucción de la cosa, tiene capitalístima importancia, ya que "si la cosa prometida parece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, éste se halla obligado a pagar el precio, y a la indemnización de perjuicios" (Art. 1.539). Asimismo, el deudor es responsable de los deterioros culpables, pero no de los producidos sin su culpa, ya que, en principio, el acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se halle al tiempo de cumplirse la obligación. Ahora bien, según el Art. 1.724, "siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya"; de modo que el deudor deberá demostrar que no es responsable para librarse de la obligación. "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", nos dice el ya mencionado Art. 1.600 del Código Civil. Concluímos, pues, que en último término el problema del grado de culpabilidad se reduce a saber hasta qué punto se debió prever y evitar un daño.

También en el Derecho Penal la responsabilidad proviene de culpa o de dolo. Hay infracción dolosa cuando "hay el designio de causar daño" (Art. 14 del Código Penal); y es culposa "cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes". Naturalmente, el alcance de la falta de la debida diligencia necesaria para incurrir en culpa civil no es el mismo que el de la acción u omisión culpables en materia penal, pero sí hay un indudable paralelismo. Como también en materia penal "la acción u omisión prevista por la ley como infracción, no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor" (Art. 15 del Código Penal), de la misma manera que el caso fortuito o la fuerza mayor liberan de la responsabilidad civil. Las diferencias entre la culpa civil y la penal están más bien en la carga de la prueba, en la valoración de su gravedad y en sus consecuencias jurídicas. Y lo mismo podemos decir respecto del dolo civil y el penal.

Como lo define el Art. 34, "el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro". Esta injuria o daño voluntario, puede consistir en una acción o en una omisión, lo mismo que las que dan origen a la culpa.

La acción u omisión realizadas con voluntariedad de causar perjuicio obligan civilmente a reparar dicho daño. Si además, tal conducta se considera además ofensiva para el orden social, entonces acarrea también una responsabilidad penal y es castigada por las leyes de esa clase.

No hay que confundir el dolo civil considerado como causa de responsabilidad, con aquel otro dolo civil también, del que trata el Art. 1.504 del Código Civil y que es uno de los vicios del consentimiento que puede producir eventualmente la nulidad de los actos o contratos. Tal vicio del consentimiento puede ser consecuencia de "la intención positiva de irrogar injuria" que define nuestro Art. 34, pero en cuanto

vicio del consentimiento tiene su propio individualidad y se rige por sus propias normas.

El dolo consiste en "obrar a sabiendas", dice Carnelutti. Como causa de imputabilidad civil se identifica o por lo menos se aproxima extraordinariamente al "fraude"; es, en todo caso, un engaño malicioso. Así, el Art. 548 del Código de Procedimiento Civil califica la insolvencia de fortuita, culpable o fraudulenta; la fuerza mayor o el caso fortuito originan la primera, la culpa la segunda, y naturalmente la tercera, la fraudulenta, es el producto del dolo.

Como ya hemos dicho, la culpa grave se equipara al dolo, pero esto debe entenderse solamente en materia civil. La culpa grave no se equipara al dolo en materia laboral. Hay jurisprudencia en este sentido.

Así como el dolo y la culpa son causa de imputabilidad y responsabilidad, así el caso fortuito o la fuerza mayor liberan de responsabilidad, por regla general. Están definidos en el Art. 35 del Código Civil.

57.—Exención de responsabilidad

Art. 35.— "Se llama FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

La doctrina suele distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor. El primero se produciría por obra de agentes de la naturaleza, como un terremoto, un incendio, etc., mientras que la fuerza mayor sería más bien la obra del hombre cuando no es posible resistir a ella, como en los actos de autoridad o también en el asalto de bandoleros, piratas, etc. Sin embargo, nuestro Código, y en general las leyes más modernas, no suelen entrar en estas distinciones, y por eso se definen ambos conjuntamente, como sinónimos perfectos.

Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 35 no son, desde luego, más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la partícula "etc." Habría sido imposible e inútil enumerar todos los casos. La Ley se refiere a veces de modo expreso a algunos otros casos fortuitos.

La definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor; ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: "son

casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y las medios propios de los hombres de la profesión respectiva".

Fueyo señala como elementos del caso fortuito: 1º— Causa extraña al deudor; 2º— Hecho imprevisto; 3º— Hecho imposible de resistir. Por causa extraña al deudor debemos entender, que no existe dolo o culpa del deudor que hayan provocado el hecho, pero aparte de esa inimputabilidad, no debe exigirse que la causa esté fuera del deudor; así por ejemplo, la misma muerte (no dolosa ni culpable) del deudor aunque le afecte personalmente, sería "causa extraña al deudor".

No basta que no se haya previsto, es preciso que haya sido imprevisible, por lo menos para esa persona concreta.

Tampoco habría caso fortuito si, aunque el deudor no hubiera causado el hecho, sin embargo habría podido evitarlo o neutralizar sus consecuencias perjudiciales, debiendo hacerlo; así por ejemplo, declarado un incendio en forma del todo inculpable e imprevisible, no podría liberarse de responsabilidad el deudor que habría podido salvar de las llamas la cosa que debe, usando los medios normales para evitar el desastre.

El caso fortuito produce varios efectos, pero los principales son éstos: libera de toda responsabilidad, o bien libera de parte de la responsabilidad, o justifica la demora en el cumplimiento de las obligaciones.

El caso fortuito puede ocasionar la suspensión en el goce o ejercicio de un derecho, y entonces la equidad aconseja que se descuente dicho tiempo en los casos en que el derecho es temporal. Se adopta esta solución muy justa en nuestra Ley de Petróleos.

La fuerza mayor puede liberar de responsabilidad al individuo y trasladar esa responsabilidad al Estado, o a la autoridad que ordenó el acto de fuerza.

Pero no en todo caso las órdenes de la autoridad liberan de responsabilidad, sino cuando no se puede ni se debe resistir. Por esto el Art. 37 de la Ley Orgánica de Hacienda, dice que "ningún funcionario podrá ser relevado de responsabilidad por haber obedecido órdenes para el uso ilegal o impropio de muebles o inmuebles pertenecientes a la Nación o para la disposición ilegítima de los mismos". Aquí se da por supuesto que cualquier funcionario debe resistir aquellas órdenes ilegítimas, y también se supone que dicha resistencia sea actualmente posible.

En el orden penal, también se debe resistir las órdenes ilegales, pero no siempre es posible ni física ni moralmente. Hay casos en los que también la resistencia implicaría violación de la ley, porque se exige una particular disciplina, como sucede en el ejército y en la policía; entonces sí habrá fuerza mayor y el subordinado que obedece no es responsable, sino el superior que manda.

El Código Penal autoriza a cumplir las órdenes inconstitucionales de la autoridad, pero solamente en el caso de "orden emanada del superior jerárquico respectivo y en asunto de su competencia, que no haya podido ser desobedecida por el inferior, sin quebrantamiento de la disciplina" (Art. 190 del Código Penal). No habría quebrantamiento de la disciplina, por ejemplo, cuando es posible recurrir ante un superior más alto para no obedecer al superior inmediato.

Las leyes militares, a pesar de robustecer el concepto de subordinación jerárquica, permiten también la resistencia a las órdenes injustas, y en tales casos, consiguientemente, el inferior no se libera de responsabilidad ya que no hay fuerza mayor. Así, el Código Penal de la Policía Civil Nacional precisa en el Art. 33 que: "Ningún inferior podrá eludir la responsabilidad penal con la obediencia pasiva frente a su superior en actos no conexionados con el servicio o que llevan consigo la perpetración de un delito". Por consiguiente, sí está libre de responsabilidad el inferior que hace un acto no delictivo, obedeciendo a su superior dentro del servicio, aunque ese acto pueda ser perjudicial para un tercero. El Art. 34 del Código Penal Militar dice lo mismo a este respecto. Y el mismo Código Militar señala también la responsabilidad del superior que da una orden ilegal o abusiva a sus inferiores (Art. 33).

En algunas circunstancias, el caso fortuito también puede hacer que recaiga la responsabilidad sobre otras personas totalmente extrañas. El Art. 425 del Código Penal dice: "Toda persona está obligada a prestar el auxilio que las autoridades y agentes de policía solicitaren, en los casos de tumulto, naufragio, inundación, incendio, saqueo u otros semejantes", luego, el caso fortuito obliga a una particular solidaridad a las personas no habitualmente obligadas a nada. Y en el Art. 42 del Código del Trabajo se autoriza "en los casos de siniestro o peligro inminente" a hacer trabajar un tiempo mayor del señalado en la jornada máxima.

También se puede asumir voluntariamente la responsabilidad aún por los daños que se produzcan por caso fortuito, tal sucede, por ejemplo, según lo previsto en el Art. 2.172 del Código Civil: "el mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constituyéndose entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor".

Desde luego, en el contrato de seguro, el asegurador asume precisamente la responsabilidad de los casos fortuitos o de fuerza mayor que se aseguran.

Si el caso fortuito es producido en alguna forma por descuido o voluntariamente, entonces deja de ser eximente de responsabilidad. Un caso en el que claramente se establece esta doctrina es el del Art. 304 de la Ley Orgánica de Hacienda: "Caso de robo o pérdida fortuita los funcionarios o empleados no quedan libres de responsabilidad... sino en virtud de no ser culpables de malicia, o negligencia".

En el Código de Comercio se reconoce que ciertos hechos voluntarios y la culpa de una persona pueden contribuir a que se produzca un caso fortuito, o que se produzcan sus consecuencias perjudiciales, y entonces también hay responsabilidad (cfr. Art. 221 del Código de Comercio). Efectivamente, en muchos casos, los hechos son producidos no por una causa simple, sino que se combinan varias causas para producirlos: unas causas pueden ser ajenas a la voluntad y otras voluntarias. Entones es lógico que el caso fortuito no libere de responsabilidad, y a lo más puede disminuir la responsabilidad.

Aplicando esta doctrina, el Art. 1.600 del Código Civil establece que: "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Un caso más concreto en que se aplica la misma doctrina, es el Art. 1.003 del Código Civil: si un edificio cae por caso fortuito, su dueño no está obligado a indemnizar los daños producidos a terceros, pero si se prueba que el caso fortuito no hubiera derribado el edificio sin el mal estado de él, entonces sí debe indemnizar el dueño que no reparó la construcción ruinosa después de que se le citó judicialmente para que lo hiciera.

La prueba del caso fortuito incumbe al que lo alega (Art. 1.600 del Código Civil).

Si se trata de deudor moroso deberá demostrar no sólo que el caso fortuito originó el daño o causó el incumplimiento de la obligación, sino que, además, la cosa se habría destruído o deteriorado igualmente si él la hubiera entregado con oportunidad al acreedor (Art. 1.003 del Código Civil). De modo que podría hablarse de un caso fortuito absoluto y uno relativo. Un terremoto destruye igualmente la cosa que está en poder del deudor como si ha sido entregada al acreedor; pero el robo de una cosa mueble tal vez podía ser evitado más eficazmente, si la cosa estaba en manos de otra persona, o un animal podía ser curado de su enfermedad, etc. Otros artículos del Código Civil, como el 1.643 y el 1.725 distinguen también el caso fortuito que de todos modos habría ocasionado el daño, y aquel que se podía evitar si se cumplía la obligación a tiempo y que en este caso no libera de responsabilidad.

El abordaje de los barcos se rige por una ley distinta en el plano del Derecho Internacional Privado, según sea culpable o fortuito. El Código Sánchez de Bustamante somete a la ley del pabellón el abordaje fortuito de naves de la misma nación si se produce en mar o aire territoriales, pero si el abordaje es culpable rige la ley local (Arts. 289 y 291).

En el campo penal el caso fortuito y la fuerza mayor no sólo pueden librar de la sanción de las infracciones cometidas por causa de ellos (Art. 15 del Código Penal), sino que pueden hacer que no haya infracción (Art. 18).

Si el caso fortuito afecta a monedas o billetes que quedan muy deteriorados, y se lo puede demostrar, el Banco Central puede canjear esas especies de modo que no sufra pérdida su propietario.

En el Código del Trabajo el caso fortuito, tiene aplicaciones especiales: en el Art. 51 para la justificación de las faltas al trabajo; en el 131, para la terminación del contrato de trabajo. El concepto de "accidente del trabajo", conforme al Art. 334, es muy similar al de caso fortuito, pero con efectos totalmente distintos, ya que el patrono sí responde, aunque no tenga culpa.

Para que la responsabilidad de una persona se haga realmente efectiva, se suele recurrir a varias formas de garantía que aseguran al acreedor. El Art. 36 define la "caución" que es uno de los términos con los que se designa a la garantía.

58.—Garantías

Art. 36.— CAUCION significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.

La caución es una obligación accesoria. El Art. 1.495 del Código Civil define los contratos principales y los accesorios así: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Prácticamente coincide la definición de contrato accesorio con la de caución que da el Art. 36.

Por ser la caución una obligación accesoria, sigue la suerte de la principal. Como señala Planiol a propósito de la fianza, ésta no puede ser pura y simple si la obligación principal es condicional o está sujeta a término; no puede devengar intereses si la principal no los devenga.

La definición del Art. 36 enumera tres especies en que divide al género "caución", y tales son la fianza, la prenda y la hipoteca.

"Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.— La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador" (Art. 2.352 del Código Civil).

"Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito.— La cosa entregada se llama prenda.— El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario" (Art. 2.401 del Código Civil).

"Hipoteca es un derecho de prenda, constituído sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor" (Art. 2.424 del Código Civil).

Aparentemente, el Art. 36 solamente admitiría esas tres clases

o especies de caución, pero como dice Claro Solar: "A más de la prenda, la hipoteca y la fianza, el Código reconoce también otras cauciones.— Una de ellas es la cláusula penal que consiste en sujetarse el deudor a una pena para el caso de no cumplir o retardar el cumplimiento de una obligación principal.— Otra es el juramento o caución juratoria. Esta clase de garantía la exige el Código, por ejemplo, al usufructuario, y al albacea fiduciario".

Aparte de esas otras cauciones hay todavía otras más en el Derecho Ecuatoriano. Las *arras* que pueden asegurar la promesa de matrimonio (Art. 1.845), el contrato de compraventa (Art. 1.859) o el de arrendamiento (Art. 1.979); la *multa* también puede asegurar cualquier contrato y se la cita expresamente a propósito de los esponsales (Art. 88 del Código Civil); la anticresis es una caución real distinta de la hipoteca; la prenda industrial, la prenda comercial y la prenda agrícola son cosa bastante distinta de la prenda antes definida.

Córdova enumera entre las cauciones la solidaridad, pero ésta no es una caución sino una cualidad de ciertas obligaciones. También la obligación principal puede ser solidaria, lo cual no se compadece con la índole de la caución.

A veces el deudor está obligado a prestar fianza: sea por contrato, por disposición de la ley, o por orden del juez (fianza judicial).

La fianza puede ser subsidiaria o solidaria. Lo primero si el fiador únicamente se obliga para el caso de que el deudor principal no pueda o se resista eficazmente a cumplir. Es solidaria si se puede pedir indiferentemente al principal o al fiador el cumplimiento de toda la obligación. Lo mismo puede aplicarse a las otras especies de caución.

Las cauciones pueden tener término o condición especial, que no afecten a la principal. En una palabra el obligado accesorio puede contraer una obligación más limitada que el principal, pero no una obligación mayor, porque entonces ya no tendría carácter accesorio.

Para ejercer ciertas administraciones de bienes la ley exige prestar caución, tal el caso del guardador (Art. 416 del Código Civil), el del usufructuario (Art. 814 del Código Civil) o el de "toda persona que deba responder de bienes nacionales" (Art. 37 de la Ley Orgánica de Hacienda). En otros casos es el juez quien puede ordenar la caución, como cuando la mujer litiga contra el marido y se teme algún perjuicio para los bienes de ella. Finalmente, muchas veces se cauciona voluntariamente, o se compromete libremente una persona a prestar caución.

Planiol enumera entre los contratos semejantes a la fianza, pero que no deben confundirse con ella a los siguientes: al "seguro de crédito", al "reaseguro", la "letra de cambio", la "delegación", la "garantía" y el caso del representante responsable. En nuestro derecho, varias de esas figuras jurídicas tienen otros carácter; así "garantía" puede más bien entenderse en sentido muy amplio como sinónimo de cualquier caución. Pero considero que la "póliza de cumplimiento de contrato" es muy semejante al "seguro de crédito" y tiene carácter de

caución. En nuestro derecho comercial, otra caución de suma importancia es el "aval" que garantiza las obligaciones cambiarias.

59.—La presunción

El Art. 37 define la presunción y la divide en sus varias clases. Dice así:

Art. 37.— Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama *legal*.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume *de derecho*, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

La definición es clara. Nos hallamos ante un procedimiento de técnica legislativa: una forma de razonar, deducir lo desconocido a partir de lo conocido. Se sacan consecuencias de ciertos antecedentes o hechos conocidos, y mediante tal artificio se logra nuevos datos para los efectos jurídicos.

Esas deducciones lógicas las hace la ley o el juez. El Art. 1.765 del Código Civil dice así: "Las presunciones son *legales* o *judiciales*. Las legales se reglan por el Art. 37.— Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes". El Art. 37 se refiere, pues, solamente a las presunciones legales.

En la presunción legal tenemos un razonamiento estereotipado: una vez para siempre se ha deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos la consecuencia lógica, y por ese mismo camino lógico seguirá en adelante el intérprete.

Desde luego que cuando se dice "antecedente conocido", se quiere significar antecedente "lógico" y no "cronológico". A veces, el antecedente lógico es un efecto, y por dicho efecto se infiere la causa que ha precedido en el orden del tiempo. Tal sucede, por ejemplo, cuando de la época del nacimiento se deduce la época en que ha debido verificarse la concepción: del efecto se saca la causa, anterior en el tiempo.

Las presunciones legales son: a) simplemente legales, o como suele decirse, *"iuris tantum"* o b) legales y de derecho, *"iuris et de iure"* o absolutas.

La diferencia entre las unas y las otras consiste en que las simplemente legales admiten prueba en contrario, y las legales y de derecho no admiten prueba en contrario.

La presunción legal cede ante la demostración de que a pesar de ser verdaderos los antecedentes o circunstancias conocidas, sin em-

bargo no han dado lugar a los hechos que la ley presume. Si por ejemplo, la ley autoriza a presumir la muerte de una persona después de que han pasado muchos años de su desaparecimiento, esta presunción es simplemente legal, y si el desaparecido regresa o da señales de vida, la presunción cae, cede ante la realidad. Los antecedentes son verdaderos, pero el consecuente ha fallado, y se ha demostrado en contrario de la presunción simplemente legal.

Tiene, por lo mismo, capital importancia determinar si una presunción es "iuris tantum", o absoluta. Si es simplemente legal, podrá oponerse a ella con cualquier prueba legítima. Si es presunción legal y de derecho, una vez demostrados los antecedentes, no cabe ninguna oposición; únicamente se puede atacar a esta presunción absoluta demostrando que los mismos antecedentes o circunstancias conocidos no son así, y que por lo mismo no hay lugar a la presunción de derecho.

Fueyo afirma que toda presunción legal, en principio admite prueba en contrario, es decir, que son simplemente legales. Sólo excepcionalmente la presunción legal es también "de derecho" y no admite prueba en contrario. Por consiguiente, no cabe dar este carácter a cualquier presunción sino a aquellas que el legislador expresamente señala, y no se puede extender por analogía su contenido.

La presunción simplemente legal cede ante la realidad demostrada. Así en el Art. 739 del Código Civil se dice: "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo".

Las presunciones sirven a menudo para suplir la falta de otra prueba. Así los hechos internos, psicológicos o morales, no suelen admitir otra forma de prueba. La intención, particularmente, que tiene muchas veces importancia decisiva, no puede conocerse sino por expresa declaración del sujeto o a través de la presunción que parte del comportamiento externo.

Otras veces, no se trata de probar hechos internos, pero sí desconocidos o que escapan al testimonio, como en el caso del Art. 68 sobre la época de la concepción; o en el Art. 72 sobre la muerte real de un individuo que ha desaparecido y cuyo fallecimiento no consta; o en el Art. 204 sobre la paternidad del hijo que nace cierto tiempo después de celebrado el matrimonio, etc.

Hay una diferencia muy notable entre la presunción y la ficción. La presunción procura descubrir la verdad y normalmente coincidirá con ella, en tanto que la ficción supone algo que no es, asimila una situación jurídica a otra a pesar de que los hechos sean manifiestamente diferentes.

Nuestro Código Civil enumera las presunciones entre las pruebas de las obligaciones (Art. 1.751) y el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil indica que el juez fallará "a falta de pruebas" "estableciendo presunciones"; éstas son, claro está, presunciones judiciales, y entre las pruebas estarían comprendidas por lo mismo las presunciones legales.

Por otra parte, quien tiene a su favor una presunción legal no está obligado a probar más que los fundamentos o "antecedentes conocidos" de tal presunción.

En el Derecho Penal, las presunciones judiciales deben reunir las condiciones exigidas en el Derecho Civil a las legales y a las judiciales, pues el Art. 60 del Código de Procedimiento Penal se remite para este efecto a los Arts. 37 y 1.765 del Código Civil que tratan respectivamente de la presunción legal y de la judicial. Además, dada la gravedad de la materia, se exige que las presunciones judiciales tengan verdadero valor unívoco mediante el cumplimiento de varios requisitos.

60.—Plazos y medidas de tiempo

El tiempo tiene muchas aplicaciones en las relaciones jurídicas: a veces depende del transcurso de un cierto lapso el que nazca un derecho (como en la prescripción adquisitiva), otras veces con el tiempo se extinguen acciones judiciales (como en la prescripción extintiva), o bien hay obligaciones que deben cumplirse en un tiempo oportuno; también la capacidad de las personas se modifica con el tiempo (varía la edad), y algunas presunciones se fundan en el transcurso del tiempo.

De allí la necesidad de tener reglas precisas para computar el tiempo. Esta necesidad sube de punto si se considera que el calendario de los diversos estados no es idéntico; por más que en la mayor parte del mundo predomine el "calendario Gregoriano", hay variantes, por lo menos en lo relativo a los días de fiesta.

Nuestro Código Civil, incluye por esta razón entre las "definiciones de ciertas palabras", las reglas de los Arts. 38 a 40 sobre el modo de calcular los plazos.

Art. 38.— Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además, hasta la media noche del último día del plazo.

El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, o, en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en

las leyes o en los actos de las autoridades ecuatorianas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa.

Art. 39.— Cuando se dice que un acto debe ejecutarse EN o DENTRO de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termina el último día de dicho espacio de tiempo.

Art. 40.— En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados.

En el Ecuador, como en casi todo el mundo, por lo menos Occidental, rige el calendario Gregoriano que tiene su origen en las reformas introducidas por el Papa Gregorio XIII en el año 1582. Anteriormente admitían todos los pueblos cristianos el calendario "Juliano", proveniente de las reformas al antiguo calendario romano, hechas por Julio César el año 44 antes de Jesucristo.

Nuestro calendario comprende algunos períodos de tiempo señalados por fenómenos naturales, y otras divisiones o múltiplos arbitrarios. La base astronómica principal es la duración del recorrido completo de la Tierra en su órbita en torno al Sol, que constituye el año, y la duración de una vuelta de la Tierra sobre sí misma, que es el día. El mes se aproxima a la duración de una rotación de la Luna en torno a la Tierra, aunque no exactamente. En cambio la semana y la hora, los minutos y los segundos son particiones de tiempo totalmente convencionales.

En todo caso, actualmente tenemos un calendario con fundamentos astronómicos, pero organizado en forma tal de uniformar bastante ciertos períodos considerando la duración media de esos fenómenos astronómicos. La variación que sin embargo existe en cuanto a la duración de unos años y otros (los bisiestos y los no bisiestos), y de unos y otros meses (de 28, 29, 30 o 31 días), da origen a dificultades de cálculo, que precisamente nuestro Art. 38 trata de simplificar.

Los períodos de tiempo pueden considerarse para los efectos jurídicos de dos maneras distintas: como *tiempos continuos,* es decir, sin interrupciones, o como *tiempos discontinuos,* o sea, cuando solamente se computan ciertos días y horas considerados hábiles para los asuntos jurídicos.

El plazo es propiamente un tiempo *continuo,* mientras que se llama *"término"* el lapso *discontinuo,* el de tiempo útil. Generalmente se usa el plazo en materias civiles y aún en todas las materias sustantivas, mientras que el término se emplea sobre todo en cuestiones procesales o adjetivas. Existen sin embargo excepciones en ambos senti-

dos: en ciertos asuntos civiles se emplea términos, y en algunos procesales se usa plazo.

En cuanto al plazo —propio del Derecho Civil—, puede a su vez calcularse de dos modos: de momento a momento, así un plazo de un día correría, por ejemplo, de las cinco de la tarde de hoy a las cinco de la tarde de mañana; la otra forma consiste en computar el plazo de día a día de modo que termine el plazo en el último momento del último día, cualquiera que haya sido la hora en que haya comenzado. Este segundo sistema, más artificial o convencional que el primero, es el que sigue nuestro Código Civil, y tiene la ventaja de su fácil aplicación, sin que sea preciso entrar en averiguaciones que habrían constituído un serio inconveniente para las relaciones jurídicas.

"El plazo natural corre de momento a momento, y el civil de medianoche a medianoche", dice Alessandri y agrega que "la regla es el cómputo civil; el natural constituye la excepción. Entre nosotros el cómputo civil tiene lugar en los plazos de días, meses y años; pero no en los de horas en que rige el cómputo natural. Y así en el caso del pacto comisorio el término concluye al día siguiente, a la misma hora en que comenzó". En el Derecho Ecuatoriano podría decirse otro tanto, y tenemos como ejemplo de cómputo natural, el de horas, que se hace para los efectos del cumplimiento de las penas.

Respecto del "término", tenemos una definición legislativa, en el Art. 325 del Código de Procedimiento Civil: "Se llama término el período de tiempo que concede la ley o el juez, para la práctica de cualquiera diligencia o acto judicial". Aunque el Código de Procedimiento Civil se remite al Código Civil para el cómputo del tiempo (Art. 326), sin embargo hay una diferencia muy notable entre el término procesal, que es discontinuo, y el plazo civil que es continuo.

Otra clasificación de los plazos es la de "fatales" y "no fatales". Los primeros por su sólo vencimiento extinguen u originan derechos, mientras que en los no fatales se exige, además, una declaración judicial que reconozca el principio o el término de un derecho. Podría decirse que en los términos fatales el derecho actúa automáticamente *(ipso iure)*, mientras que en los no fatales se requiere intervención jurisdiccional *(ope iudicis)*.

El plazo puede ser convencional, legal o judicial. El Art. 38 trata solamente de los dos últimos.

El plazo es un elemento que también suele encontrarse en las obligaciones. Obligaciones con plazo, o a plazo, son las que tienen que cumplirse en cierto tiempo. Alessandri define así este plazo: "es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho". La diferencia fundamental entre el plazo y la condición consiste, pues, en que el plazo necesariamente llega, es cierto, mientras que la condición puede cumplirse o no cumplirse: es un hecho incierto.

Nuestro Código Civil define el plazo para efectos de obligaciones en el Art. 1.574 en estos términos: "El plazo es la época en que

se fija el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla".

Si no existe plazo ni expreso ni tácito, entonces resulta aplicable el que normalmente se acostumbre, según el género de obligación de que se trate. Para los arrendamientos de predios rústicos, tenemos esta norma en el Art. 2.045 del Código Civil: "Si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la costumbre del lugar".

Si se ha fijado plazo, pero de modo oscuro, puede el juez interpretar y señalar con precisión el plazo (Art. 1.547 del Código Civil), o si se ha fijado un plazo arbitrario, también puede el juez precisarlo, como cuando se ha establecido que el mutuario pague el préstamo "cuando le sea posible" (Art. 2.221).

Cuando el plazo se ha establecido a favor solamente de una persona, o parte contratante, ésta puede renunciar al plazo, y cumplir su obligación antes de que se termine todo el tiempo dentro del cual podía cumplirla. Pero cuando el plazo es contra una persona o parte, es decir, cuando se fija el tiempo dentro del cual debe cumplir la obligación, no puede hacerlo después de ese tiempo; ni tampoco antes del plazo si la obligación se debe cumplir terminado el plazo.

A veces el plazo es a favor de deudor y acreedor, entonces solamente mediante acuerdo entre ambos se puede variar lo establecido con relación al tiempo. Si el plazo beneficia a ambas partes contratantes o relacionadas por la misma ley, no pueden renunciar al plazo unilateralmente. Así en el Art. 2.224 el Código Civil prohibe al mutuario pagar antes del plazo si se han pactado intereses. Si no se hubieren pactado intereses, claro que podría pagar antes, ya que esa renuncia al plazo solamente a él mismo podría perjudicar.

El tiempo tiene íntima relación con el espacio, ya que es la medida de todo movimiento y uno de los movimientos es el local o sea el desplazamiento en el espacio. Esta es la razón por la cual la ley a menudo considera "el término de la distancia", o sea un lapso especial en consideración de la ausencia de un lugar. Así en el Art. 2.524 del Código Civil se establece que "cada dos días se cuenta entre ausentes por uno solo, para el cómputo de los años", en materia de prescripción; y se entiende por ausente al que reside en nación extranjera. En cuanto a los conflictos entre leyes anteriores y posteriores sobre plazos para la prescripción, se regulan por la regla 23 del Art. 7 del Código Civil.

Aunque las reglas del Art. 38 se deben aplicar en principio solamente en las leyes y decretos, sin embargo son también utilizables en los contratos. Para ciertos plazos convencionales se sigue esa misma regla de calcular los plazos de meses de día a día de igual fecha: *"non ex numero sed ex nominatione dierum"*; así, en el Art. 444 del Código de Procedimiento Civil, para las letras de cambio y pagarés a la orden.

El Código de Comercio declara que "no se reconocerán términos de gracia ni usos que difieran el cumplimiento de las obligaciones más allá del plazo que señale la convención o la ley" (Art. 153). Sin embargo, si la obligación vence en domingo u otro día festivo, es pagadera al día siguiente (Art. 152). En todo caso se aplica el calendario ecuatoriano a las obligaciones que deben cumplirse en nuestro país (Art. 154), y en consecuencia, no se reconocen otros días de fiesta que los oficialmente declarados tales.

Los plazos deben ser completos, según el Código Civil. Y una aplicación de esta regla se encuentra en la Ley General de Minería: "Para el pago de las patentes mineras, el año empezado se reputará concluído" (Art. 113).

61.—Otras medidas

En cuanto a las otras medidas, como las de extensión, peso, capacidad, etc., el Art. 41 indica que prevalecen las definiciones legales, y en su defecto, las del sentido general y popular. Esto no es más que una aplicación de lo ya dicho en el Art. 18 para toda clase de definiciones.

Es notable que en nuestro país rige oficialmente el sistema decimal, sin embargo se usan muchas medidas que no son del sistema decimal, como la cuadra, la libra, la vara, el galón, etc. Y las mismas leyes del país, en lugar de exigir rigurosamente el cumplimiento del precepto, parecen cohonestar el uso de otros sistemas, al hacer referencia a ellos; así sucede con la Ley de Régimen Municipal que acepta junto a la medida oficial "otros sistemas"; la Ley de Aguas declara medida oficial el "litro por segundo" y a continuación define el "molino" como 33 y un tercio de litro por segundo (Art. 42). Más imperativas son otras disposiciones legales y tienden a hacer efectiva la aplicación del sistema métrico decimal: así el Código de Comercio en los Art. 154 a 156 ordena la necesaria aplicación de las medidas oficiales en todo contrato que surta efectos en el Ecuador, y la reducción de las medidas extranjeras a las nacionales siempre que se hubiere establecido la obligación en tales medidas no legales; y la Ley de Patentes de exclusiva de explotación de inventos, en el Art. 16 en el literal a) dice así: "las pesas y medidas se expresarán con arreglo al Sistema Métrico Decimal y la temperatura en grados centígrados".

Sobre las medidas, el Art. 41 del Código Civil dice lo siguiente:

Art. 41.— Las medidas de extensión, peso, duración y cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales y juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales; y a falta de éstas, en el sentido general y popular, a menos de expresarse otra cosa.

CAPITULO VIII

DIVISION DE LAS PERSONAS

62.—Definición de persona

El concepto de "persona", pertenece ante todo a la Filosofía, y ha sido particularmente estudiado y desarrollado por la Filosofía Cristiana. Santo Tomás dedica los dos primeros artículos de la questión 29 de la Primera Parte de la Summa Teológica al estudio de este concepto, y acepta y defiende la definición de Boecio: "persona est rationalis naturae individua substantia": la substancia individual de naturaleza racional.

No se ha superado aquella definición tan sintética y exacta, que distingue claramente a la persona de cualquier otra cosa. Además, la persona en el pensamiento cristiano, ocupa el primer lugar, en orden de dignidad entre todos los conceptos.

En el plano jurídico, "se llaman personas los seres capaces de tener derechos y obligaciones. Más brevemente, se dice que la persona es todo sujeto de derecho".

Según esto, la personalidad jurídica se confunde prácticamente con la capacidad de goce. Tener capacidad de goce y ser persona jurídicamente hablando, son una misma cosa. Ya sabemos, por otra parte, que no todo sujeto de derechos puede ejercerlos directamente, sino sólo cuando tiene, además, capacidad de ejercicio.

Nuestro Código Civil, no define a la persona en general, sino separadamente a las personas naturales y a las jurídicas, aunque los términos empleados por el Art. 46 podrían inducir a creer que se define a toda persona. Es sin embargo evidente que la definición del Art. 46 se refiere solamente a las personas naturales. Y el Art. 45 comienza distinguiendo a las personas naturales de las jurídicas, e indica que de la personalidad jurídica se trata en el Título Final del Libro Primero, de modo que, lógicamente el Art. 46 que no está en dicho Título Final sino en el Título Primero, se refiere solamente a las personas naturales; además no podría aplicarse tal definición a las personas jurídicas. He aquí tales artículos:

Art. 45.— Las personas son NATURALES o JURIDICAS.

De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el Título Final de este Libro.

Art. 46.— Son PERSONAS todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.

La definición de la persona natural como "todo individuo de la especie humana", tiene mucha importancia teórica y práctica: el hombre es persona por razón de su misma naturaleza, no por concesión o reconocimiento de autoridad alguna o del mismo régimen jurídico.

Refuerza el sentido de la definición la exclusión de cualquier limitación de la personalidad por razón de "edad, sexo o condición".

Es verdad que en otras épocas, la existencia de la esclavitud significaba el desconocimiento de la personalidad jurídica a ciertos individuos (los esclavos), pero ese monstruoso abuso felizmente ha desaparecido.

Se hace también referencia al sexo, no porque ni aún remotamente pueda negarse la personalidad a la mujer, sino para significar la igualdad fundamental de los dos sexos en cuanto a la personalidad misma.

Es persona todo ser humano, aunque esté privado de razón o no haya llegado aún a su ejercicio (caso de los niños). Es persona todo hombre, porque ello depende de su naturaleza y no de sus cualidades accidentales o del ejercicio de sus facultades. No hay que olvidar que el hombre no nace *para* ser físicamente sano o perfecto (aunque sin duda esto le conviene). La vida tiene un sentido natural superior, y no digamos nada, si se considera el fin trascendente sobrenatural del hombre...

Por lo dicho se ve el grave error —contrario a todo sentido de justicia y Derecho Natural—, de las doctrinas que pretenden subordinar el reconocimiento de la persona humana en el plano jurídico a cualquier clase de condiciones: en algunos pueblos de la antigüedad se desconocía la personalidad a los monstruos, y en nuestros días, se ha pretendido excluir de la personalidad a individuos de ciertas razas.

La personalidad implica una serie de atributos. Planiol y Ripert enumeran los siguientes: el nombre, el domicilio y el estado jurídico "que se compone de cualidades múltiples". Dentro de este estado jurídico habría que considerar el estado civil, la nacionalidad, la capacidad, y en cierto modo también se englobarían el mismo nombre y domicilio.

Nuestro Código se refiere a la nacionalidad en la misma definición de las personas naturales, dividiéndolas en nacionales y extranjeras, de donde se deduce que considera efectivamente como un atributo de la personalidad el tener una nacionalidad. También trata extensamente el Código del domicilio, y sirve igualmente para otra clasificación de las personas: en domiciliadas y transeúntes: lo mismo podemos decir del estado civil y de la capacidad, no así, del nombre, sobre el cual sólo recientemente se ha legislado, en la nueva Ley de Registro Civil.

63.—Persona natural y jurídica

"Hay, pues, dos clases de seres con personalidad: de un lado, las personas físicas, de carne y hueso, como dice Josserand, que tienen una existencia material; de otro, las personas jurídicas o morales que no tienen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica".

La persona natural está perfectamente definida en el Art. 46 del Código Civil. En cuanto a la definición de la persona jurídica, es asun-

to que depende de la doctrina que se acepte sobre su naturaleza, lo cual estudiaremos en el capítulo correspondiente. De momento, baste retener la definición de Michoud que parece compatible con muchos puntos de vista aún contrapuestos. Dice este autor que es persona jurídica todo sujeto de derechos que no sea el hombre, el ser humano.

Sin perjuicio de precisar más adelante el concepto, digamos provisionalmente que son personas jurídicas aquellos grupos de personas naturales u organizaciones dotadas de bienes y que para conseguir el fin que se proponen son capaces de tener derechos y de obligarse. Por ejemplo, son personas, el Estado, la Iglesia, la Caja Nacional del Seguro Social, una cooperativa, una sociedad anónima, una fundación como lo es un hospital, una corporación como la Universidad Católica, etc., etc.

64.—División en ecuatorianos y extranjeros

El Art. 46 a continuación de la definición de persona natural declara que se dividen en ecuatorianos y extranjeros. Aquel atributo de la nacionalidad origina esta división. El Art. 47 especifica quiénes pertenecen a cada una de esas categorías de personas:

Art. 47.— Son ECUATORIANOS los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros.

Nos hallamos ante una norma de remisión, o que se remite a otra, y en este caso a la Constitución de la República.

Como nuestro país ha tenido muchas Constituciones (17 hasta hoy), cabe preguntarse a cuál de ellas se remite el Art. 47. La respuesta sería ésta: a la vigente en el momento en que se ha adquirido o modificado la nacionalidad de un individuo. No basta, pues, tener presentes las normas constitucionales vigentes el momento de juzgar.

La Constitución de la República ha señalado en el Ecuador siempre los criterios generales, y a menudo también las reglas minuciosas, de conformidad con las cuales se determina la nacionalidad de los ecuatorianos. El Código Civil, dice a su vez, que "los demás son extranjeros", pero esto no es del todo exacto. Además de ecuatorianos y extranjeros existen los apátridas, o individuos sin nacionalidad por una u otra causa. Si nos atenemos al tenor literal del Art. 47 habría que considerar a los apátridas asimilados a la categoría de los extranjeros, sin embargo, el Derecho Internacional moderno tiende a elaborar un estatuto jurídico especial para esas personas procurando que su condición se asimile lo más posible a la de los nacionales.

Aunque cada Estado resuelve imperativamente quiénes son sus propios nacionales, en uso de su soberanía, no siempre lo hacen como el Ecuador en la Constitución de la República, sino que muchas veces esto se regula en otras leyes. Además, es frecuente que dos Estados o varios, regulen los problemas de nacionalidad por medio de tratados internacionales. Efectivamente, la legislación de un país puede regular las cosas en forma tal que una persona tenga la nacionalidad de

tal país, mientras que las mismas circunstancias según la ley de otro Estado pueden determinar una nacionalidad distinta. Estos conflictos de leyes se resuelven a veces por tratados internacionales. En el Ecuador, tenemos, por lo menos el Código Sánchez de Bustamante, que fue aprobado por la Convención de La Habana de 1928, y que tendremos que aplicar, además de la Constitución de la República y de la Ley y Reglamento de Inmigración y Extranjería para determinar quiénes son ecuatorianos, quiénes son extranjeros y quiénes carecen de nacionalidad.

Algunos comentadores del Código Civil han afirmado que la división de las personas en ecuatorianos y extranjeros no tiene trascendencia; más aún, que no debió ni siquiera formularse porque el Art. 48 declara categóricamente que "la ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código". No hay razón para distinguir —se ha dicho—, si luego las dos categorías en que se divide a las personas tienen iguales derechos: la división es inútil. Pero la verdad es que, a pesar de la formulación demasiado amplia del Art. 48, sí hay diferencias entre los ecuatorianos y los extranjeros en varios aspectos civiles aunque la regla general sea la de la igualdad.

La doctrina cristiana ha influído poderosa y decisivamente para que se llegue a la actual equiparación de nacionales y extranjeros en los principales aspectos del Derecho Civil, pero también consiente la existencia de legítimas diferencias en favor de los nacionales, siempre que no violen los derechos de los extranjeros y no destruyan la fundamental igualdad.

En cuanto a la prueba de la nacionalidad, el Dr. Valladares observa que así como se señalan por la ley documentos con los que se ha de probar el estado civil, debería haber una disposición que indique el documento que sirve para probar la nacionalidad, y dicha disposición no existe en nuestro derecho. Normalmente la prueba de la nacionalidad se resuelve en la prueba de los hechos que la originan (lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres), etc., y se regirá por las reglas comunes de procedimiento. No siempre se requiere probar judicialmente la nacionalidad, más frecuentemente se presenta esta necsidad en el orden administrativo y se resuelve por medio de un trámite administrativo que pertenece fundamentalmente al Ministerio de Relaciones Exteriores, aunque actualmente la Dirección de Inmigración y Extranjería depende del Ministerio de Gobierno.

65.—Principios generales sobre la nacionalidad

La nacionalidad es un vínculo jurídico y político que relaciona las personas (y por una ficción, ciertas cosas personalizadas) con un Estado de tal modo que origina un estatuto que les distingue de la situación de las demás personas, que por contraposición se llaman extranjeros.

Existen dos orientaciones doctrinales sobre el fundamento jurídico de la nacionalidad: algunos consideran que la base de la nacionalidad consiste en una especie de convención o contrato, y otros creen que el Estado por un acto de ejercicio de su sobernía determina quiénes son sus nacionales.

La doctrina contractual es un trasplante forzado de una institución propia del Derecho Privado al campo de lo Público. Explica que el Estado manifestaría su voluntad mediante leyes o tratados internacionales, creando condiciones o señalando circunstancias, dentro de las cuales se adquiere la nacionalidad. Los individuos, por su parte, harían uso de su voluntad colocándose en dichas circunstancias, cumpliendo esos requisitos, o también mediante un acto expreso en los casos de naturalización o de renuncia de su anterior nacionalidad.

Pero hay que observar que el Estado cuando legisla no propone un contrato a nadie, sino que lo hace con carácter imperativo. Por otra parte, los particulares no siempre son libres para escoger aquellas circunstancias que determinan la nacionalidad, comenzando por el hecho más normal y básico para este efecto, como es el lugar del nacimiento.

La teoría contractual pretende poner a salvo la libertad individual, pero ésta no es incompatible con la otra explicación. Efectivamente, el Estado al legislar sobre nacionalidad ejerce su soberanía y señala imperativamente quienes son los elementos humanos que lo integran, sus nacionales; pero este acto del poder soberano no es ni puede ser arbitrario, ni debe violar la legítima libertad individual. En otras palabras, el Estado legisla libre e imperativamente, pero no arbitrariamente, sino dentro de las normas de la razón natural, del Derecho Natural, y de la moral, respetando los derechos de los otros Estados y de los individuos. Si no lo hiciera así, estaríamos en un caso de abuso del poder, en una situación anómala, que debería corregirse, y que sería desaprobada por los demás Estados.

La teoría legal pública deja a salvo, por otra parte, la libertad individual, desde el momento en que se puede renunciar a la nacionalidad, o cambiarla por naturalización.

Hay tres principios tradicionalmente admitidos sobre la nacionalidad: 1º— La nacionalidad no se impone; 2º— Todos deben tener una nacionalidad, y 3º— Cada persona debe tener solamente una nacionalidad.

La no imposición de la nacionalidad se concreta sobre todo en la posibilidad de renunciar a la nacionalidad que se tiene. Este principio se ha consolidado definitivamente en el derecho moderno. Los últimos países en suprimir la prohibición de renunciar a la nacionalidad fueron Inglaterra en 1868 y Rusia en la época de la revolución bolchevique.

Pero no se puede renunciar a toda nacionalidad, es decir, hay que tener alguna. De hecho se producen casos en que personas quedan sin nacionalidad, en calidad de apátridas, pero ésa es una situación anómala que el derecho trata de evitar. Y cuando alguien de hecho es

apátrida, se procura o bien que adquiera una nacionalidad, o se le asimila para los efectos jurídicos a la condición del nacional o del extranjero.

Así como la carencia de nacionalidad ocasionaría serios inconvenientes sobre todo al sujeto, que se vería desprovisto de la debida protección del Derecho, en cambio la nacionalidad múltiple sobrecargaría de obligaciones, a veces incompatibles, en una misma persona. Las obligaciones para con un Estado podrían incluso constituir delito frente al otro Estado al que perteneciera simultáneamente una misma persona, por ejemplo, en el caso de servicio militar.

Sin embargo, en nuestros días sufre crisis el principio de la nacionalidad única, pues notables juristas propugnan la doble nacionalidad dentro de ciertos límites restringidos. Y efectivamente, varios países, sobre todo dentro de la comunidad hispanoamericana, han celebrado tratados en los que se establece que los ciudadanos de un país pueden adquirir la nacionalidad de otro de ellos, sin perder la originaria. Otras veces, son las leyes internas de los Estados, las que consienten esta doble nacionalidad excepcional, tal sucede en los países centroamericanos, y recientemente en el Ecuador se acaba de dictar una ley en este sentido que favorece a los ciudadano de los demás países americanos y de España.

De todos modos, esta llamada "doble nacionalidad", que iría contra el principio clásico de que cada persona tiene sólo una nacionalidad, no significa que un individuo puede ejercer simultáneamente todos los derechos que les corresponden a los nacionales de ambos Estados con los que se halla vinculado. Lo que sucede es que ejerce fundamentalmente los derechos y tiene la protección legal del país en el que actualmente reside, de modo que, por ejemplo quien tenga las nacionalidades ecuatoriana y colombiana a la vez, será considerado como ecuatoriano en el Ecuador y como colombiano cuando esté en ese país amigo.

En cuanto a los elementos que determinan la nacionalidad son principalmente dos: el lugar del nacimiento y la nacionalidad de los padres. El vínculo con un país por el hecho de haber nacido en él es lo que se llama el *ius soli*, mientras que la vinculación por los antepasados constituye el *ius sanguinis*.

El ius sanguinis trae su origen del Derecho Romano antiguo y tuvo una renovación poderosa en la Edad Media gracias al personalismo de los pueblos germanos. Ha sido también el sistema propugnado por las naciones centro-europeas en la época de su constitución como Estados independientes, siguiendo la doctrina de Mancini, la llamada doctrina de las nacionalidades. Es un sistema apto para vigorizar los grupos nacionales, aunque, por contraposición, puede resultar perjudicial para la solidez de los Estados plurinacionales, y sobre todo cuando alguna o algunas de esas nacionalidades están esparcidas en más de un Estado. También puede observarse que el sistema del ius sanguinis es preferido por muchos países de fuerte emigración que desean mante-

ner vinculada a la población que se aleja del país de origen. Precisamente para evitar los excesos en ese sentido, el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Cambridge y Venecia, en 1895 y 1896, recomendó el principio de que la nacionalidad de origen no puede transmitirse indefinidamente en el extranjero.

Por el contrario, el principio del *ius soli,* propio del derecho feudal, proporciona el máximo de ventajas para el robustecimiento de los Estados, aún a costa del mantenimiento de la integridad de las naciones, en cuanto grupos étnico-culturales; y es el sistema patrocinado por los países de inmigración.

En términos muy generales puede decirse que el sistema del ius sanguinis predomina en Europa, mientras que el del ius soli se prefiere en América.

Desde luego, la verdad es que en nuestros días, tal vez ningún país acepta exclusivamente ninguno de los dos sistemas. Todas las legislaciones contienen soluciones mixtas, en las que predomina uno u otro sistema, pero siempre combinado con el otro.

También conviene tener presente que cada vez con mayor intensidad se da trascendencia a otro elemento para determinar la nacionalidad de las personas: su propia voluntad manifestada de modo expreso o tácito.

Así se ha llegado hasta a formular las doctrinas de la "nacionalidad automática" de Zevallos, y de la "ciudadanía automática" de Víctor Manuel Orlando y de Garay, según las cuales, la simple permanencia más o menos prolongada en un Estado, conferiría la nacionalidad misma o por lo menos los derechos de ciudadanía inherentes a la nacionalidad.

66.—*La naturalización*

Además de la nacionalidad originaria, se admite hoy la posibilidad de llegar a tener una nacionalidad distinta, normalmente perdiendo la primera. Esto se puede producir de diversas maneras: por los cambios territoriales de los Estados, por la concesión de otra nacionalidad como premio o recompensa de servicios eminentes, pero sobre todo por la "naturalización" propiamente dicha. Consiste ésta en un trámite —casi siempre administrativo— por el cual una persona obtiene ser incorporada como nacional de otro Estado distinto de aquel al cual ha pertenecido por nacionalidad.

En la Antigüedad la naturalización se consideró como algo absolutamente excepcional. En la época de la decadencia de Roma, cuando la crisis moral produjo la correspondiente crisis demográfica, se generalizó la naturalización incluso mediante concesiones masivas.

En nuestros días aunque cada Estado tiene sus propias condiciones para conceder la naturalización, podemos decir que se han generalizado ciertos requisitos comunmente exigidos: 1º— Tener cierta

edad que implique suficiente madurez. Lo más lógico a este respecto es que se exija por lo menos la misma edad necesaria para tener capacidad jurídica, sin embargo, a veces no sucede así, como pasa en nuestro país, en donde la capacidad jurídica se obtiene a los 21 años, pero ya a los 18 se puede naturalizar y ejercer los derechos políticos. 2º— Residencia más o menos larga en el país cuya nacionalidad se adquiere. Este requisito se suprime a veces, cuando se trata de mujeres casadas con nacionales de aquel país. 3º— La pérdida previa o simultánea de la nacionalidad de origen, aunque ya hemos visto que este punto sufre crisis actualmente por el avance de la doctrina de la doble nacionalidad. 4º— A veces se piden otras condiciones como la de la hablar la lengua del país, tener algún vínculo de ius sanguinis con él, ejercer un trabajo, profesar ciertos ideales políticos (más frecuentemente en forma negativa: no tener cierta ideología, totalitaria, por ejemplo).

A veces, esos requisitos no tienen el carácter de condiciones *sine qua non*, sino simplemente de condiciones que facilitan la obtención de la nueva nacionalidad.

Un caso muy debatido es el relativo a si la mujer que se casa con extranjeros debe adquirir automáticamente la nacionalidad del marido. A favor de esa tesis se presentan todos los argumentos fundados en la conveniencia de fortificar la unidad del matrimonio, creando un régimen jurídico único para marido y mujer. En cambio, se sostiene que no hay razón para el cambio de nacionalidad de la mujer, en nombre del respeto a su libertad personal para conservar su nacionalidad originaria.

El Instituto de Derecho Internacional Europeo en la sesión de Oslo en 1932 recomendó que no se impusiera el cambio automático de nacionalidad a la mujer que se casa con extranjero, pero que se le diera facilidades especiales para adquirir voluntariamente la nacionalidad del marido. Algo semejante dispuso la Séptima Conferencia Interamericana reunida en Montevideo en 1933, y la ONU sometió a la ratificación de los Estados una Convención plurilateral inspirada en los mismos principios. El Ecuador en la Constitución de 1946, declara que "ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges" (Art. 13), y por otra parte los artículos 5, 6 y 14 del Reglamento de Extranjería dan facilidades extraordinarias para la naturalización de la mujer casada con ecuatoriano según la doctrina antes expuesta.

Algunos autores, como Maury, hablan de nacionalidad "por comunicación", en el caso de la mujer y de los hijos menores que obtienen la nacionalidad del marido o padre respectivamente. La expresión parece acertada para los casos en que de modo automático, por el solo hecho del matrimonio o por la naturalización del marido o padre, la mujer y los hijos adquieren esa nueva nacionalidad.

La Constitución Política del Ecuador trata de la nacionalidad en los Arts. 11 a 20, en los cuales se adopta un sistema mixto y se aplican los principios antes expuestos.

67.—Personas domiciliadas y transeúntes

El Art. 49 divide a las personas en dos categorías con relación al domicilio, como introducción al párrafo que trata del domicilio. Dice así:

Art. 49.— "Las personas se dividen, además, en domiciliadas y trenseúntes".

Critica duramente a este artículo Don Luis F. Borja, calificándolo de "absolutamente nugatorio, porque encierra una división que a nada conduce". Pero si es cierto que el domicilio no parece un elemento tan íntimamente unido a las personas como para determinar una clasificación en dos categorías, por otra parte es evidente que el estar o no domiciliado en la República tiene consecuencias de suma importancia.

No hace referencia el artículo 49 a qué clase de domicilio es el que produce esa clasificación de las personas, pero por el contexto, creo que se refiere al domicilio político, que según el Art. 51, es el "relativo al territorio del Estado en general" y que quien lo tiene o adquiere "es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana". Ser miembro de la sociedad ecuatoriana significa estar plenamente sometido a sus leyes y tener los derechos que estas leyes reconocen, de modo que tener domicilio político, ser "domiciliado" en el Ecuador, sí tiene importancia y mucha a mi modo de ver. Estudiaremos los efectos del domicilio en el capítulo siguiente.

68.—Clasificaciones inaceptables

La igualdad fundamental de las personas solamente admite divisiones o clasificaciones de carácter accidental para el reconocimiento o el ejercicio de los derechos. Ya hemos visto como no se puede negar a ningún individuo de la especie humana el ser sujeto de derechos y obligaciones. Pero tampoco consiente el Derecho Natural que se restrinjan los derechos o su ejercicio arbitrariamente. Por esto son absolutamente inaceptables las clasificaciones de las personas por razones de raza o de clase social, para quitar o restringir a algunas sus derechos.

Además, de injustas, por principio, tales discriminaciones, resultan en la práctica siempre falsas y arbitrarias, porque los confines de una raza o de una clase social son imperceptibles. No existen razas puras, ni nadie puede definir con exactitud a qué individuos comprende una clase social.

Raza y clase social pueden, sin embargo, tomarse en cuenta en el derecho, tenerse como factores sociológicos dignos de consideración, no para restringir derechos o libertades, sino para adecuar las normas jurídicas a esas condiciones de la población que van unidas a la raza y a sus clases sociales.

Si establecer divisiones injustas es reprobable, también lo es el desconocimiento de la realidad social de que a veces peca el legislador.

Concretamente, en un país como el Ecuador en el que el elemento humano pertenece fundamentalmente a la raza blanca y a la indígena, además de las infinitas gamas de mestizaje, el Derecho no debe desconocer esa realidad. Disposiciones teóricamente muy justas porque encierran una igualdad perfecta, pueden en la práctica ser muy desventajosas para unos u otros. Generalmente, no se puede poner en pie de igualdad jurídica absoluta al individuo menos culto, menos preparado para la vida, menos fuerte económica y culturalmente, porque esa aparente igualdad le perjudica; necesita, por el contrario una protección especial de la Ley. En el Ecuador, sólo muy tardíamente han surgido disposiciones legales que consideran una especial protección para el indio, como las contenidas en la Ley de Organización y Régimen de las Comunas que se publicó en el R. O. 558 de 6 de Agosto de 1937, y la titulada "Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas", publicada en el R. O. de 10-11 de diciembre de 1937.

Naturalmente que esas medidas de especial protección a la raza indígena o a los campesinos en general, tropiezan con la dificultad de definir quiénes son indígenas y quiénes son campesinos. Estos conceptos sociológicos no admiten la rígida definición jurídica, y mucho más depende la eficacia de estas leyes del celo y empeño de las autoridades, y de la conciencia cívica de los ciudadanos para aplicarlas, que de su riguroso tecnicismo.

En cuanto a las clases sociales en nuestro país tienen también íntima vinculación con el factor racial. Por regla general los indígenas ocupan los estratos inferiores de la sociedad y los individuos de raza blanca los superiores. Pero además, intervienen en la conformación social del Ecuador los otros factores comunmente conocidos como son el grado de cultura y educación, la situación económica, la profesión u oficio que se desempeña, y aún la región en que se vive.

Nuestras leyes consideran el factor profesional, y así ha surgido por ejemplo la Ley de Defensa del Artesanado, que se expidió por Decreto Supremo Nº 1579 de 6 de agosto de 1946 (publicada en R. O. 656 de 9-VIII-1946), y también se toman en cuenta las particulares circunstancias de los habitantes de la selva oriental y del Archipiélago de Colón, en las leyes Especial de Oriente y en la Ley Especial del Archipiélago de Colón. Desde luego, que estas disposiciones especiales, generalmente muy acertadas, no implican una división de las personas, no forman categorías especiales de ciudadanos, sino que simplemente facilitan la vida jurídica a quienes se hallan en especiales circunstancias.

69.—Clasificaciones relativas

Otras diferencias provenientes de la misma naturaleza, de hechos históricos o de la voluntad de los hombres tienen también trascendencia mayor o menor en el Derecho. Tales son las diferencias de

sexo, edad, religión, profesión, estado civil, situación económica, que vamos a considerar brevemente.

a) Sexo. En el antiguo Derecho Romano, la mujer estuvo sometida a tutela perpetua, era siempre *alieni iuris*, es decir, estaba privada de capacidad jurídica. Esa situación no subsiste en el mundo actual, en el que la regla general es, por el contrario, la de la igualdad del hombre y la mujer frente al Derecho. Sin embargo dicha igualdad no es absoluta.

En el campo del Derecho Público la diferencia más ofensiva e injusta para la mujer constituye la negación del derecho de votar o de ejercer cargos públicos, que todavía subsiste en algunos países. En este aspecto existe en el Ecuador perfecta igualdad de los dos sexos.

Más bien en el campo del Derecho Civil hay algunas diferencias en nuestro Derecho, algunas muy razonables, y otras no tanto.

La organización jerárquica del hogar implica que existe una autoridad y esa autoridad es el marido, la mujer está sometida a él, no por ser mujer, sino por estar casada.

Menos razonable parece la prohibición general de que la mujer (por el hecho de ser mujer, aunque sea soltera y plenamente capaz), pueda ejercer guardas (Art. 540), salvo ciertas contraexcepciones en las cuales sí puede ejercer esos cargos civiles.

Es muy natural la diferencia entre el hombre y la mujer en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de volver a contraer matrimonio inmediatamente después del divorcio; en cambio no se justifica el diferente trato dado a uno y otro cónyuge en el caso de separación o de divorcio con respecto al derecho de cuidar de los hijos.

El Código primitivo permitía ejercer la patria potestad solamente al padre; la reforma que estableció que en todos los casos en que cesa la potestad del padre la ejercerá la madre, ha significado un importante paso en pro de la equiparación de derechos de la mujer al hombre.

Aparte de las señaladas existen todavía otras diferencias entre el estatuto jurídico civil del varón y el de la mujer, pero son de menor relieve.

b) Edad. Ya hemos comentado, a propósito del Art. 21 las clasificaciones a que da lugar la edad de las personas y sus efectos.

c) Religión. La trascendencia que se dé en el derecho positivo estatal a la religión, depende del régimen de relaciones entre el Estado y la Iglesia.

En un país de población íntegramente católica o de gran mayoría católica, el mejor sistema es el de íntima colaboración de Iglesia y Estado, manteniéndose, en todo caso la independencia de cada Sociedad Jurídica perfecta y respetando los derechos de los ciudadanos sin religión o de otra religión.

Cuando en un país existen grupos religiosos de importancia muchas veces se opta por un régimen de libertad religiosa en el cual se respeta a todos por igual y se garantiza los derechos de todos los

grupos religiosos. Es una solución aceptable, y muchas veces necesaria y conveniente.

La actitud que en ningún caso se puede aprobar es la de desconocimiento de los derechos de las religiones, y más aún si se ataca a la religión verdadera.

Es ataque a la religión no tomarla en cuenta en los asuntos que son de su competencia. Este desconocimiento se puede referir a veces a una sola religión o a todas, pero en uno y otro caso se va contra los derechos de la religión, de los ciudadanos y de la nación misma. El sistema llamado entre nosotros: "laico" incurre en este grave error e injusticia.

No tomar en cuenta que un país tiene una religión, o unas religiones, es cerrar los ojos ante una de las realidades sociales más sólidas. Prescindir de la religión de un pueblo es más grave que prescindir de la consideración de cualquier otro aspecto cultural o material, como la lengua, el desarrollo económico, etc., porque la religión es algo más elevado, más fuertemente enraizado en el alma, más influyente en la vida y de valor más permanente. Legislar o gobernar sin tener en cuenta la religión de un pueblo es ponerse una venda en los ojos, y cometer una grave injusticia.

Por otra parte, cualquier persona que esté convencida de profesar la religión verdadera tiene derecho a exigir que se respete su religión y que las instituciones del Estado no vayan contra sus principios. En esto consiste la libertad de las conciencias.

No es libertad de conciencia, desconocer por igual toda religión, prescindir de todas, como si no existieran. Esto es agraviar a todas, violar la libertad de conciencia de todos los ciudadanos con una religión. Y esta actitud contraria a la libertad es la adoptada por el llamado "laicismo".

El Ecuador es un país de inmensa mayoría católica en el cual durante mucho tiempo se reconocieron plenamente los derechos de la Iglesia y el cual se comprometió solemnemente en el plano internacional mediante un Concordato con la Santa Sede a respetar esos derechos. Pero desgraciadamente un gobierno de minoría que asaltó el poder por medio de las armas, desconoció la legítima libertad de conciencia de los ecuatorianos y faltó a la fe pública rompiendo el compromiso internacional, haciendo burla del honor nacional y del respeto que las naciones civilizadas tienen a los Tratados Internacionales. Desde entonces en el Ecuador, en nombre del "laicismo", se desconocen muchos derechos de la Iglesia, muchos derechos humanos, y sobre todo se viola la libertad de conciencia imponiendo una educación sin Dios en los planteles del Estado y un matrimonio sin Dios para todos los ciudadanos.

Las leyes ecuatorianas han procurado prescindir sistemáticamente de toda consideración de orden religioso, sin perjuicio de que se hayan dictado otras leyes abiertamente persecutorias, como la famosa Ley de Cultos del año 1911, que prohibía muchas manifestaciones

de la religión. En otras ocasiones se ha restringido arbitrariamente la libertad de tránsito y domicilio prohibiendo la entrada de religiosos o de clérigos al país. Todo esto, sin hablar de las medidas de fuerza, al margen de la ley, tomadas por ciertos gobiernos.

Actualmente, se ha mejorado mucho la situación religiosa con el Modus Vivendi celebrado en 1937, pero todavía la legislación del país contiene disposiciones que no se compaginan ni con el Modus Vivendi, ni con el respeto debido a la libertad de conciencia y el respeto debido a la Iglesia Católica, tales son por ejemplo, las trabas existentes para celebrar el sacramento del bautismo y el sacramento del matrimonio, mediante la exigencia de ciertos requisitos civiles previos. En estos casos el Estado que se dice indiferente frente a la religión cae en la más flagrante de las contradicciones al tomar en cuenta la religión y precisamente no para respetarla, no para reconocer sus derechos, sino para poner trabas a su libre ejercicio.

d) Profesión. La dedicación más o menos permanente a ciertas formas de trabajo, es también tomada en cuenta por el Derecho, como es natural. El que trabaja bajo la dependencia de otro por una retribución (art. 8 del C. del Trabajo) está sometido al Código del Trabajo que garantiza de una forma especial sus derechos y establece ciertas obligaciones y responsabilidades diferentes de las simplemente civiles. Ciertas formas especiales de trabajo son consideradas en particular por el mismo Código, como el trabajo en las minas, en el mar o en el extranjero. Por otra parte los comerciantes forman también una caegoría especial con peculiares responsabilidades y derechos, principalmente regulados por el Código de Comercio. La calidad de comerciante modifica la capacidad jurídica de la mujer casada que se convierte en plenamente capaz. Otras profesiones están íntimamente ligadas a la vida misma del Derecho como las de abogado, juez, notario etc. y hay ciertos derechos que solamente se pueden ejercer con el concurso de estas personas.

e) Estado civil. El art. 342 lo define así: "Es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o con traer ciertas obligaciones civiles". De la misma definición se desprende su enorme trascendencia en el Derecho.

f) Situación económica. Tampoco puede desconocer el Derecho las diferencias económicas de los ciudadanos. Es preciso tomarlas en cuenta para favorecer a los menos aventajados y preservarles de los posibles abusos a que se presta su situación de inferioridad económica. A ello tienden las llamadas "leyes sociales", también en el resto de la legislación se encuentran medidas destinadas a proteger o aliviar la situación del pobre: en el Derecho Fiscal, es la escala progresiva de los impuestos que grava mucho menos a los patrimonios reducidos o a las rentas pequeñas; en el Derecho Procesal, es la institución del Defensor de Pobres y la exención de tasas, etc. Sin embargo, también en este aspecto existen graves injusticias en nuestra legislación, por ejemplo la educación gratuita no beneficia a todos los pobres por igual sino

únicamente satisface a los que no tienen religión, ya que esa educación pretende prescindir de la religión, con lo cual se hace un agravio sin nombre a aquellos pobres que sí tienen religión.

70.— Identificación de las personas.

Tiene gran importancia la identificación de las personas, es decir, la constatación de que un individuo, un sujeto de derechos es el mismo a través del tiempo.

La identificación de una persona se realiza por un conjunto de circunstancias intrínsecas y extrínsecas: cualidades de la persona como su fisonomía, estatura, color, etc., relaciones de familia, lugar de su domicilio (el vecino de tal persona, p. ej.), profesión, trabajo o cargo que desempeñan, etc.

Un elemento identificador muy preciso y técnico, pero de difícil uso corriente, consiste en las huellas digitales, que son distintas en cada hombre y se mantienen a lo largo de los años sin variaciones sustanciales.

Pero el medio de identificación más corriente es el nombre. El nombre es un signo, o símbolo, una o más palabras que designan a una persona. Trataremos de ello más adelante, a propósito del Registro Civil.

CAPITULO IX

EL DOMICILIO

71.— Concepto

Para algunos autores, como Aubry y Rau, el domicilio es la relación de una persona con un lugar, pero otros, entre los que se cuentan Planiol y Ripert, consideran que el domicilio es propiamente un lugar.

Vattel define el domicilio diciendo que es "la habitación establecida en cierto lugar con ánimo de permanecer en él siempre". Esta definición es muy próxima a la de nuestro Código Civil. En análoga forma Maynz dice: "Entiéndese por domicilio el lugar donde se halla establecido el asiento de nuestra existencia social".

La definición de Zachariae describe algunos de los principales efectos del domicilio: "es la relación jurídica —dice— entre una persona y el lugar donde esa persona es reputada presente en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones; aunque no esté ahí en un instante dado, o aunque no resida habitualmente en ese lugar". Y de manera parecida afirma Ortolán que el domicilio "no es sino el asiento legal, el asiento jurídico de toda persona. El

derecho presume que ella está ahí, bien resida corporalmente, bien no resida".

Siguiendo la doctrina clásica que exige para que haya domicilio un "corpus" y el "animus", nuestro Código Civil define en el art. 50 el domicilio:

Art. 50.— "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil".

No es, pues, lo mismo residencia que domicilio. Si a la residencia (elemento material: "corpus"), se añade la intención de permanecer en ella (elemento intencional: "animus"), entonces tenemos domicilio. Naturalmente el ánimo no puede conocerse directamente, sino que se manifiesta por signos exteriores, de allí que si no hay una manifestación expresa del ánimo de permanecer en un lugar, basta atenerce a las circunstancias que permiten presumir dicho ánimo.

Como importa sobremanera tener seguridad sobre el domicilio de las personas, la ley ha determinado precisamente en qué casos se presume el ánimo de permanecer, es decir, que se señalan unas cuantas prsunciones legales para determinar el domicilio.

72.— Importancia del domicilio

Aparte de los efectos específicos del domicilio político, o de los domicilios especiales, podemos afirmar que el domicilio en general, tiene trascendencia para el propio sujeto y para terceros. Para el sujeto, el domicilio determina su fuero, dónde puede ejercer ciertos actos como votar, exigir la protección de la autoridad, etc. Y para terceros, es el lugar donde deben cumplir obligaciones, demandar, etc.

Además, el domicilio se considera para los efectos del cómputo del tiempo para la prescripción, para la apertura de la sucesión, para la declaración de muerte por desaparecimiento, etc.

El domicilio es circunstancia pública, con consecuencias en la vida pública, y por ello, su ocultamiento a las autoridades competentes constituye una infracción que está sancionada por el art. 203 del Código Penal de la Policía Civil Nacional.

El domicilio en su sentido más restringido, considerado como el lugar de habitación de una persona es inviolable, y así lo consideran la Constitución y las leyes; por ejemplo, el art. 106 del Código Penal Militar: "Serán sancionados con prisión de tres meses a dos años los que violaren u ordenaren violar el domicilio particular".

En el plano político, para ser elegido diputado o senador por una provincia se requiere haber nacido en ella o tener el domicilio por tres años o más en esa provincia (art. 121 de la Constitución de la República).

Otro efecto del domicilio en el campo del Derecho Público, es el de permitir al ciudadano votar. Efectivamente, la Ley de Elecciones

obliga a todo ciudadano a inscribirse y votar en su domicilio, y a hacer corregir la inscripción, cada vez que cambia de domicilio.

Muchos funcionarios están obligados a residir en un domicilio más o menos fijo. Los jueces tienen prohibición de ausentarse "del lugar de su residencia ordinaria, sin licencia del respectivo superior" (art. 9 de la L. O. Jud.) y dicha residencia ordinaria será normalmente su domicilio. El art. 54 de la Ley de Régimen Administrativo ordena que los Gobernadores deben residir en la Capital de la provincia. El art. 83 nº 10 exige para ser elegido Consejero Provincial tener domicilio en la provincia. Tampoco pueden ser elegidos o desempeñar el cargo de concejales cantonales quienes tengan su residencia habitual a más de cincuenta kilómetros de la cabecera cantonal (art. 22 nº 15 de la Ley de Régimen Municipal).

En cuanto a lo estrictamente civil, una de las consecuencias más importantes del domicilio en general consiste en que, según lo establece el Art. 1641 del Código Civil, el pago, a falta de convención expresa y siempre que no se trate de cuerpo cierto, debe hacerse en el domicilio del deudor.

73.— Domicilio político.

Luego de haber establecido la diferencia a clasificación del domicilio en político y civil, en el Art. 50. el Art. 51 define qué se entiende por domicilio político:

Art. 51.— "El domicilio político es el relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero.

La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional".

El domicilio político se adquiere, como el domicilio en general, por la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella. Pero en el caso de los extranjeros, como para permanecer en el Ecuador requieren cumplir ciertas formalidades administrativas, se considera que adquieren el domicilio político desde que se les confiere el "carnet de domicilio", que es la prueba de haber cumplido dichas formalidades y que constituye a la vez el documento que acredita la adquisición del domicilio político en el país. La jurisprudencia administrativa ha entendido así las cosas, y por ejemplo, para la concesión de la carta de naturalización, se suele exigir la prueba del domicilio en el Ecuador durante cinco años, mediante dicho carnet.

En cambio, todo ecuatoriano que simplemente se encuentra en el Ecuador, se presume que tiene domicilio político en el país, mientras no se demuestre lo contrario. Por lo demás, tiene mucha menos importancia para el ecuatoriano este hecho.

Los diplomáticos y también otras personas que por razones de estudios u otras análogas se ausentan del país no pierden su domicilio, sino que lo conservan en el último lugar en donde lo hayan tenido en

el Ecuador, y desde luego, conservan también el domicilio político con relación a todo el territorio nacional. En este sentido dispone el art. 23 del Código Sánchez de Bustamante, y también nuestra Ley de Servicio Exterior.

En cuanto a los efectos del domicilio político, como lo dice el art. 51, se refieren principalmente "al Derecho Internacional", y nosotros debemos aclarar, "al Derecho Internacional Privado". Nada tienen que ver con el ejercicio de los derechos políticos.

Nuestro sistema civil de Derecho Internacional Privado combina la nacionalidad y el domicilio para la aplicación de la ley personal. Así el art. 14 del CC. somete a la ley ecuatoriana a los ecuatorianos "aunque se hallen... domiciliados en lugar extraño", en cuanto a ciertos aspectos de su vida civil. Por tanto, en algunos casos predomina como ley personal la de la nacionalidad, pero en otros, como en materia de sucesiones p. ej., el domicilio constituye el elemento de conexión que hace aplicable la ley ecuatoriana.

Los extranjeros se equiparan plenamente a los ecuatorianos en cuanto a los derechos civiles, siempre que estén domiciliados en el Ecuador. Sólo mediante el domicilio político "se hacen miembros de la sociedad ecuatoriana", aunque conservan su calidad de extranjeros. Por eso, para el ejercicio de ciertos derechos civiles se exige expresamente que el extranjero esté domiciliado en el Ecuador: en el art. 651 del CC. para pescar libremente en mar territorial; en el art. 126 para contraer matrimonio en el exterior conforme a las leyes ecuatorianas; en el 1079 para ser testigo de testamento solemne otorgado en el Ecuador; en el art. 1095 para otorgar testamento en el exterior conforme a nuestra ley, etc.

El art. 2 de la Ley de Defensa Nacional dice así: "Todos los ecuatorianos y extranjeros domiciliados deben cooperar para la defensa nacional en la forma que determinan ésta y las demás leyes". Y el art. 251 de la Constitución Política declara que todos los ecuatorianos y extranjeros domiciliados en el país están obligados a cooperar en la defensa nacional en la forma y medida que determine la ley. Evidentemente esa forma de colaborar no puede ser igual para ambas clases de personas, por la misma naturaleza de las cosas y porque la Convención de La Habana suscrita en 1928 por muchos países americanos, y entre ellos por el Ecuador, prohibe obligar a los extranjeros a prestar servicios de carácter militar. Luego la cooperación de los extranjeros domiciliados, para la defensa del país, tiene que ser de otra índole.

Como el domicilio es uno de los elementos de conexión que sirven en el Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable a una relación jurídica, a su vez el domicilio tiene que establecerse de conformidad con una ley que sea internacionalmente competente. El Código Sánchez de Bustamante en el art. 22 indica que "el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales y jurídicas se regirán por la ley territorial".

Una vez determinado el domicilio político, su trascendencia en el Derecho Internacional Privado es muy grande. El Código Sánchez de Bustamante toma en cuenta el domicilio como uno de los principales elementos para fijar la competencia internacional de los jueces: el art. 318 establece que esa competencia se puede originar en la libre sumisión de las partes, siempre que una de ellas tenga la nacionalidad o el domicilio en el Estado a cuyos tribunales se someten; el art. 323, el 324 y 328 señalan directamente como juez competente para el ejercicio de acciones reales, personales, de concursos de acreedores, etc. el del domicilio del demandado, y el 327 para las acciones sucesorias, el del último domicilio del causante; también el juez del domicilio es el competente para los actos de jurisdicción voluntaria (art. 330). Y el art. 427 indica la forma como debe citarse al que tiene su domicilio en el extranjero, esto es, mediante exhorto.

En nuestro Código de Comercio el domicilio tiene tal vez más importancia que en el civil, para los efectos internacionales respecto de las sociedades, pues el art. 265 dispone que "toda sociedad, nacional o extranjera, que se dedique a la explotación de bienes raíces en el territorio de la República, con excepción de las mineras, bancos y sucursales bancarias y compañías cuyo capital sea extranjero en un 90% o en proporción mayor, deberá tener su domicilio en el Ecuador y estará sujeta a las leyes ecuatorianas". De modo que para éstas compañías el elemento de conexión aplicable es el domicilio, sin consideración de su nacionalidad. También para que una compañía anónima extranjera pueda establecer agentes en el Ecuador se requiere que pruebe que está constituída y autorizada en el país de su domicilio para negociar en el extranjero (art. 338 del Código de Comercio). Estas disposiciones figuran también en la Ley de Compañías.

74.— Domicilio Civil.

Luego de darnos el concepto general del domicilio en el art. 50. y su clasificación en político y civil, el art. 51 define el político y el 52 hace lo propio con el domicilio civil, y el art. 53 nos proporciona el criterio fundamental para determinar dónde tiene un individuo tal domicilio civil. Así, pues, los arts. 52 y 53 se complementan para darnos la noción del domicilio civil:

Art. 52.— "El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado".

Art. 53.— "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad".

El art. 52 y el art. 53 no son dos definiciones de lo mismo, sino que el primero indica el ámbito al que se refiere el domicilio civil y el segundo manifiesta el criterio o los criterios para determinarlo. Tampoco hay contradicción entre la definición del art. 50 que se refiere a todo domicilio, en general, y la que se desume de los arts. 52

y 53 que se aplica exclusivamente a una de las especies de domicilio, o sea al civil.

La Constitución de la República, por su parte, garantiza la libertad de fijar domicilio en cualquier lugar de la República, o de cambiar de domicilio (art. 28). Pero, hay que advertir que el cambio de domicilio no debe ser fraudulento, es decir, procurando ocultarlo en perjuicio de terceros. El deudor que se oculta perjudicaría al acreedor dificultando el cobro de la obligación, y por lo mismo la ley facilita el cobro de las deudas en tal caso, permitiendo que se designe un "curador del ausente" para dicho deudor, aunque la ausencia sea puramente fingida y no real. Las leyes de policía obligan también a señalar los cambios de domicilio. La Ley del Servicio Militar Obligatorio prescribe que todo ciudadano de 20 a 50 años de edad, que cambia de domicilio, está en la obligación de comunicar el cambio tanto al Teniente Político de la parroquia en donde está radicado como al de aquella a donde va a domiciliarse; en la práctica esto no se cumple, a pesar de que el art. 72 de la misma ley impone la pena de prisión de 10 a 30 días y multa de 100 a 300 a quien no cumple la prescripción legal. De todas estas disposiciones se concluye igualmente que el domicilio se integra de los dos elementos: residencia, y ánimo de permanecer, el cual puede ser presumido o manifestado expresamente.

75.— Domicilio presunto.

Cuando el ánimo de permanecer no se manifiesta directamente, es preciso persumirlo, tenemos entonces un "ánimo presuntivo", y el correspondiente "domicilio presuntivo" o presumido.

Los artículos 55 y 56 nos dan los dos criterios fundamentales para presumir la voluntad o ánimo de permanecer y ellos son: el hogar y el trabajo. El art. 56 indica además que no se pierde el domicilio por el hecho de ausentarse de él, si se mantienen aquellos elementos de conexión o vinculación con el lugar del domicilio. Y el art. 54 señala algunos casos en los que no puede presumirse el ánimo de permanecer, ni por consiguiente el domicilio, asimismo por no existir esos vínculos domésticos o de trabajo con un lugar. Luego, con toda seguridad podemos decir que trabajo habitual y hogar familiar son los dos elementos conocidos de los cuales parte de deducción o presunción del ánimo de permanecer. Dicen así dichos artículos:

Art. 54: "No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar en él un individuo, por algún tiempo, casa propia o ajena, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante".

Art. 55: "Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tien-

da, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, y por otras circunstancias análogas".

Art. 56: "El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, siempre que conserve su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto a un paraje determinado, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios".

El primer problema que plantean estos artículos es el de saber qué clase de presunciones contienen: si simplemente legales, o si también lo son de derecho. Algunos autores han llegado a sostener incluso que más que presunciones son verdaderas ficciones, porque existe domicilio en los casos mencionados por la ley, aunque el individuo no tenga realmente la residencia en ese lugar, o no tenga el ánimo de permanecer.

No creo que se pueda acentar que los artículos transcritos contengan en todo caso ficciones. A lo más, es admisible considerar una ficción el caso del que, conforme al Art. 56, conserva su domicilio en el lugar donde mantiene su familia y el principal asiento de sus negocios, a pesar de estar ausente de ese lugar, inclusive "por largo tiempo". En este caso, evidentemente falta el elemento material —el "corpus"— del domicilio, y sin embargo, el Código finge su existencia para los efectos jurídicos.

Nos hallamos, pues, ante presunciones legales. El mismo Código emplea la palabra "presumir", "se presume". Pero, ¿son presunciones simplemente legales, o legales y de derecho?. Además, cabe también preguntarse, si es posible hacer otras presunciones judiciales que completen eventualmente las anteriores.

Las reglas contenidas en el Art. 54 parecen referirse a la presunción judicial del domicilio (cfr. Art. 1765), ya que respecto de la presunción legal, parece absurdo que el Código tenga que decir cuando *no* existe. Si presunción legal es la contenida en la ley, aquella cuyos antecedentes o circunstancias que dan motivo para la presunción están determinados por la ley (Art. 37), entonces es evidente que sería ocioso que la misma ley dijera cuando *no* se presume algo. Luego, el Art. 54 se refiere más bien a las presunciones judiciales. Y entonces podemos admitir que el juez realmente sí puede considerar a una persona domiciliada en un lugar cuando además de habitar en él existan otras razones para considerarlo arraigado, es decir, cuando precisamente no existan las circunstancias previstas en el Art. 54, que son las que hacen presumir la transitoriedad de la residencia de un individuo. Tal sería, por ejemplo, el caso de quien, no tiene hogar doméstico y se halla recluído en un hospital por largo tiempo, o detenido o preso en una cárcel, etc.; en tales circunstancias, no se presume po-

sitivamente el domicilio en el lugar de residencia por parte de la ley, pero como no obsta la presunción negativa de la ley, bien podría el juez presumir tal domicilio por una presunción simplemente judicial.

En cuanto a las presunciones positivas, fundadas en que un individuo tenga en un lugar el asiento principal de sus negocios y su hogar doméstico, considero que se trata de presunciones legales y de derecho, porque ambos elementos son los que arraigan a una persona en un lugar, de modo que quien los tenga en un lugar, tiene los elementos mismos constitutivos del domicilio, y no cabría demostración en contrario. Esto, sin embargo, se refiere solamente al domicilio general, ya que, como veremos, bien puede demostrarse que una persona tenga domicilio especial en lugar distinto de aquel en el cual vive con su familia y tiene su trabajo habitual.

Por el contrario, cuando solamente existe uno de esos elementos de conexión, opino que la presunción sí admitiría prueba en contrario. Más aún, entonces sería necesario recurrir a otras consideraciones para fijar el domicilio de una persona. Si alguien tiene en una ciudad su familia y trabaja habitualmente en otra ,no podemos arbitrariamente reconocer que su domicilio general está en el uno o en el otro sitio, sino que un conjunto de otros factores nos resolverán a inclinarnos a favor del uno o del otro como sitios del domicilio general de esa persona.

Otro concepto que es preciso aclarar, y que tiene aplicación en los tres artículos mencionados (54, 55 y 56), es el de "largo tiempo". No se presume el ánimo de avecindarse por el simple hecho de habitar largo tiempo en un lugar (si se mantiene el hogar o el centro de los negocios en otra parte), ni se pierde el domicilio por una ausencia de largo tiempo (si queda el hogar o el trabajo allí), y en cambio se adquiere domicilio por el hecho de aceptar "un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo" (Art. 55). Luego, ¿qué se entiende por largo tiempo?

Ya que los cargos civiles de más largo tiempo fijo duran en el Ecuador 4 o seis años (Presidente de la República, Ministro de la Corte Suprema, etc.), parece que podemos considerar como largo tiempo el de cuatro años, para esta materia.

La libertad de domicilio está limitada por la facultad extraordinaria que la misma Carta Política confiere al Presidente de la República en casos de estado de sitio, de confinar a un individuo en un lugar distinto del de su domicilio (Art. 186 Nº 9), pero con ciertas limitaciones a su vez. El confinado, mantiene el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia. No se habla en este caso del trabajo, es decir que se da predominio a la familia.

La "sujeción a la vigilancia especial de la autoridad", a la que se refiere el Art. 61 del Código Penal, es una sanción que obliga a un individuo, entre otras cosas, a no cambiar su residencia sin permiso de la autoridad, de tal modo que parece determinar un domicilio

obligatorio. Y cosa similar sucede en los casos de libertad condicional (Art. 87 del Código Penal).

Para ciertos efectos especiales, la ley puede presumir un domicilio también especial. Así por ejemplo, en el Art. 487 del Código de Comercio establece que si no se indica nada de modo especial en un pagaré a la orden, se considerará el lugar de emisión del documento, como lugar del pago y, al mismo tiempo, como lugar de domicilio del suscriptor.

76.— Domicilio Legal.

Hasta aquí nos hemos referido al domicilio que podríamos llamar voluntario, porque se constituye mediante la residencia y la voluntad de permanecer. Normalmente se reside donde se quiere; por lo menos jurídicamente hablando. Pero, aparte de ese domicilio general, cabe también que algunas personas tengan su domicilio civil general en ciertos lugares que la ley señala, y entonces se constituye el domicilio legal, para el que no se precisa tener allí, necesariamente, la residencia, ni querer permanecer en ella.

El domicilio legal depende de dos órdenes de causas: o bien porque un individuo tiene ciertas profesiones o cargas, o por sus relaciones de dependencia familiar o social.

Nuestro Código Civil se refiere de modo expreso a las funciones eclesiásticas y a las de la fuerza pública:

Art. 57: "Los obispos, curas y otros eclesiásticos obligados a una residencia determinada, tienen su domicilio en ella".

Art. 59: "El domicilio de los individuos de la fuerza pública en servicio activo, será el lugar en que se hallaren sirviendo".

En cuanto al caso de los obispos, curas y demás eclesiásticos cuya residencia obligada constituye domicilio legal, cabe decir que esto se encuadra perfectamente en el régimen de relaciones entre Iglesia y Estado y de reconocimiento de la vigencia u obligatoriedad del Derecho Canónico. Otro caso similar encontramos en el Art. 539 del Código Civil que enumera entre las incapacidades para ejercer las guardas "relativas a profesiones, empleos y cargos públicos", las de quienes "pertenecen al fuero eclesiástico".

Del mismo modo que los eclesiásticos (Art. 57) y los militares (Art. 59), los jueces están obligados a residir en el lugar en el que ejercen su cargo y allí tienen su domicilio, aunque el Código no lo haya dispuesto expresamente. La Ley Orgánica de la Función Judicial en el Art. 9 dispone que los jueces no pueden ausentarse de su residencia habitual sin permiso, y lo propio se ordena en el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial de la Policía Civil, y en el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Función Judicial de las Fuerzas Armadas.

La Ley de situación Policial y Ascensos de la Policía Civil (Arts. 45 y 48), y la Ley de situación Militar (Art. 18), indican la

estabilidad que los miembros de la fuerza pública deben tener en los lugares de su destino.

En cuanto al domicilio de las personas que están sometidas a una potestad (sea la patria potestad o la potestad marital), o a una guarda (tutela o curaduría), es de derecho universal que tengan su domicilio donde lo tiene su representante legal: padre, madre, marido, tutor o curador.

Art. 63: "La mujer casada que no estuviere en el caso de separación conyugal judicialmente autorizada, sigue el domicilio del marido, mientras éste resida en el Ecuador".

Art. 64: "El que vive bajo la patria potestad sigue el domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela o curanduría, el de su tutor o curador".

El fundamento del Art. 63 se halla en el hecho de que el marido es el jefe del hogar, el representante de la mujer, y tiene el derecho de que ella traslade su residencia a donde él viva mientras ese lugar no entrañe peligro inminente para la vida de la mujer (Art. 157 Código Civil). Por esto mismo resulta sorprendente que el Art. 63 limite el domicilio legal de la mujer al territorio nacional, es decir, que si el marido traslada su domicilio al exterior, la mujer, ya no tiene el domicilio legal del marido por el sólo hecho de ser su mujer. Esto no quita, desde luego, a que si la mujer ecuatoriana sigue a su marido, traslada su residencia al mismo lugar que él en el exterior, no tenga entonces también el domicilio del marido, pero ya no será un domicilio legal, sino más bien voluntario.

Otra importante excepción al principio del Art. 63 según el cual la mujer casada sigue el domicilio del marido, radica en que para el juicio de divorcio se considera que la mujer tiene domicilio en el lugar de residencia, aunque el marido esté domiciliado en otro lugar; así lo establece el Art. 140 del Código Civil.

Si bien el Art. 63 considera como excepción a la regla general únicamente el caso de la separación conyugal, creo que también en otros casos en que la mujer casada (Art. 175 Código Civil) tiene plena capacidad civil puede al menos tener domicilio o domicilios especiales para los asuntos respecto de los cuales goza de capacidad, como serían los relativos a la administración de los bienes que administra separadamente o en virtud de exclusión de bienes, o los atinentes a la profesión u oficio que con el permiso del marido ejerza.

Por otra parte, para pedir la separación conyugal la mujer casada menor de edad necesita de curador especial según el Art. 186. Probablemente, pues, desde el momento en que tiene curador tiene también domicilio especial para todo lo relacionado con la separación en el domicilio del curador. Si una vez separada continúa teniendo alguna causa de incapacidad, necesita también de curador (Art. 190) y seguirá el domicilio de éste.

Claro Solar plantea el problema de cuál será el domicilio de los cónyuges, cuando el marido ha sido puesto en interdicción y se nom-

bra curadora a la mujer. La respuesta es evidente: entonces es el marido quien sigue el domicilio de la mujer, ya que ella es su representante legal, y viene a ocupar el puesto preminente en la jerarquía del hogar.

Más difícil es el caso que se produce cuando el marido puesto en interdicción queda bajo la curaduría de otra persona. El mismo Claro Solar distingue entonces dos situaciones: a) si el curador asume también la administración de los bienes de la mujer, cree que ella sigue el domicilio del curador de su marido; b) pero si la mujer hace uso del derecho de separar sus bienes para administrarlos por sí misma, entonces tendrá domicilio propio. La solución parece justa y razonable, aunque no hay un fundamento positivo directo para sostenerla. La misma opinión sostiene Borja.

En cuanto a los menores de edad, no hay mayor dificultad: su representante legal es quien les da su domicilio. Sin embargo puede haber problema en el caso de menores que de hecho carezcan de representante legal. Planiol y Ripert a este propósito dicen: "El hijo no reconocido, resulta domiciliado en la casa de la persona que lo recoge a título permanente o en el hospicio en que haya sido depositado"; y esta solución es igualmente aceptable conforme a nuestro sistema jurídico.

Una situación similar a la de los hijos de familia es la de los criados, según el Art. 65:

Art. 65: "El domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella; sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes".

Este artículo es una consecuencia o aplicación directa del Art. 53: si una persona reside en un lugar y tiene allí el centro principal de su oficio, y además, en cierto modo ese es también su hogar doméstico, es evidente que en él tiene su domicilio; y ese es el caso precisamente de los criados y dependientes que viven con sus amos.

El Art. 212 del Código del Trabajo define lo que es servicio doméstico: "El que se presta, mediante remuneración a una persona que no persigue fin de lucro y sólo se propone aprovechar, en su morada, de los servicios continuos del trabajado para sí solo o su familia, sea que el doméstico se albergue en casa del patrono o fuera de ella". Sin embargo, para adquirir el domicilio del patrono, se requiere vivir en la misma casa. Y precisamente cuando sucede esto, es cuando el servicio doméstico se considera como incorporado a la familia, de donde se justifica su domicilio legal.

Además, se requiere que esas personas de servicio, sean mayores o estén emancipadas, y que no se trate de mujeres casadas, porque si no se cumplen estas condiciones, entonces el domicilio del representante legal es prevalente sobre el del patrono, como claramente lo dice la última parte del Art. 65.

Finalmente, quien no tenga domicilio en ninguna parte se considera domiciliado en el lugar de su residencia. Tenemos aquí un úl-

timo caso de domicilio legal, señalado por la Ley, sin que existan los elementos normales del domicilio. Así lo declara el Art. 60.

Art. 60: "La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no lo tuvieren en otra parte".

La regla de que a falta de domicilio la residencia vale como domicilio es prácticamente universal. El Código Sánchez de Bustamante la recoge también, en el Art. 26: "Para las personas que no tengan domicilio, se entenderá como tal el de su residencia, o donde se encuentren". Esta regla considera, pues, aún el caso de quien no tiene ni siquiera una residencia con cierta estabilidad, por esto dice "o donde se encuentran".

Para los efectos judiciales, concretamente para las demandas, el Código de Procedimiento Civil dispone en el Art. 28 que "el que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se encuentre". Y el Art. 435 del Código de Procedimiento Penal ordena que al indiciado que no tenga domicilio fijo se le hará comparecer valiéndose de la policía, o sea capturándolo donde se encuentre.

La falta de domicilio fijo, unida a otras circunstancias, determina la figura jurídica del vago, que define el Art. 358 del Código Penal, para reprimir dicha inestabilidad que se presta a toda clase de abusos.

77.— Domicilio especial.

La doctrina, apoyada en múltiples disposiciones de la ley, concluye con razón que una persona solamente puede tener un domicilio general. Pero bien puede tener además uno o varios domicilios especiales. Los artículos 58 y 62 permiten esta posibilidad:

Art. 58: "Cuando concurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, varias circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, sólo ésta será, para tales casos, el domicilio civil del individuo".

Art. 62: "El domicilio parroquial, cantonal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, etc.; y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes o decretos A falta de disposiciones especiales en dichas leyes o decretos, se adquiere o pierde según las reglas de este Título".

El domicilio especial puede establecerse sea por el simple helos jueces y tribunales para el asunto correspondiente. El Art. 29 del Código de Procedimiento Civil dice así: "El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Pero si se trata de cosas que dicen especial relación a uno de dichos domi-

cilios exclusivamente, sólo el juez de éste será competente para tales casos". Existe también jurisprudencia en este sentido.

El domicilio especial pued establecerse sea por el simple hecho de tener algún trabajo, industria, etc. circunscrito precisamente a un lugar, o bien por medio de un acto expreso como sucede en muchos contratos. Por ejemplo, una persona que tiene su hogar doméstico y el centro principal de sus negocios en Quito, tiene en esta ciudad su domicilio general, pero para los asuntos relacionados con la explotación agrícola de su hacienda puede tener domicilio especial en donde está situada aquella aunque su dueño no se traslade a ese lugar sino esporádicamente o nunca. Y esta misma persona puede señalar domicilio especial, por ej., en Guayaquil, para todos los efectos de un contrato de exportación de sus productos agrícolas.

También puede tener domicilio especial quien tiene domicilio general donde su representante legal. Así sucede con la mujer casada que ejerce el comercio con autorización de su marido, cuyo domicilio general es el domicilio legal de la mujer casada, pero que no obsta a que adquiera ella un domicilio especial para lo relacionado con esa actividad jurídicamente válida.

Al decir el Art. 62 que las leyes que "constituyen derechos y obligaciones especiales", son las que determinan el respectivo domicilio especial para el ejercicio de esos derechos o el cumplimiento de tales obligaciones, no se refiere solamente a las obligaciones civiles (que conforme al Art. 1490 también pueden tener su origen, o nacer de disposición de la ley), sino en general a la necesidad de cumplir deberes jurídicos, tales como la "obligación" de votar en los comicios públicos, o la de desempeñar ciertos cargos; éstas no son obligaciones civiles sino políticas, y las correspondientes leyes de Derecho Público (Ley de Elecciones, Constitución, Ley de Régimen Administrativo, Municipal, etc.), son las que regulan esas "obligaciones". El Código Civil tiene en esto, como en general, frente a las leyes especiales, una función supletoria: es aplicable solamente a falta de disposición en las correspondientes leyes.

78.— Domicilio voluntario contractual.

Frente al domicilio legal —impuesto por la ley— está el que cada uno puede escoger: voluntario. Y el domicilio voluntario a su vez puede establecer o bien porque una persona escoja un lugar para su residencia y tenga la intención de permanecer en ella, o bien por un acto expreso o declaración de voluntad, principalmente por medio de un contrato. Este último es el domicilio contractual, que está autorizado por el Art. 61 del Código Civil:

Art. 61: "Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato".

Ya que el domicilio origina determinadas obligaciones o responsabilidades, es lógico que se pueda escoger contractualmente domicilio para los efectos del mismo contrato. Esto se desprende de la misma definición de contrato contenida en el Art. 1491 del Código Civil: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"; luego cada parte debe establecer a qué se obliga y en qué medida. Aunque naturalmente esa libertad contractual tiene límites, y el principal de ellos es, en el campo jurídico, el respeto debido al orden público.

El respeto al orden público impide que pueda establecerse arbitrariamente un domicilio contractual en contravención de las leyes o para eludir el cumplimiento de deberes que se consideran fundamentales para una sociedad. Tal sería el caso del contrato en el que se se estableciera un domicilio voluntario en el exterior, para eludir la jurisdicción ecuatoriana sobre los actos que naturalmente están sometidos a ella, y sin que exista ningún elemento de conexión con el país extranjero arbitrariamente escogido como domicilio para los efectos de tal contrato. En una palabra, no se puede escoger domicilio contractual sino dentro de los límites del respeto al orden público y siempre que no lo impida la ley.

El domicilio contractual no puede incluirse en la definición de domicilio que da el artículo 50, puesto que no se requiere ni que la persona resida en él, ni tampoco que tenga la intención de permanecer, y mucho menos, que las dos condiciones coexistan; basta la voluntad manifestada en un contrato para que surja este domicilio especial.

El domicilio contractual tiene efectos en el plano estrictamente civil y también en el procesal. El principal efecto civil consiste en que el contrato debe cumplirse normalmente en el lugar del domicilio fijado. Y en el campo procesal lo más importante es que puede demandarse algo relativo al contrato ante los jueces de ese domicilio contractual.

En nuestro derecho positivo no cabe duda de que, por lo menos en algunos casos, la ley considera la posibilidad de la determinación tácita de domicilio contractual; así el Art. 411 del Código ed Comercio establece que si en una letra de cambio no se ha establecido otra cosa, se entenderá que el nombre del lugar que se haya escrito junto al nombre del girado, es el de su domicilio, el Art. 487 establece algo semejante para los pagarés a la orden: el lugar de la emisión se considera dimicilio del deudor, si no se establece otra cosa.

Naturalmente, la facultad de fijar domicilio en un contrato no implica la obligación de hacerlo; y como de hecho es frecuente que no se use tal facultad, la ley se encarga de disponer supletoriamente donde deben cumplirse las obligaciones; así el Art. 1640 del Código Civil establece que el pago debe hacerse en el lugar designado en la convención, pero si no se ha estipulado el lugar del pago, el Art. 1641 da varias reglas para determinarlo, y una de ellas es el domicilio del

deudor que en esta forma se convierte en domicilio supletorio del contractual.

A veces puede resultar obligatorio el fijar domicilio voluntario o convencional; tal sucede en los juicios para el efecto de recibir las notificaciones, y según el Art. 2367 del Código Civil, el que está obligado a prestar fianza debe elegir domicilio dentro de la circunscripción de la respectiva Corte Superior. El que va a ejercer el comercio debe inscribir la matrícula en el cantón, y para ello "señalar el lugar donde va a establecerse" (Art. 22 Código Comercio).

Declarar el domicilio en un contrato, no es lo mismo que escoger o fijar domicilio contractual; sin embargo, los efectos son análogos. Así el Art. 763 del Código de Comercio obliga a quien celebra contrato de fletamiento a que se exprese en él los domicilios de las partes; y si una de ellas declarara un domicilio falso, tal declaración produciría el efecto de constituir efectivamente un domicilio especial, aunque sólo obligatorio para el que hizo la declaración falsa, ya que nadie puede beneficiarse por sus propios actos ilegales, y por consiguiente, la otra parte podría demandar, cumplir sus obligaciones, etc. sea en el domicilio verdadero de quien hizo la falsa declaración o en el domicilio falsamente declarado, según más le convengan al que actuó de buena fe.

Además de los contratos, hay otras formas de establecer domicilio voluntario. La más notable es la indicada en el Art. 80 del Código de Procedimiento Civil: "Todo el que fuere parte en un procedimiento judicial designará la habitación en que ha de ser notificado..."; para los efectos procesales, esto quivale a la constitución de un domicilio voluntario mediante declaración unilateral de voluntad, no contractual. Igual es el caso del postor en un remate, que debe señalar su domicilio en la postura (Art. 492 Código Procedimiento Civil), y no hay inconveniente para que dicho domicilio sea arbitrario, libremente escogido por este acto que tampoco es contractual.

El indiciado y su fiador, en los juicios penales, tienen también que designar lugar para las notificaciones, lo que equivale a domicilio especial voluntario, para esos efectos. (Art. 159 Código Procedimiento Penal y Art. 100 del Código Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional).

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el Código Sánchez de Bustamante, reconoce también la facultad de escoger domicilio en un contrato; pero no pueden las partes sustraerse a la competencia de los jueces en las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles si la ley del lugar de su situación prohibe la sumisión voluntaria a otra jurisdicción (Art. 318). Ya he dicho que la sumisión voluntaria no puede ir contra el orden público.

Las personas jurídicas que desean fijar su domicilio en el Ecuador, no basta que así lo digan en el contrato social. Cada una, según su naturaleza debe cumplir los requisitos exigidos por la ley.

Una forma especial de constitución de domicilio contractual es

la llamada "renuncia de domicilio". Esta equivale a dejar a la voluntad de la otra parte el derecho de considerar como domicilio del deudor cualquier lugar en el que el acreedor desee exigir la obligación, aún judicialmente. Renunciar al domicilio equivale a renunciar al fuero competente por razón del domicilio propio.

CAPITULO X

PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

79.— Existencia natural de la persona.

La existencia de la persona humana, al menos para los efectos jurídicos, supone la vida. Es persona todo individuo de la especie humana, pero con la condición de que viva. Si todavía no ha llegado a la vida, no es más que una posibilidad; si ha muerto, ha dejado de ser persona jurídicamente hablando.

Por consiguiente, tiene suma importancia la determinación del momento inicial y final de la vida.

Existe vida desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir, desde el momento en que se unen alma y cuerpo para formar esta substancia compuesta que es el hombre.

Termina la vida con la separación de los dos elementos constitutivos del hombre: el cuerpo pasa a ser cadáver y el alma separada del cuerpo al que está destinada espera la resurrexión. Ni el alma ni el cuerpo, en este estado de separación, son propiamente persona.

Pero así como la vida misma es un misterio natural (no en el sentido teológico de "misterio"), así también lo es el momento del principio y del final de la vida. Unicamente conocemos de modo indirecto, a través de manifestaciones externas, cuando ha comenzado una vida y cuando ha dejado de existir, sin que sea posible precisar con exactitud el instante mismo.

En lo referente al principio de la vida humana, existen varias teorías que pretenden señalar cual es el momento de la animación, esto es, de la unión del alma al cuerpo:

A) Animación antes de la concepción: "Como una consecuencia del preformismo —dice Navarro Rubio—, según el cual el organismo, con todas sus partes, se halla ya contenido en el germen, se originó la teoría del "emboitement" (encajonamiento), defendida especialmente por Bonet. Suponía este autor que cada germen, no sólo era principio de la generación sucesiva, sino también de todas las generaciones futuras hasta la consumación del género humano". Muchos naturalistas, han sostenido que es posible la animación antes aún de la concepción, entre ellos Malpighi, Buffon, Cuvier, etc., y entre los

filósofos, sostuvieron esta teoría Malebranche y Leibnitz. Hoy día nadie la considera probable.

B) Animación al momento de nacer. Platón, Asclepiades, Protágoras y algunos médicos judíos hasta bien entrada la Edad Moderna, pensaban que el cuerpo recibía el alma en el momento en que empezaba a respirar. Tampoco esta doctrina tiene ahora seguidores, por múltiples razones de orden biológico y filosófico. Además es una teoría que fácilmente conduce a las conclusiones más inmorales, ya que antes del nacimiento, si el feto no vive, si no tiene alma, no pasaría de ser una parte del cuerpo de la madre o un ser sin vida, de modo que el aborto provocado no sería crimen.

C) Animación después de la concepción pero antes del nacimiento. Aristóteles y Santo Tomás sostienen con argumentos embriológicos y filosóficos la "animación retardada", o sea, cuando el feto ha alcanzado algún desarrollo: a los 40 días si es varón, o a los 90 si es mujer; solamente cuando el cuerpo llega a una organización apropiada para recibir al alma que es su forma sustancial, solamente en ese momento se produciría la unión del alma al cuerpo.

D) Animación el momento de la fecundación. La mayoría de los autores modernos aprovechan de los argumentos filosóficos de Aristóteles y Santo Tomás, y con los mejores conocimientos embriológicos de nuestros días, sostienen que el momento mismo de la fecundación existe ya una organización compatible con la unión a un alma, más aún, que existe ya desde ese instante una vida que exige el correspondiente principio vital que es el alma.

Descartadas, pues, las dos primeras teorías que parecen incompatibles con el estado actual de la ciencia y con los sanos principios filosóficos, quedan las dos últimas teorías como más probables, aunque ninguna de las dos tiene a su favor argumentos apodícticos o irrebatibles. Sigue, pues, siendo un misterio el momento preciso de la animación. Además, aúnque se aceptara la teoría que parece más probable, de la animación en el momento de la fecundación, tampoco es posible saber con precisión en qué instante se produce la fecundación, de modo que queda oculto el principio de la vida natural del hombre.

Por otra parte, el Derecho tiene que establecer sus reglas sobre hechos ciertos y bien determinados, y no sobre meras suposiciones o conceptos aproximativos, así es como en general, toma en cuenta, como punto de partida más bien el nacimiento, sin desconocer ni mucho menos la vida anterior, a la cual también protege, pero de manera distinta, como luego veremos.

80.— Principio de la existencia legal.

Aunque el ideal sería la exacta coincidencia entre el principio de la existencia natural y la legal, sin embargo, como no es posible precisar el momento de la animación, el derecho tiene por fuerza que pre-

ferir el nacimiento como dato de hecho para iniciar la personalidad legal de los hombres.

Ahora bien, es necesario definir qué se entiende por nacimiento, y esto tampoco carece de problemas. Efectivamente, el alumbramiento de una criatura que nace muerta no puede considerarse como principio de existencia legal de una persona, y constituye un serio problema el de saber si el nacido está o no vivo el momento de nacer, si ha muerto antes, o no ha tenido vida, o si ha muerto poco después de nacer.

La diferente manera de considerar el nacimiento con relación al principio de la existencial legal, ha dado origen a las doctrinas llamadas de la vitalidad y de la viabilidad.

La doctrina de vitalidad sostiene que para que el nacimiento constituya principio de existencia legal se requiere que una criatura humana nazca viva.

En cuanto a la determinación de este hecho o condición de nacer *con vida*, puede probarse de varias maneras.

Ya entre los romanos, se dividían las opiniones de los sabinianos y los proculeyanos también en lo relativo a este punto, puesto que mientras los unos exigían como signo indiscutible de vida el llanto de la criatura, para los otros bastaba cualquier movimiento para probar la vida. Ninguno de los dos criterios es absoluto.

Hoy día se conocen procedimientos experimentales para establecer si una criatura vive, y, lo que puede ser más valioso aún, para determinar si ha vivido. Consisten en análisis de órganos, tejidos, etc., pero en la vida corriente puede resultar muy difícil practicar tales experimentos, de modo que la dificultad subsiste en la práctica.

Otro sistema para comprobar la vida del recién nacido puede ser el de exigir que los fenómenos vitales se manifiesten durante un cierto tiempo, de forma que no dejen lugar a dudas sobre su verdadera entidad. El Código Civil ecuatoriano requiere, siguiendo esta doctrina, la sobrevivencia de 24 horas a partir del nacimiento.

Por otra parte, el sistema de la viabilidad exige que nazca una criatura "viable", es decir con aptitud para continuar viviendo. Aunque haya manifestaciones de vida en el recién nacido, si carece de órganos esenciales, como los pulmones o el hígado, etc., para los partidarios de esta doctrina, no habría principio de existencia legal. Según Alessandri, la doctrina de la viabilidad se basa "en un pronóstico, no en un hecho", y considera que la exigencia de sobrevivir 24 horas, contenida en nuestro Código, es una aplicación, y aplicación arbitraria de la doctrina de viabilidad, ya que no hay razón para negar la existencia legal al que sobrevive doce horas, o seis, o una o cinco minutos.

La teoría de la viabilidad es menos compatible con el supremo respeto que merece la vida humana, el hombre mismo por su dignidad de ser racional. Fácilmente puede conducir al abuso de no considerar persona al niño defectuoso o enfermizo. Resulta, muy difícil determinar hasta qué punto una criatura no tiene aptitud para la vida, y de

allí se puede incurrir en toda clase de afirmaciones antojadizas. Además, y sobre todo, hay que tener presente que el fin de la vida humana no consiste en prolongarse tal o cual tiempo, para que pueda negarse la personalidad a quien no vive sino escasos momentos. Tampoco puede pensarse que el fin de un individuo es ser sano o fisiológicamente perfecto; aún en el plano simplemente natural el destino del hombre trasciende inmensamente esos reducidos márgenes, y si se considera el destino superior del hombre, como hijo de Dios, dotado de alma inmortal, entonces se concibe claramente cómo el hecho de la deformidad, la debilidad o la enfermedad no pueden ser obstáculo para que se reconozca la plena personalidad de un niño.

El derecho de los pueblos civilizados rechaza unánimemente el sistema de la viabilidad. Sólo la monstruosa deformación de las conciencias a las que llevan algunas doctrinas totalitarias como el nazismo o el comunismo pueden hallar todavía en el sistema de la viabilidad un apoyo a sus descabellados proyectos racistas o eugenésicos.

Examinemos ahora cuál es el sistema de nuestro Código:

Art. 66: "El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos, desde que fué separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás".

El proyecto de Don Andrés Bello, que fué aceptado en el Código Chileno, exige para que comience la existencia legal únicamente la completa separación de la madre y la sobrevivencia de un instante, esto último como prueba de que la criatura ha nacido viva.

En cambio el Código ecuatoriano, sigue el sistema de las leyes españolas, de la Nueva Recopilación, y que posteriormente sería recogido también por el Código Español.

Las veinticuatro horas que nuestro Código exige que sobreviva una criatura para que se considere que desde que nació ha tenido existencia legal, no deben interpretarse —a mi modo de ver—, como admisión del sistema de la viabilidad. Esas 24 horas no se piden como demostración de que el niño puede seguir viviendo, sino simplemente de que ha nacido vivo.

El Código Chileno, siguiendo a Bello, exige la sobrevivencia de un instante. Pero, aparte de que es muy relativo lo que debe entenderse por "un instante", los signos (al menos los más vulgares, como el movimiento) de vida en un momento fugaz no son prueba inequívoca de su existencia.

Quizá nuestro Código peca por el extremo contrario al chileno, al exigir una supervivencia demasiado larga —24 horas—, como única prueba admisible del nacimiento de una criatura viva.

Se objeta a nuestra ley que el término de 24 horas es totalmente arbitrario. Y realmente lo es. Pero cualquier otro que se fijara también lo sería, y lo es igualmente el "instante", requerido por

el Código Chileno. Quizá lo prudente sería, sin embargo, disminuir esa larga prueba de la vitalidad (24 horas) a un término menor.

81.— Protección de la vida del que está por nacer.

Si bien la existencia legal comienza con el nacimiento (y siempre que se cumplan las condiciones vistas), esto no significa que el derecho desconozca los inviolables derechos de la persona humana antes de nacer. El Derecho positivo tiene que acoger los superiores dictados del Derecho Natural. Si bien para los efectos civiles el no nacido no es aún persona, sin embargo desde que un alma racional informa un cuerpo humano, la ley debe respetar y proteger esa vida.

Efectivamente, nuestro Código reconoce la realidad de la existencia natural de la persona humana antes de ser persona jurídicamente hablando. Así lo proclama el Art. 67 del Código Civil:

Art. 67: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento".

En términos generales conviene advertir que la protección de la vida del "nasciturus" es amplísima y se desarrolla por medio de disposiciones civiles y penales, de medidas preventivas y represivas o punitivas, con la intervención de autoridades sea a petición de cualquier persona o aún de oficio.

La protección de la vida del que está por nacer, se halla garantizada por el precepto constitucional del Art. 30: "El Estado protegerá al hijo desde su concepción".

En el plano estrictamente civil las reglas para el caso de divorcio —aplicables también a la separación conyugal—, contenidas en los Arts. 214 a 220 del Código Civil, constituyen una aplicación práctica de la facultad concedida al juez para que tome "todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido". Esas medidas, desde luego, tienen además otro alcance, otras finalidades, que estudiaremos en su punto, pero se dirigen también a la protección de la vida. El juez puede, según dichos artículos: a) enviar a la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda; b) hacer que un médico o una obstetriz le asistan en el parto; c) hacer que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de confianza para el marido.

Además de esas medidas, el juez, puede disponer cualquiera otra que le parezca conveniente. Tales podrían ser, a modo de ejemplo, el internamiento de la mujer en una clínica u hospital, el señala-

miento de una pensión alimenticia suficiente para que la mujer mantenga su salud y la de la criatura, etc.

En el plano penal, el Art. 58 del respectivo Código, dice así: "Ninguna sentencia en que se imponga pena de reclusión se notificará a la mujer embarazada, sino 60 días después del parto". En forma muy humanitaria se evita hasta la impresión dolorosa que puede ser causa remota de un aborto.

El Art. 417 del Código Penal sanciona con reclusión menor de tres a seis años el aborto intencional en el que "no ha consentido la mujer". Igualmente se pena en el Art. 418 al que sin intención directa de causar el aborto sin embargo, con conocimiento del efecto que se puede producir, emplea violencias que realmente provocan un aborto.

En cambio, si la mujer ha consentido en el aborto la pena para el autor del delito es más leve: de dos a cinco años de presión (Art. 419). La pena para la misma mujer que consiente o causa por sí misma el aborto es también de uno a cinco años de prisión. Y si incurre en ello "para ocultar su deshonra" se le rebaja a prisión de seis meses a dos años. Todas estas penas en algunas circunstancias (si el autor es médico, etc., o si se sigue la muerte de la madre), se agravan y pueden llegar hasta la reclusión mayor extraordinaria.

No se puede provocar directamente de ningún modo la muerte de una persona inocente. No se puede, por lo mismo, ni matar a la madre para salvar al hijo, ni matar al hijo para salvar a la madre. Un médico consciente debe agotar medios para salvar ambas vidas, y solamente está libre de responsabilidad moral, si empleando medios lícitos y conducentes a salvar ambas vidas, sin embargo, se produce la muerte de uno o ambos sujetos, como efecto secundario, aunque sea previsto, pero no directamente querido.

La protección del que está por nacer se completa en el aspecto penal con la sanción a quien atenta a la vida del ya nacido, pero que todavía no puede defenderse por sí mismo. El infanticidio está incluído en nuestro Código Penal en las figuras delictivas más amplias del homicidio o del asesinato, según los casos, y puede ser penado hasta con la reclusión mayor extraordinaria, de 16 años, (Art. 428); pero también si es cometido por la madre o por los abuelos maternos para ocultar la deshonra de aquella, se rebaja la pena a reclusión menor de 3 a 6 años (Art. 429). Demasiado indulgente resulta en este punto nuestra ley.

También protege la vida del recién nacido —y de los niños en general—, el Art. 450 del C. Penal que castiga con prisión de un mes a un año al que abandona a un infante en un lugar solitario "y los que lo hubieren expuesto o hecho exponer, siempre que no sea en un hospicio o en una casa de expósitos".

82.— Derechos evetnuales del no nacido.

La ley protege no solamente la vida sino también otros dere-

chos que corresponderán al *nasciturus* una vez que nazca y principie su existencia legal. Así lo declara el Art. 69 del Código Civil:

Art. 69: "Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 66 inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

Mientras un niño no nazca y sobreviva veinticuatro horas no comienza, según nuestro sistema, su existencia legal; luego, solamente hay la probabilidad de que llegue a ser persona. Pero esta posibilidad es suficiente para que se deban reservar los derechos que le corresponderán si cumple esas condiciones. Tales derechos están en suspenso, hasta que se cumplan las condiciones de nacer con vida y sobrevivir 24 horas, y entonces, cumplidas esas condiciones, se atribuyen a la nueva persona esos derechos.

Los derechos que se mantienen en suspenso, se atribuyen, una vez que la persona comienza a existir legalmente, pero se confieren con efecto retroactivo, como si los hubiera tenido desde el momento mismo en que se crearon o trasmitieron los derechos.

Los derechos del nasciturus serán normalmente hereditarios, sea que le correspondan como titular de una asignación forzosa (Art. 1224 Código Civil), o bien por efecto de una asignación testamentaria que según el Art. 1113 en todo caso debe recaer sobre personas ciertas y determinadas.

Nuestro Código habla de "suspensión de derechos", más no de obligaciones, del no nacido. Sin embargo, no sólo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente, por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla sólo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que principie a existir legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

Para proteger los derechos eventuales del que está por nacer se podría prohibir la enajenación de los bienes o pedir caución a quienes los tengan.

También se puede proceder a nombrar un curador de esos derechos eventuales. El padre puede dar guardador por testamento, no sólo para los hijos que va viven, sino también para el que todavía está en el vientre de la madre (Art. 396), para el caso de que nazca vivo, y también puede nombrar curador de los derechos eventuales del que está por nacer (Art. 498).

La protección de aquellos derechos eventuales incumbe también a los agentes fiscales y ministros fiscales, según lo establece el Art. 4 de la Ley de Patrocinio del Estado.

83.— Presunción de la época de la concepción.

El nacimiento (cuyo hecho y circunstancias son fácilmente probables, incluso por testigos), sirve de base, de antecedente lógico, de ese otro hecho anterior en el tiempo, pero que se deduce del nacimiento como una consecuencia lógica: la concepción. Ya que no se puede conocer el momento exacto de la concepción, por lo menos se deduce del nacimiento en qué época se ha verificado la concepción.

Como es importantísimo determinar la época en que se ha producido la concepción, porque de ello depende la calidad legal del hijo (legítimo o no legítimo), la ley ha creado una presunción, fundada en la observación de que el período de gestación normal del ser humano es de más o menos 270 días. Los médicos afirman que en ningún caso la gestación puede durar mucho más ni tampoco mucho menos. Precisamente el alumbramiento de un feto antes de su debida madurez, es lo que constituye el aborto, que significa la muerte de la criatura. La ley ha puesto unos límites bastante amplios para que no haya posibilidad de errar:

Art. 68: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

Nos hallamos ante una presunción legal y de derecho, es decir, que no admite prueba en contrario: nadie puede probar que una criatura haya tenido una gestación de más de trescientos días o de menos de 180 días. En este último caso se trataría de un aborto, pero no cabe que nazca vivo y sobreviva 24 horas el que no lleva ni 180 días en el vientre materno.

El momento de la concepción, o por lo menos el período dentro del cual pudo verificarse, es determinante de la calidad de hijo legítimo. Si al tiempo de la concepción la madre estaba casada el hijo se considera legítimo, y solamente el marido de la madre podría (mientras él vive) impugnar esa calidad legal.

La presunción del Art. 68 sirve, pues, de base para otra no menos importante: la del Art. 203 que declara que el "hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo". Como es lógico, el que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, ya puede haber sido concebido dentro del matrimonio. Si transcurre más tiempo, esa probabilidad aumentará, hasta convertirse en certeza plena si pasan 300 días desde la celebración. Sin embargo, aunque pasados los 180 días ya consta que *durante* el matrimonio ha sido o ha podido ser concebido, y en principio se considera que tiene por padre al marido de la madre, sin embargo éste puede demostrar que no es el padre y repudiar al presunto hijo, que no es suyo. Si consta que la mujer ha cometido adulterio durante la época en que

pudo verificarse la concepción, la impugnación de la falsa paternidad del marido (y consiguientemente de la falsa filiación legítima del hijo), se facilita, pero no basta la simple prueba del adulterio, porque a pesar del adulterio, el hijo puede también ser del marido.

Por otra parte, si el matrimonio se disuelve (por muerte, declaración de nulidad o divorcio), o si los cónyuges se separan con autorización judicial, y nace un hijo después de estos hechos, todavía puede haber sido concebido el hijo dentro del matrimonio ,siempre que el nacimiento se verifique antes de los 300 días del divorcio, muerte del marido, etc., ya que si nace después de 300 días, evidentemente todo el período en que pudo ocurrir la concepción cae íntegramente fuera del matrimonio. En el primer caso, el hijo se reputa legítimo, mas no en el segundo. Aunque en uno y otro caso se puede impugnar la calidad de legítimo que se atribuya falsamente el hijo, por haber sido engendrado por persona distinta del marido.

84.— Fin de la existencia.

Una de las normas más universales es la que considera a la muerte como el término final de la existencia jurídica.

Además, hoy día, prácticamente en todo el mundo, es la muerte la única causa de terminación de la existencia legal.

En el Derecho Romano la "capitis deminutio", sobre todo la llamada "máxima", significaba una terminación puramente jurídica o civil de la personalidad, sin que mediara la muerte.

En el Ecuador existió hasta 1936 la llamada "muerte civil", según el Art. 92 del Código Civil (Edición de 1930) que decía así: "Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne hecha conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica". Pero el Ingeniero Federico Páez, mediante Decreto Supremo que se publicó en el Registro Oficial Nº 209 del 12 de mayo de 1936 derogó dicho artículo y otros dos siguientes referentes a la muerte civil, estableciendo además que "Las personas consideradas como civilmente muertas, conforme a la abolida institución, gozarán, desde la fecha de la vigencia de esta Ley, de los derechos civiles inherentes a la personalidad humana, pero no podrán reclamar derecho alguno en los bienes que poseían antes del ingreso al instituto monástico, ni en las sucesiones de que, por la llamada muerte civil, se hicieron incapaces".

Actualmente, no existe en el Ecuador otra forma de terminar la personalidad civil, que la muerte natural. Así lo declara el Art. 70 del Código Civil:

Art. 70: "La persona termina con la muerte".

En este caso, como en el del nacimiento, la dificultad radica en la prueba, sobre todo cuando se quiere conocer con precisión el momento mismo de la muerte, ya que del tiempo en que se haya pro-

ducido pueden seguirse muchas y muy importantes consecuencias jurídicas.

Caben tres posibilidades: a) Que se conozca con certeza que una persona ha muerto y que se sepa así mismo cuándo ha muerto, porque, por ejemplo, se ha visto su cadáver, y demás hay personas que testimonian en cuanto al tiempo en que acaeció el fallecimiento, o por lo menos hay estos testimonios, aunque no se tenga el cadáver. b) Que conste la muerte de una persona, porque hay su cadáver o hay testimonios referentes a la existencia del cadáver, pero que se desconozca cuándo murió; y, c) Que no se sepa si una persona a muerto o no, y en caso de que haya muerto se ignore cuándo. Todas estas posibilidades están consideradas por nuestra legislación.

El tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazcan o no nazcan ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera o de otra una herencia, etc.

Además, las reglas 16 a 19 del Art. 7 del Código Civil tienen en cuenta el momento de la muerte para determinar la ley aplicable a los testamentos: a) las disposiciones testamentarias se sujetan a la ley vigente cuando fallece el testador (aunque el testamento se hubiere hecho bajo el imperio de otra ley distinta); b) si el testamento contuviere disposiciones que no debían llevarse a ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de la muerte, del testador; c) también esa ley rige en las sucesiones intestadas el derecho de representación; y d) igualmente se rigen la adjudicación y partición de una herencia o legado. Según el Art. 1024 Código Civil la sucesión se abre el momento del deceso, y en el último domicilio del causante, determinando éste cuál es la ley aplicable.

El carácter rigurosamente personal de las sanciones penales hace que toda acción penal y pena se extingan con la muerte (Arts. 97 y 98 del Código Penal; 70 y 71 del Código Penal Militar y 89 y 90 del Código Penal de la Policía Civil Nacional). No sucede lo mismo con las obligaciones civiles provenientes de delito, que no se extinguen con la muerte del sentenciado (Art. 47 del Código Penal Policía Civil Nacional).

La muerte de una persona, además de dar lugar a los derechos de los herederos respecto de su patrimonio, puede originar también otros derechos, como los relativos a las prestaciones del Seguro Social (Art. 25 Ley Seguro Social) o a las indemnizaciones previstas en el Código del Trabajo, o que se hubieren establecido en contratos de seguros u otros similares.

A parte del tiempo en que se produce la muerte, influye en el derecho, el lugar donde acaece. Y a veces es preciso recurrir a presunciones y ficciones para determinar ese sitio. Del mismo modo que los nacimientos, las defunciones que se produzcan a bordo de una aero-

nave ecuatoriana se consideran producidos en el Ecuador (Art. 9 Ley Tránsito Aéreo).

85.— El problema de los conmurientes.

Hay circunstancias en las cuales consta que dos o más personas han muerto, pero se desconoce el orden en que han ocurrido los fallecimientos. Esto sucede principalmente cuando varios perecen en un accidente o por una misma causa que obra en corto período de tiempo.

Interesa, sin embargo, establecer el orden en que se han producido los decesos, o si no lo es posible, conviene tener una regla fija mediante la cual se presuma o se finja un orden. La necesidad de esa cronología se manifiesta sobre todo en materia de sucesión hereditaria.

Dos sistemas existen frente a este problema: a) el sistema propio del antiguo Derecho Romano, seguido aún por algunas legislaciones, consistente en una complicada serie de presunciones conforme a las cuales se supone que perece primero la persona más débil; y b) el sistema de nuestro Código, conforme al cual se presume que todos han fallecido en el mismo momento, mientras no se demuestre lo contrario.

En ambos sistemas, desde luego, se parte de un simple cálculo apreciativo de probabilidades; es decir, que la ley, a falta de prueba directiva, recurre a unas presunciones que bien pueden coincidir con la realidad o estar muy apartadas de ella. Posiblemente es más difícil que dos o más personas mueran exactamente en el mismo instante que no el que se produzcan los fallecimientos sucesivamente, aunque la causa que los origine sea la misma; sin embargo, establecer un posible orden a base de las tradicionales suposiciones parece también totalmente arbitrario porque existen muchas más causas que escapan totalmente a nuestra observación. Así, pues, resulta muy aceptable el sistema de nuestro Código. Dice así el Art. 71:

Art. 71: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos, como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".

Adolece de cierta ambigüedad la frase "o por otra causa cualquiera", que podría aplicarse bien al desconocimiento del orden en que se han producido las muertes, o bien a las causas que se enumeran como ocasionantes de un fallecimiento en "un mismo acontecimiento".

La consecuencia más inmediata de la aplicación de la referida regla, es la que contiene el Art. 1027 del mismo Código: "Si dos o más personas llamadas a suceder una a otra se hallan en el caso del Art. 71, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras".

Naturalmente, el supuesto indispensable para la aplicación del Art. 71 y para sus consecuencias, es que no se pueda establecer el or-

den de los decesos. La autopsia —o examen médico-quirúrgico— del cadáver está prescrita por el Código de Procedimiento Penal (Arts. 135 y 144), y tiene por objeto descubrir las causas probables o evidentes de la muerte, pero puede también servir para determinar el tiempo en que pudo haberse producido, cuando ello no se conoce por otros medios.

86.— Concepto de muerte presunta por desaparecimiento.

La presunción de muerte es, entre nosotros, una institución mediante la cual se regulan las relaciones jurídicas como si una persona hubiera muerte, cuando, por haber desaparecido, no se sabe si vive o si ha muerto, pero resulta muy probable que realmente haya fallecido.

Tiene mucha trascendencia en la vida jurídica que se sepa con certeza quienes son los sujetos de los derechos, es decir qué personas existen vivas, y por eso, cuando hay razones serias para dudar sobre la supervivencia de alguien el que se llegue a establecer mediante una presunción, que ha muerto, interesa a la sociedad toda, y afecta a los intereses del propio desaparecido si vive, o a los de sus herederos, y también a las demás personas que por relacionarse jurídicamente con él pueden ver alterado su patrimonio en una u otra forma.

La ley tiene que proteger todos esos intereses encontrados. Naturalmente la protección es diversa según quepa o no suponer buena fe en la persona que "desaparece", por eso, el Código Civil llega a asimilar al deudor que se oculta al ausente, para los efectos del nombramiento de un curador (Art. 515). Y en materia procesal, mientras al ausente le proteje el Ministerio Público, contra el no-presente se sigue el juicio en rebeldía.

Si nuestra ley no define directamente en qué consiste la institución de la muerte presunta, en cambio sí indica cuando se procede a declarar la muerte presunta de un individuo:

Art. 72: "Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse".

Esta presunción aunque es legal, requiere de una declaración judicial, debiendo seguirse un trámite especial para ello, y al cual se refiere el Art. 72 con la expresión "verificándose las condiciones que van a expresarse".

Otra condición imprescindible es la carencia de noticias sobre el desaparecido. Si consta que vive o si consta que ha muerto, no cabe presunción.

La declaración de muerte presunta se tramita judicialmente a petición de parte. Puede ser parte, cualquier persona que tenga interés actual en la declaración (Art. 73 Nº 3).

Se entiende que tienen interés actual los que heredarían al desaparecido si hubiera muerto, los que heredarían a otra persona siempre y cuando el desaparecido hubiera muerto (por ej. por derecho de

representación, o bien por haberse cumplido así alguna condición), el cónyuge del desaparecido, los socios del desaparecido y quizás los acreedores.

87.— Juez competente.

El trámite judicial para la declaración de la muerte presunta de un desaparecido debe iniciarse ante el juez del último domicilio general que haya tenido en el Ecuador (Art. 73 Nº 1).

La declaración de muerte presunta, hecha por juez competente tiene valor extraterritorial —así lo declara el Art. 83 del Código Sánchez de Bustamante—. Es decir que produce efectos también fuera del Estado en que se declaró. Pero la extraterritorialidad supone que la competencia del juez que declaró la muerte presunta sea reconocida por aquel o aquellos otros Estados en los que se pretende hacer que surta efectos la declaración.

Nuestra ley ordena que se inscriban en el Registro Civil las presunciones de muerte de ecuatorianos (desaparecidos en el país o fuera de él), y todas las que se declaren en el Ecuador (de nacionales o de extranjeros). Esa inscripción es necesaria para que se produzcan los efectos de dichas presunciones.

El Art. 9 de la Ley de Tránsito Aéreo ordena que se inscriban los nacimientos y muertes "sobrevenidos en viaje" a bordo de aeronaves ecuatorianas, y agrega que "tales nacimientos o muertes se considera para todos los efectos, como acaecidos en territorio ecuatoraino". Queda, por consiguiente, la duda de si se produce un accidente de aviación, y no encontrándose el cadáver se llega a declarar la muerte presunta de una persona, debe o no considerarse también este fallecimiento como producido en el Ecuador. Una interpretación exclusivamente literal llevaría a la conclusión negativa, porque esa muerte, sin duda, no se ha "registrado" en el libro de a bordo. Pero, desconociéndose el lugar exacto de la muerte (en el avión o fuera de él una vez producido el accidente), nada impide que la presunción comprenda también este caso y se considere de todos modos como muerte sucedida en el Ecuador.

88.— Períodos del trámite.

Para explicar mejor este punto conviene tener presente en primer lugar el texto de los Arts. 73 y 74, que dicen así:

"Art. 73: "1ª La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido hay tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, a lo menos, cuatro años;

2ª Entre estas pruebas será de rigor la citación al desapareci-

do, que deberá repetirse hasta por tres veces en el Registro Oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones;

3ª La declaración podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido seis meses, a lo menos, desde la última citación;

4ª Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el Ministerio Público; y el juez, a petición de éste, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias, convengan;

5ª Todos los autos y sentencias se insertarán en el Registro Oficial;

6ª El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos diez años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido;

7ª Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años, y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido".

Art. 74: "El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los diez años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean treinta años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos treinta años la edad del desaparecido, si viviere".

Se pueden distinguir, pues, tres tipos o variantes en el trámite: a) el caso general del desaparecido, sin ninguna circunstancia especial que lo califique, en el cual se sigue el trámite normal, con plazos más largos; b) el caso del desaparecido a raíz de un accidente o peligro para la vida; c) el caso del desaparecido que antes de desaparecer o durante la ausencia haya cumplido ochenta años de edad. En las dos últimas circunstancias contempladas por la ley, es evidente que hay mayor probabilidad de que el desaparecido haya muerto, y por ello se acelera el trámite.

a) Caso general. Se requiere en primer término que transcurrirán por lo menos cuatro años desde la fecha de las últimas noticias sobre la vida del desaparecido.

No hay inconveniente para que se inicien los trámites para averiguar el paradero del desaparecido y para citarle la demanda, antes de

los cuatro años; más aún lo lógico es que mucho tiempo antes, se realicen investigaciones de toda índole para descubrir la verdadera suerte o paradero del desaparecido.

Las últimas noticias a que hace referencia la ley, pueden consistir en testimonios de personas que hayan visto, conversado, etc. con la persona desaparecida, o en documentos públicos o privados en que la persona haya intervenido.

Transcurridos los cuatro años desde la fecha de las últimas noticias, y cumplidas las formalidades relativas a la citación de la persona desaparecida, puede el juez declarar la presunción de muerte y fijar el día presuntivo en que se supone que debió acaecer.

Sin embargo de que se declare la presunción de muerte y se fije la fecha probable, esto no produce los mismos efectos que la muerte real y cierta. Ya veremos los efectos de este primer decreto judicial. Todavía (hasta el decreto de posesión provisional), se considera al desaparecido como simplemente ausente, y deben cuidar de sus bienes sus apoderados o, representantes legales, y si no los tiene, hay lugar al nombramiento de un curador del ausente para que sea él quien administre el patrimonio.

Casi todos los códigos hacen una marcada diferencia "entre el caso en que el desaparecido ha dejado apoderado y aquel en que no lo ha dejado"; pero el nuestro no recurre a esa distinción que sería muy interesante.

El siguiente paso procesal consiste en la concesión de la *posesión provisional de los bienes* del desaparecido, lo cual se debe decretar al menos diez años después de la fecha de las últimas noticias.

Finalmente, transcurridos treinta años desde la fecha de las últimas noticias, el juez puede conceder la *posesión definitiva* de los bienes del desaparecido, a favor de los herederos presuntivos.

b). Caso del desaparecido a raíz de accidente o peligro para la vida. "Si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o se sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella", el trámite se simplifica, ya que es lógico suponer que en esas circunstancias es mucho más probable que realmente haya muerto.

De todos modos, se exige que transcurran cuatro años desde dichos accidentes, para que el juez pueda declarar la muerte presunta.

Así como para los casos normales, se fija como día presuntivo de la muerte "el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias", en cambio en estas circunstancias especiales, "fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso".

Además, en este caso, no hay lugar a la posesión provisional al cabo de diez años y a la definitiva al cabo de treinta, sino que "in-

mediatamente" se concede la posesión definitiva, es decir a los cuatro años de la fecha del accidente.

c). Caso del desaparecido que haya cumplido ochenta años desde su nacimiento. También esta circunstancia hace más probable la muerte, y nuestra ley, permite que directamente se pase a la posesión definitiva, siempre que hayan transcurrido por lo menos diez años desde la fecha de las últimas noticias. No hay pues, lugar a la posesión provisional. Desde luego, nada impide para que se conceda la posesión definitiva antes de los treinta años, pero después de que a los diez del desaparecimiento se haya concedido la posesión provisional si el desaparecido para esa fecha no había aún cumplido ochenta años y los cumple después. Por ejemplo, si una persona desaparece el 1 de enero de 1950, se podrá declarar su muerte presunta el 2 de enero de 1954 (y se fijará como día presuntivo el 31 de diciembre de 1951), en enero de 1960 (o más adelante) se concede la posesión provisional, y si el desaparecido cumple ochenta años uno o dos meses o años después, se puede decretar la posesión definitiva, que en los casos normales correspondería declarar solamente a partir del 2 de enero de 1980 (transcurridos treinta años desde la fecha de las últimas noticias).

En general, podemos observar que el trámite es excesivamente lento. Dadas las facilidades de comunicaciones del mundo de hoy, no se justifican estas esperas tan largas. Desde que en el Ecuador se rebajó el plazo de la prescripción extraordinaria (en 1956) de treinta a quince años, parece que se hace más necesaria la reforma de estos larguísimos períodos, tal vez, también a la mitad.

89.— Efectos de la presunción.

Los Arts. 75 y 77 principalmente, señalan estos efectos:

Art. 75: "Durante los diez o cuatro años prescritos en el artículo 73, números 6 y 7, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales".

Art. 77: "Se entiende por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran en la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta".

Aparece claramente que la principal trascendencia de la declaración de muerte presunta y de la fijación de su fecha se produce en el campo de la sucesión hereditaria. No así, en el de la administración de los bienes, que, como queda dicho, continúan bajo el cuidado de los apoderados o representantes legales.

Claro Solar observa que no se debe tomar en cuenta al desaparecido "en las sucesiones a que pudiera haber sido llamado si viviera, y para determinar los bienes que deben recoger sus apoderados o repre-

sentantes legales en las sucesiones abiertas con anterioridad a la fecha fijada a la muerte presunta". Sin embargo, esta conclusión me parece demasiado extremada, puesto que nuestra ley no da al decreto de presunción de muerte sino un valor muy relativo, generalmente menor que al decreto de posesión provisional.

Lo que sí es evidente es que la fecha de la muerte presunta sirve para determinar quiénes son los herederos presuntivos y cuál es el patrimonio hereditario. Son herederos presuntivos aquellos que habrían heredado si realmente el desaparecido hubiera muerto el día que se presume (salvo demostración en contrario, naturalmente). Por consiguiente, no puede heredar el que ha muerto antes de ese día. El patrimonio hereditario, es también el existente dicho día.

90.— Efectos de la posesión provisional.

Los efectos de la posesión provisional decretada por el juez, se indican en los Arts. 76, 78, 79, 80 y 81:

Art. 76: "En virtud del decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisional a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, Título De la apertura de la sucesión".

Art. 78: "Los poseedores provisionales formarán, ante todo, un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista".

Art. 79: "Los poseedores provisionales representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros".

Art. 80: "Los poseedores provisionales podrán, desde luego, vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el Ministerio Público.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa y con audiencia del Ministerio Público.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta".

Art. 81: "Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses".

Del análisis de los artículos transcritos y de sus concordancias, se desprende que los efectos de la posesión provisional son los siguientes:

a). Se confiere a los herederos presuntivos un derecho *sui generis*, llamado "posesión provisional".

Es muy discutido el punto relativo a la naturaleza jurídica de aquel derecho. Para algunos es una especie de posesión, para otros, una propiedad, un usufructo, etc.

Si examinamos los artículos relativos a la posesión provisional, encontramos que quienes la reciben no pueden enajenar libremente los bienes, de donde se sigue que realmente no tienen una de las principales cualidades de la propiedad: la de disponer de la cosa. El hecho de que puedan vender los bienes, cumpliendo ciertos requisitos, no prueba que los poseedores provisionales sean propietarios, porque se puede vender aún la cosa ajena. Además, el Art. 79 nos habla de que los poseedores actúan como "representantes" de la sucesión en las acciones judiciales, y si fueran dueños no tendrían entonces porqué representar a otro.

Realmente, se trata de una situación jurídica sui generis, que no puede asimilarse a ninguna otra, para dar lugar a la aplicación (que sería arbitraria) de las reglas de otra institución. Ni la mera tenencia, ni la posesión ni la propiedad, son idénticas a la "posesión provisional", y ésta se rige precisamente por sus propias reglas que son suficientemente minuciosas.

b) Los poseedores provisionales hacen suyos los frutos de las cosas recibidas. La ley les considera, en este punto, como poseedores de buena fe, y por eso tienen derecho de hacer suyos los frutos, como lo prescribe el Art. 81 en especial, y de modo más general el Art. 686 del Código Civil, para los poseedores de buena fe en general.

c) Los poseedores provisionales representan a la sucesión. No es ésta una representación legal en el estricto sentido en que se define en el Art. 33 del Código Civil, pero sí una figura análoga. Los poseedores pueden ejercer las acciones judiciales, o intervenir en juicios como demandados en la misma forma en que lo harían si realmente fueran herederos.

d) En virtud del decreto de posesión provisional, los herederos presuntivos pueden enajenar los muebles con la autorización del juez, oído el Ministerio Público. No exige la ley causa de necesidad o de utilidad, para que el Juez autorice esta venta, a diferencia de lo que se establece para los inmuebles. Basta, pues, que al Juez le parezca conveniente. Es lógico que si se trata de bienes muebles de gran valor el Juez debe obrar con mucha circunspección, y no autorizar arbitrariamente la enajenación de aquellos bienes, que tal vez tienen mayor valor que los inmuebles.

e) Los inmuebles pueden enajenarse o hipotecarse, pero solamente "por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa y con audiencia del Ministerio Público". Habría causa necesaria, por ej., si no existen otros bienes con los cuales pagar deudas del desaparecido; y se daría utilidad evidente en la venta de un bien raíz improductivo, en un precio superior a su valor corriente, sobre todo si existe la posibilidad de invertir el dinero en otros bienes reproductivos.

f) En todo caso, la venta de los bienes del desaparecido debe hacerse en subasta pública. En esta forma se garantiza mejor los intereses del desaparecido. "Cuando los poseedores provisionales enajenan los bienes raíces sin autorización judicial o sin subasta, la enajenación adolece de nulidad relativa; pues el vicio del contrato consiste en la incapacidad particular del vendedor" dice Borja, y concluye que "como los poseedores provisionales son dueños de los bienes, ni ellos ni sus herederos podrían alegar la nulidad de que el contrato adolece". Creo, sin embargo, que nos hallamos más bien ante un requisito de forma o solemnidad esencial, que produce la nulidad absoluta; si se tiene en cuenta que la ley trata de proteger al máximo los intereses del desaparecido, llegaremos a la misma conclusión. Desde luego, el poseedor que obra de mala fe, no podría beneficiarse de su propia actuación dolosa pidiendo él mismo la nulidad del negocio que no le ha resultado beneficioso.

g) Los poseedores provisionales deben formar inventario solemne de los bienes del desaparecido.

Considero aplicables al inventario, las disposiciones relativas al inventario de los bienes pupilares, que debe hacer el guardador según lo prescriben los Arts. 420 a 431 del Código Civil. Particularmente debe tenerse en cuenta que dicho inventario debe contener todos los bienes que reciban los herederos presuntos, aunque no conste que pertenecían en propiedad al desaparecido. Este criterio se confirma con lo dispuesto en el Art. 1306 que se remite, para gozar del beneficio de inventario en todo lo relativo a las formalidades del inventario que debe hacerse en las sucesiones, a lo dispuesto en los artículos referentes a los curadores.

La ley debería establecer un plazo dentro del cual deba realizarse este inventario y las consecuencias de la demora o de la omisión. Aplicando las reglas generales, tenemos que concluir que un defecto en el inventario no puede perjudicar al desaparecido y que, por tanto, si vuelve, puede reclamar también los bienes que por error o mala fe no figuren en el inventario si prueba que realmente existieron. Por otra parte, si no se hace inventario, desde luego, los poseedores provisionales no pueden alegar "beneficio de inventario" y estarán obligados sin límite frente a los acreedores del desaparecido.

h) Se disuelve la sociedad conyugal. Esto no significa que se disuelva el matrimonio, desde luego, sino solamente la sociedad de bienes entre los cónyuges, y debe procederse a su liquidación para que el cónyuge sobreviviente reciba lo que le corresponde a título de bienes propios, restituciones, gananciales, compensaciones, etc.

i) Se procede a la apertura y publicación del testamento del desaparecido si hubiere dejado alguno. Aunque el testamento se abre solamente a raíz y como consecuencia de la posesión provisional, sin embargo, la sucesión hereditaria se considera abierta desde el momento de la muerte —o sea desde la fecha presuntiva señalada por el

juez—, conforme al Art. 1024 del Código Civil y esa fecha determinará la aplicabilidad y legalidad del testamento.

j) Los poseedores provisionales deben prestar caución de conservación y restitución de los bienes que reciben.

k) Otro efecto de la posesión provisional consiste en que da término a la curaduría del ausente, según lo prescribe el Art. 532 del Código Civil.

91.— Efectos de la posesión definitiva.

Ya queda dicho que la posesión definitiva se concede por decreto judicial normalmente al cabo de treinta años de la fecha de las últimas noticias del desaparecido. Puede concederse también a sólo cuatro años de esa fecha, si el desaparecido sufrió algún accidente que pudo ser mortal, o al cabo de diez años de las últimas noticias, si el desaparecido ha cumplido ochenta años desde el nacimiento. En estas dos últimas circunstancias se puede pasar directamente a la posesión definitiva, sin que preceda la posesión provisional, y en tales casos, naturalmente la posesión definitiva produce también los efectos propios de la provisional (apertura del testamento, disolución de la sociedad conyugal, etc.), siempre que no sean incompatibles con los efectos propios de la posesión definitiva (así por ejemplo, no hay lugar a la obligación de prestar caución).

Los efectos de la posesión definitiva se señalan, principalmente en los artículos 82 y 83:

Art. 82: "Si durante la posesión provisional no volviere el desaparecido, o no se tuviere noticias que motivaren la distribución de los bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones. En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el Art. 80 y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado.

Si no hubiere precedido posesión provisional, por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido, según las reglas generales".

Art. 83: "Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte".

El decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido produce, en una palabra, todos los efectos que normalmente produce la muerte natural, aunque limitados por la posibilidad de modificarse en caso de reaparecimiento del presunto muerto. Pero el Código Civil señala especialmente estos efectos:

a) Se cancelan las cauciones que debieron prestar los herederos presuntivos, si precedió la posesión provisional. Efectivamente, ahora su situación se asimila al máximo a la de un heredero corriente, y en

principio no tienen que responder ante nadie de los bienes que reciben como suyos.

b) Adquieren los herederos presuntivos la facultad de enajenar libremente los bienes, muebles o inmuebles, sin que sea precisa ninguna autorización judicial, ni mucho menos demostración de necesidad o utilidad.

c) Se disuelve el matrimonio. Naturalmente esto se refiere al vínculo civil, ya que el vínculo propiamente dicho, es decir el que conforme al Derecho Natural y al Derecho Positivo Divino contrae un católico mediante el Sacramento del Matrimonio, no corresponde al Estado legislar sobre él, sino a la Iglesia. Pero aún respecto del simple matrimonio civil (que se pretende que crea también un vínculo), si éste existe (por ejemplo para las personas sin religión), tiene igualmente que someterse al Derecho Natural, y según éste, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte verdadera, de modo que es inexacta la expresión de nuestro Código. Lo justo sería declarar que no existe impedimento civil de vínculo matrimonial para que el cónyuge sobreviviente contraiga un nuevo matrimonio, pero que si reaparece el presunto muerto, el segundo matrimonio debe declararse nulo (aunque putativo) y en plena vigencia el primero, que realmente no se ha disuelto si es que el cónyuge desaparecido realmente no ha muerto. Sin embargo, la solución dada por nuestro Código se aparta de estas reglas de sana lógica, y declara sin más disuelto el matrimonio del desaparecido, de tal modo que si volviera tendría que celebrar nuevo matrimonio con su ex-cónyuge para ser considerado legalmente como marido o mujer.

d) Se consolidan los derechos de usufructo, fideicomiso, u otros que dependan de la condición de morir el desaparecido. En general, el decreto de posesión definitiva, como queda dicho, produce los efectos de la prueba de la muerte verdadera.

En el campo del Derecho Comercial, tenemos la disposición del Art. 693 del Código de Comercio que dice así: "Ni la mera ausencia ni la desaparición de la persona cuya vida haya sido asegurada, hace exigible la cantidad prometida por el asegurador, a no ser que los interesados estipulen otra cosa. Pero si los herederos presuntos del desaparecido obtuvieren la posesión definitiva, podrá exigirse el pago de la cantidad prometida por el asegurador, bajo condición de restituirla, si el ausente apareciere".

e) Los legatarios tienen derecho de reclamar sus legados. Con razón deducen de lo dispuesto en el artículo 83 —Borja y Claro Solar— que los legatarios, aunque se hubiere abierto el testamento, no pueden reclamar sus derechos con la sola posesión provisional, ya que solamente se les confiere este derecho en la posesión definitiva.

f) Se producen todos aquellos otros efectos propios de la posesión provisional, si esta no procedió a la definitiva, salvo aquellos efectos incompatibles con la posesión definitiva.

92.— Quien debe probar la muerte.

En términos generales debe probar la muerte de una persona, todo aquel que pretende hacer valer un derecho que dependa de dicha muerte, así por ejemplo, el que pretende heredar, el que reclama la consolidación de la propiedad por la muerte del usufructuario, etc.

Muchas veces, será preciso probar, no solamente el hecho de la muerte, sino también su fecha, porque de ella puede depender el principio y el fin de un derecho de otra persona, por ejemplo, en las mismas herencias, o en las obligaciones subordinadas a la vida o a la muerte de alguien, etc.

Pero, una vez declarada judicialmente la muerte presunta de un sujeto, naturalmente ya no hay necesidad de prueba respecto del hecho de la muerte, y se tiene como fecha de la muerte, la señalada por el juez.

Si alguien pretendiera un derecho a base del supuesto de que el desaparecido no haya muerto, o haya fallecido en otra fecha distinta (antes o después de la fijada presuntivamente por el juez), lógicamente dicha persona interesada tendrá que probar lo que le interesa, y si logra probar, caerá la presunción, porque esta presunción es simplemente legal y cede ante la realidad probada de modo competente. Así lo establece con claridad el Art. 84:

Art. 84: "El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes.

Y por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna".

93.— Revocación y sus efectos.

Aún después de decretada la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, en favor de sus herederos presuntivos, la presunción cede ante la realidad comprobada, y por tanto, dicho decreto puede ser revocado. Con mayor razón, aunque el Código no lo mencione, pueden revocarse los decretos anteriores: de posesión provisional o aquel que fija la fecha de la muerte presunta.

Art. 85: "El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido, si volviere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época".

Art. 86: "En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen:

1ª— El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia;
2ª— Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte;
3ª— Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren;
4ª— En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos;
5ª— Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria; y,
6ª— El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.

Ante todo hay que observar que la palabra "rescisión" no está empleada con propiedad. Se rescinde un acto o contrato que adolece de un vicio que produce nulidad relativa; pedir la rescisión es pedir la anulación. El Art. 86 debió, pues, decir más bien que se puede "revocar" el decreto de posesión definitiva. Se revocan los decretos o sentencias judiciales. Alessandri anota, acertadamente, que la prueba de que no hay rescisión "es la circunstancia de que no se retrotraen sus efectos a una fecha anterior".

Es importante esta observación de D. Luis Felipe Borja sobre la revocatoria del decreto de posesión definitiva: "Una de las diferencias entre la posesión provisional y la definitiva consiste en que los efectos de la primera se extinguen, por el ministerio de la ley, tan luego como el desaparecido reaparece o se tienen noticias ciertas de su muerte; al paso que la sentencia en que se concede la posesión definitiva debe declararse resuelta por otra sentencia, y sólo a favor de las personas enumeradas por la ley taxativamente".

Pueden pedir que se revoque el decreto: el propio desaparecido, el cónyuge o los legitimarios habidos en el tiempo de la desaparición, según el Art. 85. Pero la Ley debería ser más amplia en este punto. El desaparecido podría haber hecho testamento durante su ausencia y sería lógico que los herederos testamentarios pudieran también pedir la revocatoria del decreto; también otras personas que hayan contratado con el desaparecido deberían tener también ese derecho; ¿qué prueba más fehaciente de la falsedad de la presunción de muerte que la presentación de una escritura de venta de un inmueble, por ejemplo, celebrada por el desaparecido?, y en tal caso, el adquirente de la propiedad debería poder provocar la revocatoria del decreto de posesión definitiva.

Es muy lógico que si quien reclama sea el propio desaparecido, pueda hacerlo en cualquier tiempo. No sería admisible que prescriba esta acción: repugnaría totalmente a la razón que una persona

viva tenga que ser considerada como muerta contra la realidad de las cosas.

En cambio, si quienes reclaman son el cónyuge o los legitimarios, lo que reclamarán no es que el desaparecido no ha muerto, sino que no ha muerto en la fecha que se suponía, de donde deriva su derecho. Por esto, también es lógico lo que dispone la ley: ellos sólo, pueden reclamar dentro de los respectivos plazos de prescripción.

Pero sucede que, como en 1958 se redujeron los plazos de prescripción, y en cambio no se alteraron los relativos al trámite de la presunción de muerte, difícilmente podría darse el caso de que los herederos legitimarios o el cónyuge del desaparecido habidos durante el desaparecimiento puedan pedir la revocatoria del decreto de posesión definitiva porque normalmente no estarán dentro de los plazos de prescripción.

Se puede pedir la revocatoria por tres causas: a) o bien porque el desaparecido se vuelve a presentar: b) o bien porque de otras maneras consta que está vivo; c) o, finalmente, porque se prueba que realmente a muerto, pero en fecha distinta de la presunta.

En todo caso, si se revoca el decreto de posesión definitiva, este produce una serie de efectos, pero no la vuelta de las cosas a su estado primitivo, anterior al decreto. Así por ejemplo, el matrimonio disuelto por la posesión definitiva no se restablece, igualmente, la sociedad conyugal, y si se abrió un testamento cerrado este documento se anula de modo que no puede regir la sucesión de esa persona si llega realmente a morir después de la fecha de la apertura, etc.

El reaparecido o sus verdaderos herederos tienen derecho a que se les entreguen los bienes pero solamente en el estado en que se hallen. Subsisten las enajenaciones y las hipotecas (la ley debería referirse en general a los gravámenes, aunque no sean hipotecarios).

Los poseedores definitivos son considerados como poseedores de buena fe, por el Art. 86, salvo prueba en contrario. Y en cierto modo se les considera mejor que a poseedores de buena fe, pues, según el Art. 975 el poseedor de buena fe "no es responsable de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o leña, o empleándola en beneficio suyo". Pero el poseedor definitivo no responde ni aunque se hubiere enriquecido con la venta o destrucción de la cosa. Solamente responde el poseedor definitivo si se prueba que obró de mala fe, es decir, si se destruye la presunción de buena fe que le favorece.

Desde luego, hay mala fe, si un poseedor definitivo ha sabido y ha ocultado la verdadera muerte del desaparecido o su existencia. En tal caso responderá el poseedor definitivo como poseedor de mala fe: debe restituir los frutos, indemnizar de todo perjuicio, incluso producido por culpa levísima, y no tendrá derecho a reclamar nada por las mejoras que hubiere podido hacer en las cosas injustamente poseídas por él.

Como los poseedores definitivos podían enajenar libremente las cosas del desaparecido, naturalmente no están obligados a restituir las que han enajenado, pero la ley podía haber dispuesto que en ese caso restituyeran su precio, sin embargo, ha optado por la solución contraria: no están obligados tampoco a restituir el precio.

Aún en el campo penal el reaparecimiento del que se presumía muerto, tiene trascendencia. Los Arts. 328 y 329 del Código de Procedimiento Penal dan lugar al recurso de revisión de la sentencia penal en tales casos. Podría suceder, por ej., que se hubiera considerado muerta a la víctima de una agresión, y que luego resulte viva, y entonces evidentemente no habría homicidio. También podría suceder que aparezca vivo el verdadero culpable de un delito y se reconozca entonces la inocencia de otra persona falsamente condenada.

Según el Art. 83 del Código Sánchez de Bustamante la presunción de muerte por desaparecimiento tiene eficacia extraterritorial y también la tiene su cesación, de modo que si en el extranjero hicieran valer sus derechos el cónyuge o los legitimarios del desaparecido, también en el Ecuador debería reconocerse tales derechos.

CAPITULO XI

LAS PERSONAS JURIDICAS

94.— Definición.

Además de los sujetos individuales del Derecho, existen otros, constituídos por agrupaciones de hombres. El art. 45 de nuestro Código Civil hace referencia a esta gran clasificación de las personas y así declara que: "Las personas son naturales o jurídicas". A continuación, en el art. 46 se definen las personas naturales: son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad sexto o condición". En el Título XXXIII del Libro Primero, en el art. 587 se da una noción de las personas jurídicas:

Art. 587: "Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contrar obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

El concepto de la personalidad jurídica tiene gran trascendencia, y no sólo en el ámbito del derecho privado sino también en el público, tanto en el interno como en el internacional. Los poderes del Estado, sus relaciones con los otros estados adquieren solidez, y se ex-

plican razonablemente recurriendo a este concepto; así lo afirman con Léon Michoud numerosos autores.

También los derechos de la Iglesia y sus relaciones con los Estados, encuentran una explicación más clara si se tiene en cuenta que la Iglesia y los Estados son personas jurídicas.

Prescindiendo de los autores que niegan la existencia misma de las personas jurídicas —que parece evidente a todas luces—, conviene examinar algunas definiciones que ayudarán a la comprensión del verdadero concepto de la personalidad jurídica.

Algunos, en forma simplemente descriptiva, señalan que es persona jurídica todo ente capaz de derechos y obligaciones, y que no sea la persona humana individual. Los canonistas Blat y Coronata, entre otros, definen de este modo a la persona jurídica. Estos autores logran en tal forma una definición que, aunque negativa, evita parcializarse por cualquiera de las doctrinas sobre la esencia de la personalidad jurídica.

Otros, en cambio, partiendo del mismo concepto, añaden ya una determinación que implica cierto peculiar concepto de las personas jurídicas. Así por ejemplo, Tosso dice que la persona jurídica consiste en cualquier ente capaz legalmente de adquirir y ejercer derechos (salvo el individuo), y que es jurídica porque no consiste sino en el artificio o ficción del derecho. Afirma, pues, que la persona jurídica es algo, un ente, aunque lo considera artificial, ficticio.

Con una orientación más sociológica, Jean Dabin afirma que la persona jurídica es "un grupo organizado de individuos humanos, en vista de un fin específico que representa el principio animador de este grupo".

Ferrara habla de las personas jurídicas como: "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho". Se añade en esta definición, a las anteriores, los términos "asociaciones o instituciones", que esbozan ya una clasificación de las personas jurídicas y permiten englobar en el mismo concepto las reuniones en que predomina el elemento personal y aquellas otras en que el fin y los medios (aún materiales), cobran mayor interés. Además, Ferrara destaca el reconocimiento por la ordenación jurídica como elemento constitutivo esencial de las personas jurídicas.

Planiol y Ripert, siguiendo a los canonistas que se citaron más arriba, dan también una definición puramente negativa: "La personalidad moral es la atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos que no son los seres humanos. Esos sujetos de derecho son llamados personas morales, personas civiles, personas jurídicas o, también personas ficticias, denominación que implica ya una cierta concepción de la personalidad".

Valga esta oportunidad para aclarar un punto de terminología. Si es verdad que, como afirman Planiol y Ripert, se usan como sinóni-

mas todas esas expresiones, sin embargo, las dos más usuales son las de persona moral y persona jurídica. Ahora bien, es más exacto reservar el término "persona moral", para designar a los grupos humanos antes de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, o considerados desde un punto de vista sociológico o filosófico, mientras que la expresión "persona jurídica", se usa con mayor propiedad para designar a la persona moral ya encuadrada en el ámbito específico del derecho, es decir en cuanto sujeto positivo de derechos y obligaciones.

Comentando la definición de nuestro Código Civil, Don Luis Claro Solar dice lo siguiente: "La persona jurídica es un ser ficticio que el legislador crea para satisfacción de las necesidades sociales; y dados los términos en que se expresa el art. 587, este punto no puede ser discutido en nuestra legislación positiva que hace depender la personalidad jurídica de la voluntad de la ley o del poder público".

La definición de nuestro Código, efectivamente, está inbuída de la doctrina de la ficción, muy en boga en el siglo XIX, y hoy día prácticamente abandonada, y en todo caso de muy escaso valor científico. Doctrina, irreal, artificiosa y arbitraria, que bien podríamos calificar de "ficticia".

Además de esa grave objeción de fondo, muchos reparos se pueden oponer a la definición del art. 587, comenzando porque, contra una elemental regla lógica, emplea el mismo término definido: "Se llama persona jurídica una persona ficticia..."

Como bien observa el Dr. Luis Tobar Ribadeneira, el Título XXXIII y, como consecuencia la definición de personas jurídicas, no se aplica a las personas de Derecho Público, ni a las sociedades industriales; tampoco se aplican a las personas privadas con finalidad pública ni a las personas especiales o sea a las consideradas en el Código del Trabajo y otras leyes especiales. Podríamos decir que la definición no abarca todo lo que debió definir.

En síntesis, podemos definir la persona jurídica como una organización de personas (individuales o colectivas), con un fin que el derecho debe proteger y por lo cual, actúan como sujetos de Derecho reconocidos por el orden jurídico.

Considero esta definición suficientemente amplia para englobar a las distintas personas jurídicas, tanto públicas como privadas. Y evito expresamente hacer mención al reconocimiento del Estado o de la autoridad, porque el reconocimiento se da por parte de un orden jurídico, sea éste el civil o el eclesiástico, el interno de un Estado o el internacional.

95.— Naturaleza de las personas jurídicas.

Entre los germanos la personalidad se concretaba en el edificio, en el Derecho canónico se espiritualiza el concepto y así se conciben como personas jurídicas los obispados, parroquias, monasterios... y aún

los fines para los que haya una masa de bienes, aunque pertenezcan a la misma sede episcopal: "mensa episcopalis", "mensa capitularis", "frabrica ecclesiae". En estos casos, se desarrolla notablemente la concepción finalista de las personas jurídicas.

El Derecho canónico elabora también el concepto de "fundación autónoma", y el derecho de los particulares de establecer dichas fundaciones que generalmente tienen objetos de beneficencia, respecto de los cuales el cristianismo ha estado siempre a la cabeza.

Los canonistas realizaron una admirable síntesis de lo más aprovechable de la tradición romana y de las nuevas corrientes germánicas, vivificando toda la doctrina con el espíritu cristiano. El Derecho romano conoció, efectivamente la personalidad jurídica, aunque no desarrolló totalmente la doctrina. En todo caso la tradición romana considera a las personas jurídicas como entes ideales, absolutamente distintos de la reunión de sus miembros, incapaces de voluntad, de cometer delitos, y que necesitan de representante. El Derecho germánico, por el contrario, no sabe nada de entes ideales, y conoce las corporaciones solamente en cuanto reuniones o suma de los asociados, quienes son capaces de querer (voluntad propia), de cometer delitos y de actuar por sí mismos.

Para el pensamiento ingenuo de los glosadores resultó ininteligible el concepto romano de que el todo sea diferente de los miembros, y entienden más bien que la corporación coincida con la totalidad, con la suma de los individuos. De este modo los glosadores entienden con mentalidad imbuída de germanismo lo que los romanos no quisieron decir, y muchas veces deforman notablemente los textos clásicos.

Los canonistas realizan la síntesis de las dos corrientes, pero predomina en su pensamiento, sin duda, la línea romanista. Agregan ellos el sólido concepto institucional, que tanto ha influído en el derecho moderno.

La Revolución Francesa reaccionó contra la enorme difusión de los gremios, las corporaciones, las hermandades, que tanto contribuyeron a humanizar las relaciones sociales durante la edad Media. Bajo el dictado de un individualismo exagerado, se miró en todas aquellas organizaciones, a las enemigas de la libertad, y se las suprimió tiránicamente, sin reemplazarlas por nada, y dejando por consiguiente a los individuos más débiles a la merced de los más fuertes. De allí surgió toda aquella corriente individualista que penetró profundamente en el Código de Napoleón, y a través de él, en los derechos hispanoamericanos.

Las corrientes sociales que toman cuerpo desde mediados del siglo XIX, vuelven a dar su verdadera importancia a las personas jurídicas, contribuye a ello una vez más el nuevo auge del Derecho Canónico, y también el industrialismo y en general el desarrollo de los negocios en el mundo moderno, que exige la agrupación de capitales y de personas para empresas que rebasan las posibilidades individuales. Final-

mente, hemos de señalar como otra causa importante del desarrollo contemporáneo de la teoría de las personas jurídicas, el mismo desenvolvimiento del Derecho Internacional, que tiene una de sus bases en esta doctrina.

En la época contemporánea el debate sobre la naturaleza de las personas jurídicas ha tomado incremento también en el campo del Derecho Público. Como afirma Délos: "Los derechos subjetivos del Estado son una consecuencia de su personalidad moral. No se le puede reconocer derechos sin atribuirle personalidad, es decir sin reconocer que hay un sujeto de esos derechos". En cambio, en el extremo opuesto, Duguit, niega la personalidad del Estado, y con igual lógica, tampoco le reconoce derechos subjetivos. Pío Fedele, aplica la misma doctrina al Estado y a la Iglesia: ambos son realidades abstractas, a las que se aplica la norma romana: lo que se debe a la universalidad no se debe a sus miembros singulares.

Pasando ya al campo privado, podemos resumir las tendencias actualmente dominantes en la siguiente forma:

A) Doctrinas que consideran a las personas jurídicas como ficción. Ya he indicado su origen: el individualismo exasperado que triunfó con la Revolución francesa. Para ellos no hay más realidad que el individuo con sus derechos que mantiene egositamente. Duguit, Vareilles-Somiéres, Van der Heuvel, etc. niegan que exista otro sujeto de derechos fuera del individuo. Se aproximan a esta doctrina Planiol y Berthelemy, que consideran la persona jurídica como un patrimonio colectivo. Todas estas explicaciones se encuentran como en germen en las teorías de Ihering, desarrolladas en "L'Esprit du Droit Romain".

Pero todas ellas no explican ni la existencia, ni la unidad, la perpetuidad de las personas jurídicas, y olvidan los intereses colectivos que son distintos de los individuales.

Dentro de las doctrinas de la "ficción", hay naturalmente muchas gamas. Así, para unos, se tratará de ficciones legales, y para otros, de ficciones doctrinarias ilegítimas que el Legislador no debe consentir. También las explicaciones del innegable fenómeno social resultan muy variadas: unos, como he dicho, hablarán de "patrimonio o propiedad colectiva", otros de "patrimonio afectado, o destinado a un fin". Pero todas esas construcciones son ineficaces para explicar la misma realidad del Estado, de las personas públicas en general, y no garantizan la suficiente libertad y autonomía de las personas jurídicas privadas. Estas doctrinas justifican todos los despotismos del poder público, que en cualquier momento podría desconocer lo que no sería sino una ficción.

B) Doctrinas organicistas. Para los autores de la escuela orgánica como Beseler y Gierke, la esencia de la personalidad consiste en intereses propios, actividad vital propia y voluntad propia. "Algunos han pretendido ver en la persona moral un organismo tan completo y tan único como el de la persona humana, puesto que la vida de la agrupación a la que se le reconoce personalidad es tan independiente de la

vida de sus miembros, como la vida del hombre es independiente de cada una de sus células". La exageración de esta teoría se descubre a simple vista.

La doctrina orgánica exagerada, se aplicó al Derecho Público, y concretamente al concepto del Estado, fundándose en principios de la filosofía de Hegel y sirvió de base ideológica para el nazismo, el comunismo y otros totalitarismos que destruyen el valor de la persona individual y la absorven totalmente en el Estado. Baste considerar este pernicioso extremo, para rebatir doctrina tan falsa como peligrosa.

C) Doctrinas realistas. Entre los dos extremos de la "ficción" y del "organicismo", se sitúan numerosas doctrinas de carácter más realista. Todas ellas tienen como denominador común el considerar a las personas jurídicas como algo existente, que no es mero fruto de la imaginación o de la voluntad del gobernante, pero al mismo tiempo, estos sujetos de derechos no son totalmente independientes de los individuos, y existen en último término para servir los intereses humanos.

Michoud expresa así el substracto común de estas doctrinas: "Hay que buscar una teoría que mantenga la unidad de la persona moral, pero sin perder de vista que es una unidad compleja, y que las personas físicas que la componen no son para ella "terceros". Ella tiene una unidad, pero es también una colectividad; y se tendría una idea insuficiente si se limitara a mirarla bajo el primer punto de vista solamente".

Para la escuela de la personificación, a la que pertenecen Bernatzig, Laband, Burkhard, Hauriou, etc., la personalidad es "subjetividad de derecho"; ser sujeto de derechos o tener personalidad jurídica son cosas idénticas, y esta subjetividad jurídica no es un producto de la naturaleza sino una creación del orden jurídico. Hay, pues, una realidad técnica-jurídica.

Para otros, como Ranelletti, Mayer, Jellinek, tanto la voluntad como el fin colectivo deben apreciarse por igual como componentes de la personalidad. Jellinek afirma la necesidad de distinguir el concepto jurídico del filosófico de persona. Son dos órdenes de realidad. La persona moral es una realidad, es una abstracción, no una ficción; como las abstracciones matemáticas: el punto, la línea, etc., que nadie niega que sean reales. El fin unifica los elementos y constituye nuevas realidades. La noción jurídica de personalidad no expresa otra cosa que la capacidad de ser sujeto de derechos, esa realidad se asienta en la unidad creada por un fin perseguido conjuntamente por muchos: la voluntad de la colectividad.

Hay que admitir que las realidades sociales son muy complejas, de allí que todo intento de simplificar excesivamente su explicación fácilmente incurre en error. Las personas jurídicas como realidad social y jurídica que son, participan de esa complejidad.

Nadie puede negar que existen grupos humanos organizados que tienen una cierta unidad, un fin que produce esa misma unidad, una estructura que responde a la necesidad de satisfacer intereses colectivos

que merecen la protección del derecho. He aquí el esquema más elemental de toda persona jurídica. Las habrá unas más naturales que otras; influirá en algunas la personalidad del fundador, mientras que en otras, más podrá la evolución histórica atribuíble a mil factores diversos, pero todas son realidades sociales que tienen su última explicación en la misma naturaleza social del hombre. El orden jurídico al que correspondan por su esencia y finalidad, debe tomarlas en cuenta; no las crea, sino que debe asumirlas como un dato de la realidad que hay que regular; en esta forma las personas jurídicas llegan a ser también una realidad jurídica, no arbitraria, fantástica o ficticia, sino técnica y necesaria, con fundamento en la realidad física, aunque ellas mismas no sean físicas sino morales y jurídicas.

Esta concepción de las personas jurídicas evita los errores prácticos a que conducen las otras teorías. Ni se desconoce el derecho de las colectividades, ni se lo sobrevaloriza hasta oprimir al individuo. No se deja al arbitrio del Estado o de la autoridad la existencia y derechos de las personas jurídicas, pero tampoco se niega la potestad del orden jurídico (estatal, eclesiástico o internacional) para regular prudentemente el desenvolvimiento de estos sujetos de derecho.

96.— El reconocimiento de las personas jurídicas.

Si es verdad que la natural sociabilidad del hombre le lleva a agruparse, a formar entidades morales, también es verdad que esas asociaciones se encuadran en el derecho positivo desde el momento en que son reconocidas en una u otra forma por el orden jurídico correspondiente.

Cuando se trata de la gran agrupación que llamamos Estado, el orden jurídico positivo se regula dentro del mismo Estado. No se trata de un reconocimiento a sí mismo, lo que sería absurdo, sino de una organización, de una estructuración, del derecho positivo —subordinado al derecho natural— que asume como su primer sujeto al mismo Estado. Por consiguiente, hay algo anterior al Estado y al Derecho positivo: la realidad sociológica, con unos derechos naturales, que el derecho positivo debe acoger, dar forma, organizar.

El mismo Estado debe ser reconocido por el orden internacional, y entonces actúa como persona de Derecho Internacional. No se trata de una doble personalidad del Estado: en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional, sino de dos aspectos de la misma realidad, de un doble reconocimiento, o del reconocimiento en un doble plano, para ser más exactos.

En cuanto a la Iglesia, podríamos hacer parecidas reflexiones: el orden jurídico eclesiástico da forma jurídica a la realidad pre-jurídica o supra-jurídica que es la Iglesia. Y en el orden internacional, la Iglesia es también reconocida, por cuanto es persona jurídica perfecta, y además, soberana, es decir, dotada del poder de decidir en última instancia en los asuntos de su competencia.

Respecto de las demás personas jurídicas, pretenecerán también al orden civil o al eclesiástico, tendrán trascendencia sólo en el ámbito interno o igualmente en el internacional, y según los casos, deberán ser reconocidas por el respectivo orden jurídico.

"La existencia *legal* consiste —dice Tobar Ribadeneira—, precisamente en el reconocimiento que la ley hace de los hechos que son personas jurídicas. Ellas existen "naturalmente" antes de la ley. Pero la ley eleva esta existencia natural a una existencia legal, mediante el reconocimiento, por el cual las personas jurídicas dejan de ser simples hechos y se convierten en hechos regulados por el Derecho". Quede, pues, bien claro que el reconocimiento no es una concesión de la existencia, o una creación, sino como la palabra exactamente lo expresa: un re-conocimiento, es decir, un asumir la realidad preexistente para ordenarla jurídicamente.

El reconocimiento, ya en el ámbito estatal solamente, puede realizarse de varias maneras. El Dr. Tobar Ribadeneira señala estas tres: 1. Concesión gubernativa: "la personalidad jurídica es una concesión graciosa que se hace a los entes morales"; 2. Declaración: el Estado sólo declara su existencia; 3. Concesión legal: depende "de la reunión de determinadas condiciones fijadas por la ley".

Resulta muy fácil apreciar cómo estos distintos sistemas se coordinan con las varias teorías referentes a la esencia misma de las personas jurídicas. Quienes consideran la personalidad jurídica como ficción, necesariamente han de estar por el sistema del reconocimiento como concesión; mientras tanto que, para las doctrinas realistas el reconocimiento será simple declaración de la autoridad o de la ley. En cuanto a las doctrinas organicistas (sobre todo para las extremas), el reconocimiento no tendrá ningún sentido.

De los diversos sistemas señalados, sin duda el que mejor garantiza la libertad es el que solamente exige que se cumplan ciertas condiciones exigidas por la ley, para que, automáticamente una persona jurídica esté encuadrada en el orden jurídico y pueda gozar y usar de sus derechos.

Este sistema, verdaderamente democrático, no se opone a que se pueda exigir el cumplimiento de ciertas formalidades externas, como la inscripción en un registro, la celebración de escritura pública, etc., siempre que estas formalidades no sean demasiado engorrosas o medios indirectos de coartar la libertad.

El sistema legal ecuatoriano de reconocimiento, admite diversas formas, según las personas jurídicas de que se trate. Las corporaciones y fundaciones necesitan de aprobación por el Presidente de la República; las personas jurídicas industriales se constituyen mediante escritura pública inscrita, previa aprobación judicial; las personas jurídicas públicas y las privadas con finalidad social o pública, existen en virtud de la Constitución de la República o de una Ley especial; las eclesiásticas sólo requieren que el Ministerio de Gobierno ordene la publicación de los estatutos de su organismo gubernativo; las especia-

les de derecho privado tienen varias formas a su vez, de reconocimiento, así las Comunidades campesinas solamente deben reunir los requisitos de la ley: "Adquirirán personería jurídica, por sólo el hecho de atenerse a ella" (Art. 3 de la Ley de Comunidades Campesinas); la aprobación de estatutos es requisito frecuentemente exigido: p. ejemplo: en la Ley de Cooperativas, en el Código del Trabajo, para las asociaciones de trabajadores (Art. 410), para las colonias mineras, en la Ley de Lavaderos Auríferos (Art. 56), etc.

Por consiguiente, sólo resulta aplicable a las corporaciones y fundaciones el Art. 588 del Código Civil, a pesar de sus términos aparentemente absolutos. el mismo Art. 589, indica que las disposiciones del Título XXXIII no son aplicables a ciertas personas jurídicas, aúnque tampoco enumera a todas las que debería salvar. he aquí el texto de tales artículos:

Art. 588: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República".

Art. 589: "Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este Título; sus derechos y obligaciones son regulados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio.

Tompoco se extienden las disposiciones de este Título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario. Estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales".

Además del Código de Comercio hay muchas otras leyes que señalan los derechos y obligaciones de las personas jurídicas industriales, y hay numerosas instituciones "privadas con finalidad social o pública", reguladas también por leyes especiales.

Por otra parte, el criterio que sigue el Código Civil en el Título que comentamos (XXXIII) es el de considerar el reconocimiento como un acto administrativo, aunque obligatorio siempre que las personas jurídicas no tengan nada contrario al orden público, a las leyes o buenas costumbres. Así se expresa el Art. 590:

Art. 590: "Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Presidente de la República para que se corrijan, en lo que perjudicaren a terceros; y aún después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia, contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles".

Aunque la aprobación por parte del Presidente de la República es obligatoria, es decir que no puede negarla si los estatutos no con-

tienen nada prohibido por la ley, sin embargo este sistema demasiado autoritario no parece suficientemente democrático. Se presta también fácilmente al abuso, porque no hay plazo dentro del cual deba producirse la aprobación, ni se considera un procedimiento para apelar de una resolución injusta o de una demora excesiva. La libertad queda, pues, innoblemente coartada.

Debe observarse que en la práctica se suele aprobar los estatutos de corporaciones por medio de "Acuerdos" Ministeriales, los cuales se deben entender como verdaderos actos administrativos de los Ministros de Estado, y no del Presidente de la República, como manda la Ley. Quizá la única explicación plausible sería la de que los Ministros de Estado obran por delegación del Presidente.

Resulta también incongruente que las corporaciones deban hacer aprobar sus estatutos por el Presidente de la República, y que no se exija igual requisito a las fundaciones, que casi en todo siguen las mismas reglas de las corporaciones.

La Ley no autoriza al Presidente (o a los Ministros) para reformar los estatutos, al aprobarlos o después. Sin embargo, es muy frecuente que en los Decretos o Acuerdos de aprobación se ordene reformar o se reforme directamente los estatutos que se aprueban. Este proceder solamente se podría justificar, fundándose en el espíritu de la ley, cuando dichos instrumentos contuvieren disposiciones contrarias a las leyes, el orden público, las buenas costumbres, o perjudicaren a terceros, pero en ningún caso, si solamente se tratare de defectos técnicos u otras cosas por el estilo.

El sistema del reconocimiento como concesión administrativa ha perdido terreno en el Ecuador al dictarse nuevas leyes especiales sobre ciertas personas jurídicas, y también por obra de la jurisprudencia que en general se ha inspirado en conceptos más amplios.

El Art. 88 del Código de Procedimiento Civil establece el modo de citar a las comunidades de indígenas. Antes de que se dictara la Ley de Comunas, y a pesar de que ninguna disposición legal reconociera personería jurídica a tales entidades, sin embargo el derecho tampoco las desconocían y ya el antiguo Código de Enjuiciamiento Civil disponía la forma de citarlas.

Una importante sentencia de la Corte Suprema reconoce que la Iglesia y las entidades católicas tuvieron personalidad jurídica, a pesar del Decreto Supremo 121 de 18 de diciembre de 1935 y antes del D. S. 212 de 24 de julio de 1937 que derogó al primero y reconoció expresamente la personalidad jurídica de esas entidades. Dicha sentencia considera que de otro modo no habrían podido poseer bienes, cosa que la misma ley admitía como un hecho, con notable incongruencia.

Para terminar este punto, recordemos que la regla 9 del Art. 7 del Código Civil garantiza la no retroactividad de la ley en cuanto a la personalidad jurídica ya adquirida; pero si una entidad no estuviere plenamente constituída, y mientras tanto se dictara una nueva ley, ten-

dría que cumplir los requisitos exigidos por ésta última desde que entra en vigencia, para adquirir la personalidad.

97.— División de las personas jurídicas en públicas y privadas.

De gran trascendencia es la distinción de las personas morales en públicas y privadas. Sin embargo no es muy antigua. La personalidad jurídica según Ferrara, "por diversos factores históricos permaneció mucho tiempo envuelta en el manto del derecho público y sólo poco a poco se fué liberando y adquiriendo ciudadanía como figura de derecho privado". Si bien, por otra parte, hay que observar que el concepto del Estado mismo como persona es también moderno; antes se reconocía la personalidad del Príncipe, del soberano; luego, con el llamado Estado de policía, aparece el Fisco como personalidad privada, y sólo posteriormente se fundamenta toda la teoría del Estado en el reconocimiento de su personalidad jurídica, que entraña además, como cosa secundaria, la capacidad y personalidad de derecho privado.

En el campo internacional las consecuencias son enormes. Baste señalar que el atributo de la soberanía sólo conviene a las personas públicas (y no a todas), y es el presupuesto para la aplicación de la mayoría de las reglas del Derecho Internacional. En el interno, no es menor su importancia. Las personas jurídicas públicas, en efecto, gozan de ciertos privilegios y están sometidas a contralores especiales; sus trabajos se consideran públicos; tienen también incapacidades peculiares en el derecho civil (por ejemplo, para transigir, arrendar a largo plazo, etc.); un tratamiento especial en el proceso; sus actos tienen fuerza de actos ejecutivos; a ellas se refiere el Derecho Administrativo; y en el aspecto de la legislación, exigen una ley para su principio y fin.

Nadie niega, pues, que se trata de una distinción que conviene establecer muy claramente en el Derecho Civil, pero es tarea extremadamente difícil y ha dado origen a gran número de teorías. En efecto, si se comparan los tipos extremos, todo resulta muy nítido, pero existe una escala riquísima de figuras intermedias, y el señalar el punto de separación es casi imposible.

Para algunos, como Ducroq, Mayer, Giorgi, Fadda, Bensa, etc., son personas públicas las que integran la administración del Estado. Como se puede apreciar, estos constituyen sistemas empíricos y no dan un criterio de clasificación propiamente científico. Aquello equivale a decir: son públicas las que la ley señala como tales (como parte de la administración); pero, y ¿por qué éstas y no otras forman parte de la administración? Además, teniendo en cuenta sólo la administración del Estado, la posición de las entidades eclesiásticas de derecho público resultaría inexplicable en el orden jurídico civil, a no ser que se admitiera el más crudo jurisdiccionalismo o se considerara el caso de los entes eclesiásticos como una excepción, una especie de concesión excepcional del carácter público a entidades que nada tienen de excep-

cionales en la vida de las naciones. El hecho de formar parte de la administración, es más bien, una consecuencia del carácter público de algunas instituciones civiles.

La libre participación o la obligatoriedad es para Rosler y Loning, el fundamento de la distinción. Pero observa Michoud, que ni las personas públicas son siempre obligatorias, ni las privadas, siempre libres. Y habría que añadir, que también en esta teoría se incurre en el error de la primeramente expuesta, o sea, que la obligatoriedad, más que la esencia de la persona jurídica pública, es simplemente una consecuencia de dicho carácter público. Tampoco es admisible la idea de Ihering que cifra la distinción en que todos tienen derecho a formar parte de los organismos públicos, no así, de las privadas.

Igualmente accidental es el criterio que ve en los privilegios especiales de ciertos entes, la razón de su categoría de públicos. Y más aún el de Houriou, que coincide con el de nuestro Código Civil, que reduce a uno de esos privilegios el criterio determinante del carácter público: el de ser instituciones costeadas con dinero y personal del Estado.

Varios escritores, por ej. Cammeo y Forti añaden a los privilegios —con mucha razón—, los particulares controles que el Estado ejerce sobre tales entidades; y así distinguen un contralor extrínseco, correspondiente a todas las asociaciones y dirigido a impedir que hagan daño al bien general, y otro propio de los entes jurídicos públicos y que tutela el cumplimiento de los fines propios de ese mismo ente.

Ennecerus, Crone, etc. consideran el origen de cada institución como determinante de su categoría pública o privada. El origen, a mi modo de ver, depende estrechamente de la finalidad, y por eso esta doctrina se aproxima más a la que considera acertada.

El criterio del fin es el que inspira a buena parte de la doctrina italiana: Orlando, Romano, Zanobini, Raneletti, etc. y a varios autores de otras nacionalidades como Mayer, Blading, etc. El fin público, el interés general, es el que caracteriza a las personas públicas. El fin es el que determina, efectivamente, toda su estructura, sus derechos, garantías, privilegios y controles. Sin embargo, este criterio no siempre se compagina con los sistemas positivos, tal como sucede con el de nuestro Código Civil.

Una manifestación muy importante del carácter público de una persona jurídica es su poder, su modo de actuar frente a otras personas. Es una característica tan notable, que casi se puede tomar como criterio paralelo al anterior, y que en la mayoría de los casos coincidirá con él. Si una entidad tiene fin público, poseerá por consecuencia una potestad pública, en tanto que las personas privadas actúan en un plano de igualdad, sometidas a las normas generales del derecho civil. Este es el criterio adoptado por Ferrara, Jellinek, Ferraris. Michoud, Pleiner, y muchos más.

Michoud señala también otros "signos distintivos": el origen, la ingerencia del Estado en la vida interna de la persona moral.

En resumen, la teoría del fin, tiene prioridad lógica, sin embargo, la última expuesta, que casi siempre llevará a conclusiones concidentes con la anterior, puede resultar más práctica para su aplicación.

Ya hemos visto que el Art. 598 del Código Civil adopta como criterio de clasificación de las personas públicas y privadas el de la enumeración de las principales de entre las públicas (el Estado, las Municipalidades), y luego, el criterio de los fondos con que se costean: si son fondos públicos, también la persona jurídica será pública. Esta división estuvo también consagrada en las Constituciones de la República anteriores a la actual; la de 1967, el criterio del origen y las leyes por las que se rigen (Art. 255).

Se debe observar que, desde luego, este reconocimiento exclusivo de ciertas personas de Derecho Público, se refiere solamente al ámbito del Derecho interno del Estado ecuatoriano, es decir, que de ninguna manera se desconoce —y no podía ser de otro modo—, las personas jurídicas de Derecho Público, propias del Derecho Internacional, como son los otros Estados, la Iglesia, y las organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, etc.

Además, en algunas Leyes secundarias se nombran también a otras entidades como personas de Derecho Público, tal es el caso de la Dirección General de Aviación Civil (Art. 10 de la Ley correspondiente).

El criterio económico (de ser "costeadas con fondos del Estado") es tan falaz, aparte de inconsistente, que la misma ley admite la existencia de personas jurídicas privadas que pueden ser costeadas con fondos públicos: el numeral 28 del Art. 53 de la Ley de Régicen Administrativo, señala entre las atribuciones de los Gobernadores de Provincias: "supervigilar las instituciones de derecho privado que reciban permanentemente apoyo económico del Estado". es decir. que entidades particulares, pueden ser sin embargo costeadas por el erario público.

Las personas jurídicas públicas gozan en el Ecuador de un régimen de derecho específico con numerosas características. He aquí las principales: No pueden renunciar a la apelación en los juicios; las sentencias de los juicios en que han sido parte, se elevan en consulta, aunque no haya recurso; no se les aplican las reglas de la deserción del recurso (Art. 360 del Código Procedimiento Civil); pueden declarar de utilidad pública y expropiar bienes (Art. 844 del Código Procedimiento Civil); gozan de jurisdicción coactiva (Art. 1050 de Código Procedimiento Civil); tienen privilegio para sus créditos (Art. 1065 del Código Procedimiento Civil); están sujetas a la vigilancia de la Contraloría y a las disposiciones de la Ley Orgánica de Hacienda en materia de licitaciones, venta de bienes, etc.; están excentas de impuestos, etc.

Nuestro sistema legal, admite, además, entre las Públicas y las Privadas otras dos especies de personas jurídicas que ocupan un lugar intermedio, que podrían llamarse "semi-públicas", para los efectos de

nuestro derecho interno. Ellas son: las mencionadas en el Art. 256 de la Constitución Política, y las personas jurídicas eclesiásticas, en virtud de lo establecido en el Modus Vivendi celebrado con la Santa Sede en 1937, y el Decreto Supremo 212 de 24 de junio del mismo año.

Son personas jurídicas semi públicas: La Caja Nacional del Seguro (Art. 256 Constitución y Art. 56 Ley del Seguro Social Obligatorio), el Banco Central (Art. 256) los Bancos del Sistema de Crédito de Fomento (id), las Juntas de Asistencia Social (Ley de Asistencia Social Arts. 21, 32, 40, 49), la Comisión Nacional de Valores (L. Comisión Nacional Valores, Art. 1), La Caja Nacional de Riego, etc.

Todas ellas están prácticamente asimiladas a las personas jurídicas públicas, pero la misma Constitución de la República les garantiza "la estabilidad y autonomía", es decir, que no forman parte, estrictamente hablando, de la administración pública, y el poder central sólo puede intervenir moderada o indirectamente en su vida institucional.

En cuanto a la Iglesia y las entidades eclesiásticas, las Constituciones del Ecuador, hasta 1897, lo mismo que el Código Civil, reconocían su personalidad de Derecho Público en el orden interno. Además, los Concordatos de 1862 y 1882 consagraban solamente ese carácter, comprometiendo el honor nacional a respetarlo. Desgraciadamente, violando abiertamente el Derecho Internacional y contrariando los principios científicos más elementales, el sectarismo de principios de siglo, desconoció tal carácter de derecho público. La Constitución de 1906, prescindió totalmente de la Iglesia como entidad de Derecho Público. En 1935 un Decreto Dictatorial Nº 112 pretendía interpretar la Constitución teóricamente vigente de 1906 en el sentido de que la Iglesia y las instituciones eclesiásticas "para adquirir personería jurídica" debían cumplir todos los trámites exigidos a las personas privadas. Ese Decreto vejatorio para la Iglesia, era tan absurdo e impracticable, que no pudo durar mucho; contradecía, además a numerosas disposiciones positivas, a la práctica constante, al sentido común y al sentir nacional. Con el Modus Vivendi de 1937, se reparó esa atentada injusticia reconociendo a la Iglesia y sus instituciones una personalidad jurídica específica, cuasi-pública, dotada de la más amplia autonomía frente al poder público. Se constataba y reconocía así, una realidad innegable: que la Iglesia y sus organizaciones desempeñaban en el país una serie de funciones de carácter público: servicios religiosos, de cultura, de colonización, de beneficencia ,etc., de los que el Estado no puede prescindir, y que no cabía tampoco impedir sin cometer un gravísimo atropello y causar un daño irreparable al mismo país. Así, pues, la solución encontrada en 1937, y recogida por el Decreto Supremo 212 de 24 de junio, aseguró a la Iglesia una condición digna y apropiada para que goce en el ámbito interno del país, de las debidas garantías de independencia frente al poder civil.

Las entidades eclesiásticas, son reconocidas, no por "aprobación" de sus estatutos, como las demás corporaciones o fundaciones ci-

viles, sino simplemente por su presentación al Ministerio de Gobierno, para que éste "ordene su publicación en el Registro Oficial", de tal manera que se garantiza que la autoridad civil no se inmiscuya en lo que no es de su competencia.

98.— Clasificación de las personas jurídicas de Derecho Privado.

Nuestras leyes no indican cuáles son las personas jurídicas privadas de manera directa, de modo que solamente podemos señalarlas por exclusión. Son privadas, las que no son públicas ni semi públicas ni eclesiásticas.

El Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, y concretamente, el art. 587 distinguen las "corporaciones", de las "fundaciones". Ahora bien, esta clasificación en realidad solamente es una subclasificación de las privadas. No tiene sentido hablar de "corporaciones y fundaciones" públicas. Corporaciones y fundaciones son únicamente una división de las personas jurídicas privadas "sin finalidad lucrativa".

Primeramente debemos, pues, distinguir, dentro de las privadas dos categorías: a) Privadas sin fin de lucro, y b) privadas con fin de lucro, llamadas también industriales.

Esta primera clasificación se fundamenta en el Art. 589, que dice que las "sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título". Luego hay dos clases de personas privadas: las sin fin de lucro y las industriales (con fin de lucro).

En cuanto a las personas jurídicas industriales se subdividen a su vez en civiles y comerciales. El Título XXVII del Libro IV del Código Civil trata del contrato de sociedad y se refiere a las personas jurídicas civiles industriales o sea, con fin de lucro. El art. 2073 declara que las sociedades son personas jurídicas distintas por lo tanto de sus socios individualmente considerados. De las personas industriales comerciales tratan el Código de Comercio, la Ley de Compañías, la Ley General de Bancos, las leyes de Compañías, de Seguros, de Capitalización, etc.

Las características más salientes de las personas industriales son estas; se trata de reuniones de personas; cada una de ellas aporta algo; tienen un fin lucrativo: reparten beneficios entre los asociados.

La diferencia entre las industriales civiles y las industriales comerciales está en que éstas últimas pueden ejercer el comercio, y por lo mismo están sujetas a la responsabilidad más exigente propia de los comerciales y a los contralores también típicos del derecho mercantil. Es muy frecuente que se funden sociedades "civiles y comerciales", lo cual quiere decir que pueden realizar todos los actos de una y otra especie.

El art. 2 de la Ley de Compañías enumera 5 especies de compañías de comercio: 1) en nombre colectivo; 2) en comandita simple y dividida por acciones; 3) de responsabilidad limitada; 4) compañía

anónima; 5) de economía mixta; y se declara que las cinco son personas jurídicas. En cambio, no lo es la "compañía accidental o cuentas en participación".

Además de todas las indicadas, son también personas jurídicas privadas, que no caben en ninguna de las anteriores categorías, algunas reguladas por leyes especiales. Podemos llamarlas "personas jurídicas privadas especiales", o "de derecho especial". Tales son, por ejemplo, las comunidades campesinas, las comunas de indígenas, las cooperativas, las Cámaras de comercio, agricultura e industria, etc. Respecto de algunas se discute si constituyen verdadera persona jurídica. Tal cosa sucede con los comités de empresa. Considero, con el Dr. Tobar Rivadeneira que sí son personas jurídicas, pues: a) los estatutos deben ser aprobados por el Ministro de Previsión Social; b) se les aplican expresamente varias disposiciones legales propias de las asociaciones de trabajadores que sí tienen personalidad jurídica (arts. 311 y 319); c) representan por medio de su personero a los trabajadores; d) pueden recibir bienes.

Volviendo a las personas jurídicas civiles sin fin de lucro, éstas se dividen en corporaciones y fundaciones.

Ferrara define las fundaciones como "establecimientos y obras creadas por otros, para realizar un fin extraño, y con un patrimonio a tal objeto destinado, conformándose en su acción a una constitución invariable establecida en el acta de constitución".

Según el mismo autor, las corporaciones son "colectividades humanas asociadas para conseguir un fil común, con medios propios, y, en principio, con libre actividad".

Las diferencias principales son pues: a) el origen: mientras las corporaciones se forman por la reunión de varios individuos que se proponen un fin y estructuran por sí mismos la corporación, las fundaciones dependen de una voluntad extraña, un fundador que destina ciertos bienes para el fin que se propone y que realizarán otras personas; b) la mayor o menor fijeza: las fundaciones tienen que cumplir simplemente el fin señalado por el fundador, mientras que las corporaciones pueden evolucionar más fácilmente, según la voluntad de sus integrantes.

En nuestra ley, sin embargo, la diferencia entre corporaciones y fundaciones apenas se puede percibir. Después de haber clasificado así a las personas jurídicas el art. 587, luego los siguientes artículos se refieren exclusivamente a las corporaciones, y al final del Título XXXIII declara el Art. 604 que "lo que en los artículos 591 hasta 602, se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que la componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran". Entonces, cabe preguntarse, en qué radica la diferencia entre unas y otras, desde el punto de vista del derecho positivo; qué disposiciones son solamente aplicables a las corporaciones o a solamente las fundaciones?

El art. 588 se refiere también a corporaciones y fundaciones; el

589 excluye de las disposiciones de este Título a las otras personas jurídicas que no sean civiles sin fin de lucro, quedan, por consiguiente sólo el art. 590 que se aplica exclusivamente a las corporaciones y el 603 que se aplica sólo a las fundaciones. Ahora bien, el art. 590 establece que el reconocimiento de las corporaciones se hará mediante la aprobación de sus estatutos por el Presidente de la República, y el art. 603 dispone que las fundaciones se regirán por los estatutos elaborados por su fundador, y a falta de esta diferencia, no hay otra, que la que establece el art. 605: una forma especial de terminación que sólo es aplicable a las fundaciones: la extinción de los bienes. Conviene tener a la vista los arts. 603, 604 y 605.

Art. 603: "Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a ese respecto, o sólo lo hubiere manifestado incompletamente, se suplirá esta falta por el Presidente de la República".

Art. 604: "Lo que en los artículos 591 hasta el 602, se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que la componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran".

Art. 605: "Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

99.— Nacionalidad de las personas jurídicas.

La nacionalidad es un atributo de las personas naturales, que tradicionalmente se ha atribuído también a las personas jurídicas, aunque ahora se tiende a no recurrir a esta extensión del concepto considerando que en materia de derechos civiles son iguales los nacionales y los extranjeros y que respecto a las derechos políticos, en los que sí hay diferencia entre unos y otros, no se ejercen generalmente por parte de ninguna persona jurídica, salvo raras excepciones.

Hay varios criterios para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

a) Para algunos la nacionalidad se fija por el lugar de la constitución de las personas jurídicas. Este criterio es claro y sirve para muchas personas jurídicas, pero resulta de difícil aplicación en ciertos casos, y también se objeta contra él, que se presta para fraudes de la ley, mediante la constitución de una sociedad en un país para luego operar principalmente en el extranjero.

b) La autorización gubernamental o judicial puede también determinar la nacionalidad de una persona jurídica, pero esto no siempre existe, como hemos visto al tratar de los varios métodos de reconocimiento; además, a veces, se aprueba a sociedades ya constituídas en el extranjero, para que trabajen en un país distinto.

c) El criterio de asignar la nacionalidad conforme a la de los

fundadores, administradores, gerentes, rara vez puede aplicarse, y no parece justo sino en casos excepcionales.

d) El elemento humano predominante, por cantidad o por funciones de dirección, es otro criterio que se aplica a veces, sobre todo a ciertas compañías como a las de navegación.

e) El criterio del domicilio tiene amplia aceptación, y ha servido de paso intermedio para el desconocimiento de la nacionalidad de las personas jurídicas, reemplazando ese concepto por el del sometimiento a las leyes del lugar del domicilio.

Nuestra Constitución de la República, en el art. 18 declara que "son ecuatorianas las personas jurídicas autorizadas por la ley para los efectos que ella determina. Pero no hay claridad en cuanto al contenido de esta autorización por la ley ecuatoriana; efectivamente, el Código de Comercio exige que las compañías extranjeras que operan en el país obtengan la aprobación de un juez ecuatoriano y cumplan otros requisitos de nuestras leyes, y sin embargo se consideran extranjeras. Algo semejante sucede con la Ley General de Bancos y respecto de las compañías de seguros. En cuanto a las personas civiles, no tenemos ninguna norma interna al respecto.

El Código Sánchez de Bustamante da normas separadamente para la nacionalidad de cuatro clases de entidades: 1) Corporaciones y fundaciones; 2) Asociaciones; 3) Sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas (es decir, que sean a nombre colectivo o en comandita o de responsabilidad limitada, según nuestro derecho); y 4) Anónimas.

Para las corporaciones y fundaciones el Código Sánchez de Bustamante establece la nacionalidad del "Estado que las autoridades o aprueben" (art. 16). Esta disposición es aplicable plenamente en nuestro país, tanto más cuanto que no hay norma interna para ellas.

El art. 17 dice: "La nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyen, y en el que deban registrarse o inscribirse, si exigiere ese requisito la legislación local".

"Las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radica habitualmente su gerencia o dirección principal" (art. 18). Desde luego, esto tiene obvias limitaciones: no se puede escoger de un modo absolutamente arbitrario la nacionalidad, sino que se requiere que exista algún vínculo de conexión con el país escogido, y que sus leyes, permitan la constitución de tales personas jurídicas con el carácter de nacionales.

"Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y, en su caso, por la ley del lugar en que se reuna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo" (trt. 19).

El Código de Derecho Internacional considera también la posibilidad de cambios de nacionalidad y establece que entonces hay que cumplir las condiciones exigidas por la antigua y la nueva ley.

100.— Representación de las personas jurídicas.

El art. 1500 del Código Civil enumera entre los relativamente incapaces, a las personas jurídicas. También el art. 33 se refiere a ellas, como a personas que necesitan de representante; la misma definición del art. 587 contiene igual concepto, y expresamente el art. 593 determina quienes representan a las personas jurídicas.

"El representante obliga a la persona jurídica, no porque la persona sea incapaz de hacerlo por su cuenta, desde el punto de vista jurídico que es al que se refiere la incapacidad, sino porque no hay otro medio físico de realizarlo".

Es evidente, como observa Planiol, que la persona moral no puede adquirir ni ejecutar derechos sin el socorro de la actividad humana y esto, aunque se considere que la persona jurídica sea capaz de formar una voluntad propia. Efectivamente, nuestro Código, en el art. 592 declara que la voluntad de la mayoría de los miembros reunidos en la "sala" expresa la voluntad de la corporación. Pero aún así, esa voluntad no puede hacerse ejecutiva sino a través de unos agentes humanos (individuales o colectivos).

Sin embargo, el concepto de "representación", que antiguamente se admitía sin discución, hoy no se admite por muchoms, que prefieren hablar del "órgano" de las personas jurídicas.

El órgano es parte de la persona moral y sirve para que ésta actúe en la vida jurídica. El representante, tiene, en cambio una personalidad distinta, y aún podría ser contrapuesta. De aquí que parezca preferible la doctrina del "órgano".

Nuestra Ley fluctúa entre el concepto de mandato y el de órgano representativo. Así, mientras en el art. 593 se habla solamente de representación, el art. 2095, refiriéndose a las sociedades en nombre colectivo dice: "El socio a quien se ha conferido la administración por el contrato de sociedad o por convención posterior, podrá obrar contra el parecer de los otros, conformándose empero, a las restricciones legales, y a las que se le hayan impuesto en el respectivo mandato.

Podrá, sin embargo, la mayoría de los consocios oponerse a todo acto que no haya surtido efectos legales", de donde se deduce que, a pesar de insistir la ley en el concepto de "mandato", sin embargo, el socio actúa como órgano, ya que sus actos, si han surtido efectos legales, quedan firmes, aún contra la voluntad de los consocios (dentro de los límite señalados).

La jurisprudencia de la Corte Suprema parece también sostener la doctrina del mandato. En dos sentencias leemos que el personero de una institución (la Municipalidad, y la Junta de Asistencia Públi-

ca), es simple mandatario, y que por lo mismo necesita autorización especial para absolver posiciones.

El Código indica cuál es el órgano primario de toda corporación: la sala, esto es, la reunión de la mayoría de los miembros que tengan voto deliberativo. A continuación, declara que el representante de las corporaciones será quien lo fijen las Leyes, ordenanzas o acuerdos de la propia corporación. Y después, señala cuál es el valor de los actos del representante. Véase los siguientes artículos:

Art. 592: "La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan, según sus estatutos, voto deliberativo, será considerado como una sala, o reunión legal de la corporación entera. La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto.

Art. 593: "Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conefrido ese carácter".

Art. 594: "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante".

101.— Derechos de las personas jurídicas.

En primer término, existe un derecho natural de constituir personas jurídicas para fines lícitos, y este derecho está garantizado por la Consttiución de la República. También el Código Penal, aunque en forma un tanto imprecisa confirma esa garantía (Art. 601).

Luego, hemos visto ya que las personas jurídicas tienen en nuestro sistema una nacionalidad. De esa nacionalidad se deriva también una especial protección de la ley y las autoridades a las personas ecuatorianas; aunque no se rompe el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros, sin duda respecto de las personas jurídicas este principio sufre más excepciones. Las extranjeras están sujetas a mayores controles o exigencias.

Las personas jurídicas pueden tener un nombre, y normalmente lo tienen, para así identificarse mejor. El Art. 36 de la Ley de Marcas de Fábrica de 21 de setiembre de 1928 codificada el 18 de setiembre de 1961, decía: "Las sociedades anónimas tienen derecho al nombre que llevan". El Decreto Supremo 994 de noviembre de 1963 reemplazó el capítulo IV de dicha Ley, por otro, en el que con más detalle se establece el derecho al nombre, tanto de las sociedades como de las empresas, nacionales o extranjeras.

Las personas jurídicas, por su misma naturaleza no pueden tener ninguno de los derechos de familia, ni en general, los considerados como personalísimos. En materia testamentaria, pueden ser asignata-

rias de herencias o legados, pero evidentemente no pueden disponer de sus bienes "por causa de muerte".

Los derechos de las personas jurídicas, son, pues, principalmente patrimoniales. Pueden tener tanto derechos personales como reales, y respecto de toda clase de bienes ,sean muebles o inmuebles.

Los derechos de la corporación le pertenecen realmente a ella, y no se confunden con los de sus miembros; igualmente sus obligaciones no se identifican con las de sus componentes. Esto lo afirma con toda claridad el Art. 591:

Art. 591: "Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.

Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

Si una corporación no tiene existencia legal, según el artículo 588, sus actos colectivos obligan a todos y a cada uno de sus miembros solidariamente.

Del artículo transcrito se desprende que los miembros de una corporación son como terceras personas, como extraños, frente a la entidad, por eso pueden garantizarla, comprometerse solidariamente a responder por sus obligaciones, etc. Y el último inciso es una consecuencia lógica: todo ello es posible siempre que exista legalmente la corporación, si ésta no está reconocida por el derecho, entonces no es un sujeto jurídico independiente y son los miembros los que asumen todas las responsabilidades, además, solidariamente.

El artículo 599 completa al anterior, indicando cómo pueden hacer valer sus derechos los acreedores de una corporación:

Art. 599: "Los acredores de las corporaciones tienen acción contra los bienes de éstas, como contra los de una persona natural que se halla bajo tutela".

Esto equivale a decir que se deberá demandar a la persona jurídica representada por su respectivo personero, y que en el juicio deberá intervenir el Ministerio Público para proteger mejor los intereses de la persona jurídica. También, en concordancia con lo que establece el Art. 594, no se podrá demandar a la persona jurídica por obligaciones que solamente afectan a su representante, por haberse extralimitado en sus funciones.

Respecto de los bienes raíces, el Código contenía una inconveniente e injusta disposición, inspirada por el pensamiento excesivamen-

te individualista de la época en que se redactó, y que subsistió hasta la reforma de noviembre de 1956. Consistía tal regla, en la prohibición de que las corporaciones conservaran bienes raíces sin permiso del Congreso de la República, y que así mismo, para enajenar tales bienes, debían obtener el permiso de la legislatura. Tan engorroso procedimiento no tenía sentido, y felizmente fué derogado y reemplazado por el actual artículo 598 que les asegura la debida libertad en este aspecto:

Art. 598: "Las corporaciones podrán conservar indefinidamente y sin necesidad de autorización especial alguna, los bienes raíces que tengan o adquieran".

Actualmente no existe, pues, limitación para los derechos reales inmobiliarios de las personas jurídicas en general. Si la Ley General de Bancos prohibe a las instituciones bancarias retener por más de dos años inmuebles (salvo los necesarios para su funcionamiento), se debe al principio de la especialidad y no a la antigua desconfianza injustificada hacia las personas jurídicas.

El principio de la especialidad, consiste en que cada persona jurídica es apta para aquellos derechos y obligaciones que corresponden a su naturaleza y finalidades. Así, por ejemplo, una persona jurídica civil no puede poseer establecimientos de comercio, porque no responderían a su naturaleza.

Todos esos derechos patrimoniales de las personas jurídicas se pueden hacer valer en juicio, mediante las respectivas acciones, con la única diferencia de que no pueden comparecer en juicio ni como demandadas, sino por medio de representante legal (Art. 34 del Código de Procedimiento Civil).

Además, de los mencionados derechos, las personas jurídicas tienen facultades especiales relacionadas con las obligaciones de sus propios miembros. Estos deben respetar los estatutos, ordenanzas o resoluciones debidamente dictados, y para que se cumplan se pueden imponer penas de carácter civil o correccional. También el derecho penal protege el orden de las corporaciones, castigando los delitos de fraude, dilapidación, etc. A todo esto se refieren los artículos 595, 596, 597:

Art. 595: "Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella; y sus miembros están obligados a obedecerlos, bajo las penas que los mismos estatutos impongan".

Art. 596: "Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que los estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad con ellos".

Art. 597: "Los delitos de fraude, dilapidación, o malversación de los fondos de la corporación, se castigarán con arreglo a sus estatutos, sin perjuicio de lo que dispongan, sobre los mismos delitos, las leyes comunes".

En el plano político las personas jurídicas prácticamente no cuentan, no tienen derechos. Sin embargo la Constitución de la Repú-

blica da representación funcional en el Senado a las entidades culturales, las mismas que eligen su correspondiente senador.

Las personas jurídicas constituídas en un Estado normalmente se reconocen también en los demás estados, aunque generalmente se les exige cumplir con ciertas formalidades tendientes a dar publicidad a su existencia y características, y también para controlar sus actividades; esto es lo que se llama la extraterritorialidad de las personas jurídicas.

102.— Disolución de las personas jurídicas.

La disolución de las personas jurídicas sigue un procedimiento análogo al de su constitución o reconocimiento. En los sistemas jurídicos en que existe mayor libertad para la constitución de personas morales, también se da la misma amplia libertad para su disolución. En nuestro Derecho positivo hay también aquel paralelismo entre reconocimiento y disolución: así, por regla general, las corporaciones y fundaciones necesitan de un acto administrativo para disolverse, las compañías civiles o comerciales, deben cumplir solemnidades semejantes a las de su establecimiento y otras personas especiales se sujetan a trámites en todo parecido a los de su fundación.

Las corporaciones y fundaciones pueden disolverse por dos causas: A) por voluntad propia; B) por voluntad de la autoridad pública que las autorizó.

En el primer caso (A), no basta la voluntad propia, sino que se requiere el consentimiento de la autoridad estatal que las reconoció. Y esto origina un problema: qué autoridad será aquella en el caso de las fundaciones, que, como hemos visto, no requieren de aprobación? Pobablemente habría que recurrir a la que por sus funciones más corresponda al objeto de la fundación, según cada caso.

Por disposición de la autoridad estatal (caso "B"), se pueden disolver las corporaciones o fundaciones: 1) si comprometen la seguridad del Estado; 2) si comprometen los intereses del Estado; 3) si no corresponden al objeto de su institución; 4) en el caso de las fundaciones, por la destrucción de sus medios (Art. 605). Estos son los casos que enumera nuestro Código Civil, pero nada impide que se establezca plazo o condición en los estatutos de una corporación o de una fundación, y entonces también terminarían al cumplirse tales plazos o condiciones.

Entendemos que "comprometen la seguridad o los intereses del Estado", las personas jurídicas que violan las leyes, y esto en cuestiones de cierta importancia. Por eso el Art. 339 del Código Penal da por supuesto que puede disolverse una sociedad cuando se han realizado actos contrarios a las leyes, estatutos u ordenanzas. De todos modos, para garantizar debidamente el derecho de asociación debería establecerse un trámite seguro, con las debidas apelaciones, para que

se esclarezca en qué casos la autoridad puede legalmente disolver una persona jurídica contra la voluntad de ella misma.

En cuanto a las otras personas jurídicas, en varias leyes se establece lo relativo a su disolución.

El Código Civil trata ampliamente de la disolución de las compañías industriales civiles, en el párrafo 7 del título XXVII del Libro IV, y esas disposiciones se pueden aplicar supletoriamente a otras personas jurídicas a falta de disposiciones especiales. Según ese párrafo, se disuelven las sociedades con fin de lucro civiles: 1) por expiración del plazo (Art. 2118); 2) por finalización del negocio para el que fué contraída (2119); 3) por insolvencia (2120); 4) por extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total (Arts. 2120 y 2122); 5) si alguno de los socios no hace el aporte a que se ha obligado, los otros pueden darla por disuelta (Art. 2121); 6) por muerte de algún socio, salvo que se haya establecido otra cosa, y salvo el caso de las anónimas o de las compañías para arrendar inmuebles o laboreo de minas (Art. 2124); 7) por incapacidad sobreviniente o insolvencia de uno de los socios (salvo ciertos casos) (Art. 2126); 8) por consentimiento unánime (Art. 2127); 9) por renuncia de uno de los socios por grave motivo, de buena fe y que no sea intempestiva (2128).

En la Ley de compañías, se recogen casi todas aquellas causas, y además se señalan otras específicas, para las compañías comerciales: a) La pérdida de los dos tercios del capital; b) la fusión o absorción por otra; c) el acuerdo de la Junta General; d) el traslado del domicilio de la compañía a país extranjero; e) la resolución judicial en los casos previstos por la misma ley, y f) "cualquier otra causa determinada e nla ley o en el contrato social" (Art. 353 Ley Compañías).

La misma Ley de Compañías, considera todavía causas especiales de disolución de las compañías en nombre colectivo: a) por inhabilidad o quiebra de uno de sus socios; b) en caso de muerte de uno de ellos, salvo pacto de continuación con los supervivientes o con los herederos (Art. 354), y estas causas son aplicables también a la compañía en comandita, cuando afectan a los socios solidariamente responsables o comanditados.

Las cooperativas pueden ser disueltas por el Ministro de Previsión Social: 1) por cumplirse el tiempo para el que fueron constituídas; 2) por acuerdo de las dos terceras partes de los socios; 3) por no llenar sus finalidades; 4) por bajar del número de socios indispensables; 5) por perseguir objetivos de lucro; 6) por fusión con otras cooperativas; 7) por quiebra; 8) por no contar con los medios necesarios (Art. 98 Ley de Cooperativas).

Los gremios y otras asociaciones de marineros pueden ser disueltas por el Capitán del Puerto, si no cumplen sus finalidades, según el Art. 151 del Código de Policía Marítima.

En todos los casos reseñados, y otros más, se puede decir que domina el principio de la especialidad de las personas jurídicas: si no

cumplen su fin o llegan a una situación en que no podrán cumplirlo, no tienen razón de ser, y se disuelven.

Normalmente, si se disuelve una persona jurídica, alguien, un liquidador, la Superintendencia de Compañías o de Bancos, etc., continúa las relaciones jurídicas hasta la liquidación total. Pero, por excepción, puede suceder lo contrario, y esto precisamente está previsto en el Nº 4 del Art. 131 del Código del Trabajo, que dispone la terminación del contrato individual de trabajo por extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúa la empresa o negocio.

Finalmente, la Ley de Asistencia Social confiere amplios poderes al Presidente de la República para fijar el plazo dentro del cual deben cumplirse los fines de asistencia social para los cuales se haya dejado una herencia o legado, de modo que si no se cumpliere dentro de ese tiempo, los bienes pueden ser destinados por el Presidente para fines análogos, y así, indirectamente puede darse fin a una corporación o sobre todo a una fundación naciente.

Transcribimos a continuación los artículos 600 a 602 y 605:

Art. 600: "Las corporaciones no pueden disolver por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su establecimiento.

Pueden ser disueltas por ella, o por disposición de la Ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución".

Art. 601: "Si por muerte u otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación a tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para que fué instituída, o si faltan todos ellos, y los estatutos no hubieren previsto el modo de integrarla o renovarla en estos casos, corresponderá a la autoridad que legitimó su establecimiento dictar la forma en que haya de efectuarse su integración o renovación".

Art. 602: "Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Corresponde al Congreso señalarlos".

Art. 605: ""Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

CAPITULO XII

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

103.— Características del Derecho de Familia.

Es bien sabido que las dos grandes instituciones sobre las que se desarrolla el Dereceho Civil son la familia y la propiedad. Ambas constituyen la base de la convivencia civilizada, es decir, de las relaciones humanas ordenadas en la *civitas*.

Pero esas dos columnas fundamentales, tienen naturaleza muy diversa, y consiguientemente las normas que las regulan poseen también caracteres distintos. El derecho familiar se destaca tanto del derecho patrimonial (referente a los bienes; centrado en la propiedad) que en algunos países ha figurado en códigos especiales, como en Rusia, y en Méjico.

Desde luego que esa neta distinción de las dos partes del Derecho Civil no quiere decir de ningún modo que no tengan aspectos comunes. Además, aún las relaciones más caracterizadas de cada especie están íntimamente vinculadas con las de la otra.

Al señalar, pues, las características del Derecho de Familia, conviente tener presente su caracter eminentemente relativo, que admite numerosas excepciones o limitaciones.

a) Conviene destacar en primer término el carácter preminentemente moral de las relaciones familiares. "Ninguna otra rama del Derecho —dicen Planiol y Ripert— toca tan de cerca la moral: la organización de la familia sólo es sólida cuando está fundadada sobre una moral rigurosa. Las reglas que gobiernan el Derecho de Familia son más bien preceptos de moral que normas de Derecho". Naturalmente que si bien toda norma jurídica es también moral, sin embargo hay ciertas leyes en las que puede muy bien resaltar o predominar el aspecto moral, y esto sucede efectivamente en el Derecho de familia.

b) Somarriva, entre otras características pone de relieve que "los actos de familia son de efecto absoluto en el sentido de que el estado civil a que ellos dan origen puede oponerse a cualquiera persona.

c) Fueyo enumera siete características propias del Derecho de familia, y entre ellas la de que predominan en él las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales.

d) El mismo autor señala que en el Derecho de Familia predomina el interés social sobre el individual.

e) Otra oracterística consiste en que el Derecho Familiar conserva el formalismo que tiende a desaparecer en otros aspectos del Derecho Privado.

f) Mientras los derechos patrimoniales son generalmente trans-

feribles por contratos o actos entre vivos y por causa de muerte, sucede, también generalmente, lo contrario con los derechos familiares.

g) Los derechos de familia no son apreciables en dinero, a diferencia de los estrictamente patrimoniales.

h) La representación está fundamentalmente excluída del ámbito del Derecho de Familia, puesto que se trata de derechos de índole muchas veces personalísimas y que por ello sólo pueden ejercerse directamente por su propio sujeto activo.

i) Mientras los contratos patrimoniales se rigen tanto en lo que toca a sus requisitos internos y externos como a sus efectos, por la ley vigente al tiempo de su celebración, los actos de familia se rigen sólo para la celebración, pero sus efectos quedan normados por la ley posterior.

104.— Contenido del Derecho de Familia.

El Derecho de Familia abarca el estudio de la Familia legítima y el de la ilegítima, y también de algunas instituciones complementarias o íntimamente vinculadas con ellas.

El Matrimonio es la fuente de la familia legítima, y constituye el objeto principal de la regulación del Derecho Familiar.

Respecto del Matrimonio hay que tener en cuenta los actos que pueden o deben precederlo (como los esponsales o las publicaciones previas), su celebración con todos los requisitos exigidos a las personas y las correspondientes solemnidades, y sus efectos y disolución

El matrimonio origina también la Sociedad Conyugal, o sociedad de bienes entre los cónyuges, que puede modificarse o alterarse por las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes, la exclusión de bienes, la separación conyugal judicialmente autorizada y otras causas especiales (como el ejercicio por parte de la mujer de una profesión u oficio, la interdicción del marido, su larga ausencia, etc.).

Del matrimonio deriva la filiación legítima, con la institución fundamental de la patria potestad.

La familia ilegítima plantea igualmente los problemas relativos a las relaciones entre padres e hijos ilegítimos.

La Adopción es una institución injertada en el Derecho de Familia con el fin de completarla o sustituirla y da origen a problemas semejantes a los de la filiación legítima o ilegítima, según los casos.

Las relaciones de familia frecuentemente modifican el estado civil de las personas, y por eso también de él se ocupa el Código Civil.

De esas relaciones derivan fundamentalmente los derechos de alimentos (aunque también se pueden dar fuera del ámbito familiar).

Finalmente, completa el estudio del Derecho de Familia, el de las guardas —tutelas y curadurías—, íntimamente vinculadas con la familia y complementarias de ella.

105.— Qué es la familia.

En sentido amplio la familia, según Planiol y Ripert es "el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción".

Fueyo anota que en el Código Civil Chileno se emplea 60 veces la palabra "familia" con diversas calificaciones, sin embargo, nunca se define lo que es la familia. Este mismo autor distingue cinco sentidos que puede asumir ese término:

a) Siguiendo el sentido etimológico, la familia es "el conjunto de personas y esclavos que moraban en la casa del señor".

b) En un sentido vulgar, aproximado al primitivo recién dicho, hoy se entiende por familia a la agrupación de personas que viven bajo el mismo techo. Quedan comprendidos, pues, los criados, servidores y hasta los allegados.

c) En un sentido jurídico amplio, en la familia quedan comprendidos aquellos individuos que resultan de las relaciones conyugales autorizadas por la ley (familia legítima), los que proceden de uniones extramatrimoniales (familia ilegítima) y los que se unen por un efecto psicológico que no es ni legal ni simplemente biológico (familia adoptiva).

d) En un sentido jurídico que se encuentra en el otro extremo del que se acaba de señalar, que podemos denominar estricto, encontramos que la familia se compone de los cónyuges y sus hijos, con exclusión de los colaterales.

e) Entre las dos acepciones jurídicas extremas que se han señalado en las letras precedentes, se encuentra una denominada técnico-jurídica, que es la más acorde con los Códigos. La familia es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.

La Constitución Irlandesa de 1937 define la familia como "el grupo primordial, natural y fundamental de la sociedad, investido de derechos anteriores y superiores a toda ley positiva".

Se puede decir que es un punto definitivamente adquirido por la ciencia el de considerar a la familia como institución natural, con derechos anteriores a los del Estado. Aún las constituciones de tipo socialista como la de Weimar de 1919, la Española de 1931, o la Yugoeslava de 1945 han tenido que reconocer el valor fundamental de la familia como verdadera célula vital de la sociedad, y de allí que el Estado debe toda la protección necesaria para que la familia se desarrolle sana y pujante, aunque dicha protección no debe traspasar los justos límites que la harían degenerar en tiránica intervención.

El carácter natural de la familia trae consigo una consecuencia de suma importancia: que ningún poder humano puede restringir arbitrariamente sus derechos, modificar su estructura esencial o privarle

del ámbito de libertad y de los medios adecuados para su cabal desenvolvimiento.

La tendencia constante de los estados totalitarios será siempre la de invadir la esfera del hogar doméstico, absorver las funciones propias de la familia, controlar indebidamente su vida íntima. De allí lo injusto de la intervención desmedida del Estado en la formación de los hogares, en la educación de los hijos o en la economía doméstica, que son los grandes caminos del absolutismo estatista para privar de la auténtica libertad a los hombres.

Desde luego, que aunque la familia en sus lineamientos generales, por ser una estructura natural, tiene fijeza, en cambio está sujeta a constante evolución en sus formas accidentales y en sus fines secundarios.

Notables sociólogos como Livio Livi señalan en la familia moderna el desarrollo del fenómeno de la concentración y simplificación. Hoy día los lazos familiares en un sentido social y afectivo, comprenden menor número de personas que en otros tiempos y las funciones de la familia se han restringido a lo esencial.

En períodos de poco desarrollo o de crisis del poder político estatal, las funciones no desempeñadas por la autoridad civil han sido sustituídas, por fuerza de los hechos, por otras entidades: la sociedad religiosa, las sociedades gremiales, clasistas, etc., o la familia.

Se puede decir que en el justo y ponderado equilibrio entre los poderes y funciones del Estado y la familia radica buena parte de la recta constitución o conformación del Estado.

Ahora bien, cuáles son esas funciones estrictamente familiares que el Estado debe respetar y tutelar? Tenemos que responder que aquellas que la naturaleza misma del hombre impone.

El hombre necesita en primer término para existir, para prolongar la existencia de la especie en el tiempo, de una familia debidamente ordenada. Los sociólogos demuestran que los estados de promiscuidad sexual no son estados primitivos de la humanidad sino de degeneración a la que han llegado ciertos pueblos que corren rápidamente a su extinción.

Está comprobado que la familia dotada de unidad y permanencia es la más apta para el buen desarrollo de la especie y para el progreso mental y cultural, material y aún económico de los pueblos.

El matrimonio unitario e indisoluble crea el clima más propicio para el equilibrio moral de los individuos, fomenta la paz entre las personas y las familias, asegura la buena educación de los hijos.

Aparte de la finalidad procreadora que acabamos de ver que consttiuye la primera función de la familia, ésta debe cumplir la función educadora. No basta que nazcan hombres, es preciso que subsistan, y que lleguen a su pleno desarrollo. Lo que en los animales se hace por instinto, en los hombres requiere aprendizaje, y aprendizaje a veces largo y penoso que exige paciencia, renovados esfuerzos, dedicación desinteresada, sacrificio generoso de otros para que un hom-

bre llegue a la posesión de los conocimientos y costumbres, de los sentimientos ordenados y de los valores morales adecuados para la vida. Esa labor ardua, que exige compenetración de espíritus, vida en común, sentido desinteresado de sacrificio, en una palabra, amor, solamente pueden cumplirla aquellos a quienes la naturaleza misma inclina irresistiblemente a cuidar de la nueva criatura, es decir, los padres.

Se ha observado que aún entre los animales los padres cumplen una cierta función de adiestramiento o desarrollo de los instintos naturales de los hijos. Y mientras la especie es más débil los cuidados de los padres a los hijos tienen que ser más prolongados, dándose en algunas especies el caso de que la pareja de progenitores se mantienen unidos toda la vida para cuidar largamente de la prole. Ahora bien, como observa Ninkof, el hombre es el ser más desvalido al nacer, y al mismo tiempo que tiene que llegar a una elevación —aún hablando sólo desde el punto de vista natural— y desarrollo extraordinario, sin parangón en la naturaleza, de aquí que los padres tienen que cumplir una función educadora infinitamente más importante que la de cualquier animal. De allí deriva también la necesidad de la unión indisoluble de los padres.

Si a esto se agrega que el hombre tiene que llevar a su pleno desarrollo no solamente el cuerpo sino también el espíritu: su talento, su voluntad, sus sentimientos, y por sobre todo su misma alma inmortal, se comprende que la educación es una continuación imprescindible de la obra de la procreación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha recogido estos hechos evidentes en el artículo que declara que es deber y derecho fundamental de los padres el de la educación de los hijos. Igualmente nuestra Constitución de la República, reconoce esta realidad innegable.

Dentro de esa función educadora la familia tiene no solamente que transmitir conocimientos o experiencias, sino ante todo, que crear un ambiente favorable al desenvolvimiento de una nueva personalidad.

También la religión tiene en la familia su primer santuario Desde luego, no es la familia la sociedad religiosa única ni la superior, pero también, como en la educación que igualmente es compartida por otras entidades.

Ciertas funciones económicas y de seguridad competen también a la familia, pero éstas son más variables con el tiempo y los tipos de sociedad por ser menos esenciales, y más bien accidentales.

Más ajenos a la familia, y solamente vinculados con ella accidental y temporalmente, son las funciones políticas.

El Derecho del Estado no puede alterar la naturaleza de las cosas, y si pretende hacerlo comete un grave desacato, viola los derechos anteriores del hombre y de la familia y tales usurpaciones traen siempre consigo el necesario castigo de la disolución de las costumbres. La naturaleza se venga siempre.

El grado de necesidad de las distintas sociedades es diverso. y de allí que la familia sea más natural y anterior, no sólo cronológicamente sino también lógicamente. Esa superioridad es reconocida también por el Código de Moral Internacional. Pero todo esto no significa que la familia no deba someterse al Derecho del Estado. El Estado es la sociedad jurídica perfecta en la que se encuadran las familias, y su soberanía o poder de decidir en última instancia, implica la sumisión de la familia, para lograr el bien común. No se trata de un sacrificio de lo que no se puede sacrificar, de sus propios fines, de su esencia, sino una subordinación racional, a un poder superior que debe cumplir sus funciones respetando rigurosamente los derechos anteriores y más naturales de la familia.

Dentro de los justos límites, el Estado puede tomar en cuenta las relaciones familiares con mayor o menor extensión, según le aconseja la prudencia, para los efectos legales.

Ya hemos visto que nuestro Código Civil no define la familia, pero se refiere numerosas veces a ella y en unos casos se da un alcance mayor y en otros uno menor a la institución familiar.

Cuando el art. 29 se refiere a "los parientes de una persona", no dice exactamente lo mismo que la "familia de una persona", pero sí algo que más o menos coincide, y se enumeran allí a los cónyuges, los ascendientes y descendientes, los colaterales legítimos hasta el cuarto grado (primos hermanos), y los afines hasta el segundo grado (cuñados).

En el art. 852 del C. C. para los efectos de los derechos de uso y habitación se señala quiénes se comprenden incluídos en la familia de una persona: los cónyuges, los hijos legítimos e ilegítimos actuales o futuros, los sirvientes necesarios, los allegados actuales y los alimentarios. Esta familia, en sentido bastante amplio, se reconoce para sólo esos efectos del derecho de uso o de habitación, pero también en el concepto social se considera que esa es la familia de una persona, en sentido amplio, y puede este concepto tener otras aplicaciones jurídicas, por ej. para apreciar las "cargas familiares" en materia de impuestos, o para los subsidios familiares en cuestiones laborales.

106.— El matrimonio, base de la familia.

El genio jurídico de Don Andrés Bello, que no sólo sabía apreciar el valor de la tradición y de las creencias de una nación sino, ante todo, subordinar la norma jurídica a la moral, a la recta razón y a las verdades trascendentes de la religión, definió el matrimonio en la forma que ha perdurado hasta hoy en nuestro Código, a pesar de tantas y tantas modificaciones como ha sufrido este cuerpo de leyes. He aquí como define el matrimonio, el art. 91, del Código Civil:

Art. 91: El matrimonio 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".

Esta definición que tan objetivamente corresponde al objeto definido, que tantos años inspiró realmente toda la legislación ecuatoriana sobre la familia, que ha sido respetada por los mismos audaces reformadores no es hoy día más que un símbolo de lo que fue el matrimonio ante la legislación de este país, y como una meta a la que deben dirigirse los esfuerzos para que vuelva ser lo que debe ser.

No se puede tachar este ideal de retrógrado. No se esgrima en contra suya el argumento del progreso. En efecto, querer que coincidan las instituciones de una nación con sus creencias más profundas, con sus costumbres más puras, enraizar el derecho en la tradición, son exigencias del progreso mismo y de la técnica científica.

El Ecuador, país hondamente respetuoso de la razón y respetuoso de sus propias creencias religiosas, no puede aceptar que se le imponga por más tiempo en nombre de un vacuo "progreso", instituciones contrarias a los principios de la razón y de la fe.

Y actualmente —decía—, la definición del matrimonio como un contrato indisoluble, para toda la vida... es tan sólo un símbolo. Representa una gloriosa tradición de lealtad a los principios de moral, pero de ningún modo, lo que de hecho es ante los poderes civiles.

La realidad es muy distinta: el Ecuador se ha arrogado el derecho de legislar y resolver sobre cuestiones que no entran en la natural órbita del Estado, y lo ha hecho contrariando los principios del derecho natural, los derechos anteriores y más sagrados de la Iglesia, los derechos de la familia y de la libertad de conciencia de los individuos. Particularmente grave es la admisión del divorcio vincular, la disolución arbitraria de lo que es indisoluble.

Y a la prevaricación de las leyes ha seguido, lógicamente, la de la sociedad, que cada día se connaturaliza más, encuentra más disculpable el divorcio por razones aparentes, sentimentales.

Al escándalo legal ha seguido, pues, la lenta deformación de las conciencias, y hoy es preciso restaurar no solamente las instituciones jurídicas, sino también las costumbres y las mismas ideas.

Lo expuesto no significa incurrir en ninguna injusta intolerancia. Injusta intolerancia sería imponer por la fuerza a una población no católica los preceptos que obligan a los católicos. Igualmente es injusta intolerancia la que sufrimos actualmente los católicos en el Ecuador desde que se han impuesto una serie de principios abiertamente contrarios a nuestra conciencia.

Luchar por sacudir esa tiránica imposición es, pues, luchar contra la intolerancia, y sin la intención de sustituir una a otra.

En efecto, la solución práctica puede ser la siguiente —seguida ya por muchos países—: que cada persona pueda contraer matrimonio conforme a su religión, y que la ley respete a todos y a todos atribuya los mismos efectos civiles. No es otra la función del Estado en esta materia: reconocer los efectos civiles del matrimonio.

En cuanto al vínculo mismo, es algo mucho más profundo y sagrado, y escapa a la competencia del Estado

107.— El matrimonio es institución de Derecho Natural.

Ya he señalado que la familia es anterior al Estado, luego el matrimonio no es una creación del Estado, sino anterior a él, independiente del Derecho Positivo Civil, que sólo debe regular sus efectos en dicho plano jurídico.

Ya queda dicho más arriba, con el testimonio de notables e imparciales sociólogos, y con la confirmación de la lógica más evidente, que la formación misma del Estado supone la previa organización de la familia sobre bases estables, sobre un matrimonio sustancialmente distinto del estado de promiscuidad sexual en el que han caído algunos pueblos salvajes.

Además, las observaciones de los etnólogos y antropólogos confirman la primacía histórica del matrimonio y su existencia universal, en el tiempo y el espacio, con rarísimas excepciones (el caso de ciertos salvajes), que confirman la regla, porque esos grupos humanos degenerados corren rápidamente a su extinción.

Las tradiciones de todos los pueblos, corroboran los datos de la ciencia positiva.

Y los documentos más antiguos de la humanidad, como los libros de los Vedas y la Biblia, al igual que la historia documentadísima de otros pueblos más modernos como los griegos y los romanos cuyos monumentos escritos de todos modos se remontan a los siglos VII y X antes de Jesucristo, confirman también el carácter natural del matrimonio.

Desde otro punto de vista, valga la observación de que aún entre los animales existe cierto orden de las relaciones sexuales, regulado por el instinto, y en el hombre, dotado de razón y de voluntad libre, ese orden debe ser más perfecto.

Mientras más poderosas son las fuerzas de la creación, más admirable orden se descubre en ellas. Y el hombre con su inteligencia y voluntad es el dominador de este mundo, pero también laten en su ser fuerzas de pasión capaces de dominarlo y de destruirlo. Si no existiera un orden superior, independiente del libre querer del propio hombre, y vinculado a la vez con su propia naturaleza, esas serían las únicas fuerzas de la naturaleza no reguladas por la ley natural.

Por otra parte, el destino natural del hombre es muy superior al de los brutos. Está llamado al progreso, al perfeccionamiento, al dominio del mundo, lo cual exige también un mayor orden en toda su vida. Y si consideramos el destino sobrenatural del hombre, entonces, estos argumentos adquieren una fuerza incontrastablemente superior.

Es, pues, necesario admitir que el matrimonio está regulado por el Derecho natural, que es una institución de Derecho Natural, no

una invención arbitraria de un legislador humano. Por eso el matrimonio tiene unas cualidades esenciales ,inmutables, y unos fines igualmente invariables.

La complementariedad de los sexos no sólo física sino también moral, la imposibilidad de que subsista la especie sin esa correlación, la fragilidad del niño, y sus cualidades y aptitudes de aprendizaje, la capacidad de colaboración de los hombres, etc., indican sin lugar a dudas, los fines connaturales del matrimonio: *la conservación de la especie, el perfeccionamiento del individuo* y el *remedio de sus debilidades: procreación, educación* y *auxilio mutuo.*

El cumplimiento más perfecto de esos fines exige a su vez que el matrimonio esté dotado de *unidad* y de *indisolubilidad,* a las que se oponen la poligamia, la poliandria y el divorcio.

Sería largo y árido examinar los argumentos biológicos y sociológicos que demuestran cómo la procreación es difícil, y en casos extremos imposible, sin respetar la unidad del matrimonio que excluye la poligamia, la poliandria y la promiscuidad sexual, y la indisolubilidad que tutela la permanencia del vínculo.

De observación empírica más fácil es el hecho de que sin las cualidades esenciales el matrimonio es prácticamente ineficaz para la realización de sus otros fines, no menos importantes. En efecto, ¿qué educación cabe cuando los padres no pueden conocer con certeza cuáles son sus hijos? ¿Qué educación puede dar la madre que es esclava de los caprichos del hombre, que carece de autoridad de reina del hogar y no es sino una de tantas? ¿Qué educación será posible en un ambiente de desorden, de pasiones, de confusión? y, ¿qué auxilio mutuo cuando las relaciones son fugaces, cuando no existe seguridad de permanencia, cuando uno de los cónyuges puede se rabandonado "lícitamente" (por el divorcio) en cualquier momento, es decir, cuándo seguramente será abandonado cuando más necesita de apoyo, cuando le enfermedad, la vejez o cualquier desdicha o capricho le hagan más indigente y menos deseable?

La educación es la continuación y coronamiento de la procreación. El hombre abandonado a sus instintos, sin el auxilio de sus semejantes, en poco se diferencia de los animales; ahora bien, los llamados por la fuerza misma de las cosas a desarrollar el germen de perfección humana de un ser, son primeramente quienes pusieron el cimiento de su ser corpóreo.

Y quienes están llamados a tan alta colaboración no pueden desentenderse mutuamente como extraños, tanto más cuanto que les une un vínculo poderosísimo puesto por la naturaleza para ayudar al cumplimiento de sus fines: el amor. Aquella finalidad de la ayuda mutua, exige frecuentemente renunciamientos heroicos, nobilísimos sacrificios, es obligación que se vuelve más apremiante en el desvalimiento, en la enfermedad y en la pobreza y la desgracia y todas las miserias humanas. Pero, ¿qué cosa más razonable que quienes se aman, que quienes deben amarse, se sacrifiquen el uno por el otro?

Evidentemente sólo el matrimonio unitario —entre un solo hombre y una sola mujer—, e indisoluble —por toda la vida—, es el dispuesto por la naturaleza del mismo hombre para satisfacer perfectamente los fines intrínsecos del mismo matrimonio: procreación, educación, ayuda mutua.

Por eso, hasta los instintos y las tendencias humanas —cuando no están artificiosamente corrompidas—, impulsan hacia ese sano tipo de matrimonio. Además, la índole misma del amor es la de una entrega plena, absoluta, incondicional que no admite, pues, distribución, partición, ni límite de tiempo.

El hombre halla en el ser amado el complemento de su ser y a su vez él se considera parte integrante del ser amado. Todo lo que rompe esta perfecta compenetración dispuesta por la naturaleza, sea permitiendo la unión de un hombre con varias mujeres, o viceversa, es lógicamente contrario a la esencia del amor —fundamento del matrimonio—, contrario, pues, al Derecho Natural. Igualmente contrario al sentido profundo del amor, es la provisionalidad del matrimonio introducida por el divorcio.

108.— Carácter sagrado del matrimonio.

Los fines y cualidades del matrimonio adquieren todavía mayor solidez cuando a la consideración de sus aspectos naturales se añade la del caracter sagrado que reviste el matrimonio.

La costumbre universal de todos los tiempos de realizar el matrimonio mediante ceremonias religiosas, de acompañarlo de sacrificios, de solemnizarlo en los templos y con la intervención de sacerdotes, revela que en el fondo de la conciencia de los hombres de las más distintas razas y culturas está arraigada la idea de que el matrimonio es algo sagrado. Si hay un ejemplo de una verdad aceptada por consentimiento universal, sería precisamente este.

Los creyentes, además, a la luz de la revelación sostenemos con toda firmeza cuál es el fundamento de ese carácter sagrado. Primeramente, la finalidad primordial del matrimonio, la procreación, es una participación en la obra divina de la creación según los planes de Dios que crea las almas. Por otra parte, es esencial en el matrimonio el derecho recíproco de los cónyuges sobre el cuerpo del otro en orden a la procreación, y el cuerpo del hombre, para el cristiano es algo santo. Sagrado es por lo tanto el vínculo que da ese derecho y que regula conforme al pensamiento de Dios el uso del poder procreador.

Finalmente, es doctrina de origen apostólico, que el matrimonio posee un carácter sagrado porque simboliza —no de un modo arbitrario y externo—, sino en cierta manera misteriosa, real e intrínsecamente, la unión de Cristo a su Iglesia. Este simbolismo es perfecto en el matrimonio entre católicos una vez consumado, y el simbolismo es menos perfecto en el matrimonio de los no católicos o en

el no consumado, de donde se derivan importantes consecuencias relativas a la indisolubilidad del vínculo.

El carácter sagrado del matrimonio —de todo matrimonio—, hace que caiga en la esfera de lo religioso antes que en la de lo simplemente civil o estatal.

109.— Carácter sacramental del matrimonio.

Pero hay algo que eleva al matrimonio a un plano incomparablemente superior. Se trata de una elevación que exigió una intervención directa de Dios: la elevación a la dignidad de sacramento. Esto es como una nueva creación: no de la nada, sino de algo preexistente; pero una creación, porque aparece un nuevo ser: el sacramento; el medio específico de santificación; el símbolo real e intrínseco de otra realidad; la señal sensible de la gracia que se da a los hombres: participación de la vida divina.

El matrimonio fué elevado a la dignidad de Sacramento por N. S. Jesucristo, y así fué colocado en el mismo plano que el Bautismo o la Eucaristía; es desde entonces uno de los siete sacramentos, confiados por Jesucristo a su Iglesia, para santificar a los fieles.

La altísima dignidad del aspecto sacramental del matrimonio, convierte dicho aspecto en la realidad central, primordial, en torno a la cual se ordenan las demás características del matrimonio. Ante la grandeza del sacramento, no desaparecen los dictados del derecho natural, ni el carácter originariamente sagrado, sino que ambos se consolidan y perfeccionan.

Y la primera consecuencia de orden jurídico de todo esto, consiste en que, si ya desde antes el matrimonio era algo propio de la religión, hoy, puesto que es un sacramento, está totalmente subordinado a la Iglesia. A ésta ya correspondía lógicamente velar por el matrimonio dado su carácter sagrado y de institución de Derecho Natural, pero siendo además un sacramento, toca de pleno derecho a la Iglesia su regulación y tutela.

Esto no significa, desde luego, que el Estado no tenga ningún derecho ni deber frente al matrimonio. Por el contrario, la Iglesia reconoce plenamente al Estado la órbita de actuación propia de este, que comprende todo el amplio campo de los efectos llamados "civiles" del matrimonio, entendiéndose esa palabra en un sentido muy extensivo.

110.— Efectos civiles del matrimonio. Función del Estado.

Dado el fin de la sociedad política: el bien común temporal, es evidente que compete al Estado una amplia jurisdicción sobre los efectos civiles del matrimonio. Al regular esos efectos, dentro de las normas de la moral, con justicia y prudencia, el Estado promueve eficazmente el bien común, que es su finalidad.

Como el fin de la Iglesia es distinto del del Estado, ambos po-

testados pueden cumplir el suyo propio sin perjudicarse. Pero como el bien del hombre es uno solo aunque tenga muchos aspectos, las dos facetas de su fin (temporal y eterno) tienen que coordinarse debidamente; de otro modo no se puede cumplir el fin total y perfecto del hombre ni de la sociedad. La perfecta concordancia de las normas eclesiásticas y civiles es necesaria, como en pocas cosas, en el delicado asunto del matrimonio. De no existir esa perfecta coordinación, no habrá verdadero orden jurídico, y tampoco puede haber sólida paz, armonía, perfección en la familia y en la sociedad.

El Estado debe en primer término avocar con plena responsabilidad la regulación de los efectos civiles del matrimonio —cuestiones patrimoniales, relativas al domicilio y nacionalidad de los cónyuges, parentesco, subordinación, herencias, alimentos, patria potestad, tutelas, adopción, etc., etc.— y al mismo tiempo que satisfaga con celo su propia misión, no debe inmiscuirse en lo que no le corersponde, no debe invadir el campo de acción asignado a la Iglesia por la naturaleza, por el carácter sagrado del vínculo matrimonial y por disposición expresa del mismo Autor de todas las cosas.

No corresponde al Estado legislar sobre el vínculo mismo, sobre el modo de contraerlo los cristianos o quienes tienen una religión, ni sobre los impedimentos o dispensa de los mismos, ni sobre las propiedades fundamentales del matrimonio y otras materias por el estilo. Todo esto no depende del arbitrio de los hombres, está impuesto por la naturaleza desde el principio de los tiempos, y está confiado fundamentalmente a la tutela de la religión. El Estado debe solamente prestar su apoyo para que se respeten las disposiciones de aquella, disposiciones que por otra parte deben siempre conformarse al derecho natural.

Pero todavía corresponde al Estado otra responsabilidad. Dada la pluriconfesionalidad de muchos Estados, éstos deben legislar sobre el matrimonio de quienes carecen de religión, disponiendo para ellos los sistemas adecuados para que puedan contraer matrimonio respetando el derecho natural. Si es preciso el Estado podrá disponer una ceremonia o solemnidad mediante la cual el consentimiento se exprese en forma válida y que no dé lugar a dudas o discusiones, tal ceremonia o "matrimonio civil", puede ser necesaria o por lo menos conveniente, pero solamente para quienes no tienen religión. Por otra parte, el Estado debe vigilar que los matrimonios contraídos por cada ciudadano según su respectiva religión se ajusten a las normas del Derecho Natural, dejando en todo lo demás amplísima libertad a todas las confesiones y creencias religiosas.

111.— Breve recuento histórico del matrimonio civil en el mundo.

Durante muchos siglos los estados comprendieron su misión y en general la cumplieron, con algunas excepciones que lejos de destruir o negar el derecho constituyen una prueba más de su realidad.

En la misma antigüedad pagana, el Estado dejó normalmente a las religiones el cuidado del vínculo matrimonial, limitándose a regular los aspectos temporales del mismo.

Con el triunfo del cristianismo la delimitación teórica de competencias se hizo más clara y precisa, si bien algunas veces la Iglesia tuvo que preocuparse aún de asuntos puramente civiles por la anarquía, por la falta de ejercicio de sus atribuciones por parte del Estado; y tampoco faltaron algunas intromisiones cesaropapistas en el campo eclesiástico.

En todo caso, la regla general durante los siglos IV a XV fué la de la armónica distribución de las funciones de la Iglesia y el Estado, conforme a la naturaleza, y al mutuo respeto ed las mismas.

El protestantismo, que rompió la unidad del mundo occidental, quebrantó también aquela armonía, y al desconocer la suprema autoridad de la Iglesia, tuvo consecuentemente que laicizar el matrimonio, arrebatar su legislación de manos de la Iglesia, y claro está, el único que podía haredar esas atribuciones era el príncipe secular.

Así se iniciaron una serie de intervenciones estatales en la regulación canónica del matrimonio, intervenciones ampliamente aprobadas por Lutero, y que como estimulaban el absolutismo en boga, fueron bien acogidas por los monarcas despóticos. En Holanda, Estado que llegó a ser totalmente protestante, la legislación deformó de tal manera el matrimonio que los católicos no podían sujetarse a ella, y como medida de tolerancia se creó para ellos una especie de matrimonio civil regulado de manera menos opuesta al Derecho Canónico, esto fué en 1580, y probablemente es el primer intento de establecer por parte del Estado una ceremonia especial para el matrimonio de un grupo de personas.

Es bien conocida la actuación de Enrique VIII de Inglaterra, quien desgarró de las entrañas de la Iglesia a su nación para atribuirse poderes despóticos en materia religiosa y legislar sobre el matrimonio conforme le inspiraban sus pasiones desordenadas. La historia de la intervención ilegítima del Estado en cuanto al matrimonio se refiere, es la historia de los despotismos y las dictaduras, los absolutismos y totalitarismos. Es lógico: ¿qué más puede ambicionar un déspota que regir hasta la vida íntima de sus súbditos?

Fué el tiránico José II de Austria quien difundió por primera vez el sofisma de la distinción entre el "matrimonio sacramento" y el "matrimonio civil", atribuyéndose plena jurisdicción sobre éste. Es algo así como querer sostener la existencia de dos soles: el sol en cuanto fuente de luz, y el sol en cuanto fuente de calor; luego, ¡hay dos soles!

No bastó que los Papas proclamaran repetidas veces que para los católicos el único verdadero matrimonio es el sacramento, y que por tanto si una unión no es sacramental tampoco es matrimonio; el argumento de José II se difundió fácilmente porque permitía justifi-

car aparentemente la usurpación por parte del Estado, de los derechos de la Iglesia.

El matrimonio civil fué, pues, sucesivamente aceptado en muchas naciones. Impuesto en Francia, en el período más violento de la Revolución, se franqueó la entrada en los países europeos por la fuerza de los cañones imperiales.

Muchas naciones, sin embargo, tras las amargas experiencias de desmoralización, disminución de la natalidad, propogación de la delincuencia, etc., han vuelto sobre sus pasos y han restaurado los legítimos derechos de la Iglesia. Algunos países han realizado esa restauración mediante concordatos celebrados con la Santa Sede.

Algunos de los solemnes convenios internacionales han sucumbido nuevamente ante la violencia de los tiranos: Alemania nacista al invadir y anexarse Austria en 1936 desconoció el concordato celebrado pocos años antes por la víctima de su imperialismo, e impuso leyes racistas antihumanas a ese católico país. Lituania sufre aún en nuestros días la esclavizante férula comunista; asimismo las tropas rusas al invadir esa mártir nación, dejaron en la nada los compromisos internacionales, y muy pronto reemplazó una legislación disolvente a las normas canónicas hasta entonces plenamente respetadas por Lituania. ¿Qué mejor manera de aniquilar un país que atacar a la familia?

112.— Historia del matrimonio en el Ecuador.

Las leyes españolas vigentes en la época colonial y en los primeros años de la República reconocían la plena vigencia del Derecho Canónico en materia de matrimonio.

Igual cosa sucedía con el Código de Don Andrés Bello, adoptado por el Ecuador y varios otros países americanos. Así el Art. 100 del Código Civil Ecuatoriano en la edición inmediata anterior a las reformas liberales, o sea en la edición de 1889 decía así: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.— La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ellos". Como nuestro país era entonces un Estado confesional que reconocía oficialmente como religión del Estado a la Católica, dicho artículo se encuadraba plenamente en ese sistema.

A pesar de que la población ecuatoriana era prácticamente en su integridad católica, se consideró sin embargo la necesidad de regular la situación de contadísimos extranejros no católicos que podrían querer contraer matrimonio en el Ecuador, y así se dispuso en 1873 que "los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador, deben sujetarse a las prescripciones de las leyes civiles y canónicas". (Art. 1º de la ley, y que retormaba el Art. 114 del Código Civil).

En 1902, sin que hubiera cambiado sustancialmente la configuración demográfica del país, ni evolucionado la conciencia popular, por la simple imposición de una minoría que subió al poder por la fuerza de las armas, contra la voluntad mayoritaria del Estado, se impuso precipitadamente una Ley de Matrimonio Civil, que entró en vigencia el 1 de enero de 1903, y que hace grave injuria a los derechos de la Iglesia, de los católicos, y vulnera la libertad de conciencia en muchos aspectos. Dicha Ley, abría la puerta al divorcio, contrario a la Ley natural.

El divorcio se concedía únicamente por el adulterio de la mujer, y los divorciados no podían volverse a casar sino diez años después. Pero, una vez abierta la brecha, fácilmente se amplió la posibilidad de disolver el hogar; las reformas de 1904, 1910 y 1912 suprimieron aquel plazo de espera, y aumentaron las causales de divorcio hasta enumerarlas en varios incisos, algunos de los cuales comprenden en rigor varias causas; además, se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento. Desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento pudo realizarse mediante un trámite sumarísimo, practicable en un día ante un funcionario de ínfima categoría como el de Jefe o Teniente Político, o también en forma tácita por la separación de más de tres años; se estableció el trámite verbal sumario para los divorcios por causales de ley, se aumentaron dichas causales y se suprimió la simple separación de cuerpos o divorcio no vincular ("semi-pleno" o "imperfecto"). La supresión de la separación conyugal agravaba la situación de los católicos, y en general de quienes consideran el matrimonio indisoluble, pues para solucionar difíciles situaciones domésticas tendrían en adelante que recurrir a la única institución que quedaba: el divorcio vincular, contrario a su conciencia.

En 1940 se inicia una reacción en favor del robustecimiento de la familia. En ese año se suprimió el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento, así como el llamado "divorcio tácito"; en cambio se estableció otro trámite sumario, que por lo menos da lugar a alguna pausa y garantiza que quede regulada la situación en que han de quedar los hijos de los divorciados.

En 1958 se restableció el divorcio semi-pleno, con el nombre de "separación conyugal judicialmente autorizada"; se retocaron un poco las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales y contradicciones de la ley.

En 1961 se dictó una ley que entró en vigencia en 1962 (RO. 78 de 9-II-1962), por la cual se regula el sistema de citación del cónyuge cuyo domicilio se desconoce, para evitar fraudes en el juicio de divorcio; se permite intentar la acción de nulidad de la sentencia de divorcio hasta dentro de un año de pronunciada y ejecutoriada; pero, por desgracia, en un artículo muy mal redactado, confuso y ambiguo, se desvirtúa el verdadero sentido de la separación conyugal judicialmente autorizada, aunque la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema parece que intenta corregir este desatino. Esta misma reforma pro-

hibe a los divorciados contraer nuevo matrimonio antes de un año, modificando así tácitamente el Art. 128.

En junio de 1967 se introdujo una nueva causa de divorcio, la separación de más de 10 años, que puede ser alegada aún por el culpable, lo que es el colmo del absurdo jurídico.

En estos días se prepara una nueva reforma que tiene por objeto robustecer los vínculos de la familia, y que probablemente restrinja algo la extraordinaria facilidad que ahora existe para el divorcio.

Nada habría habido que objetar si se hubiera introducido el matrimonio civil en el Ecuador para los individuos sin religión. El Estado en ese caso no habría hecho más que cumplir con un deber. Si nuestra patria en 1902 hubiera sido un país de ateos, tampoco tendríamos nada que decir, sino que el matrimonio civil, en todo caso debería ajustarse al Derecho Natural, y por lo mismo, no admitir el divorcio.

Pero las circunstancias eran y son muy diversas. Los ecuatorianos eran y son en su gran mayoría católicos; ya tenían su ley, y como ley de origen divino la respetaban y reverenciaban indudablemente más de lo que se puede respetar a unas incongruentes disposiciones improvisadas por un usurpador. Pues a ese pueblo católico en su gran mayoría, se le impuso un matrimonio civil abiertamente contrario a su conciencia. Y cometió todavía mayor injuria el legislador al inmuiscuirse en materia religiosa y prohibir la celebración del sacramento si antes no se había celebrado la ceremonia ante el Jefe o Teniente Político. Esto último, significa, además, una verdadera contradicción con la pretendida neutralidad del Estado "laico" ,que le obliga a desentenderse de todo lo relativo a las ceremonias y más manifestaciones de la religión.

Con el matrimonio civil injustamente impuesto a los creyentes, vino, como casi siempre sucede, el divorcio. En verdad podemos decir que la mayor parte de los intentos de establecer el matrimonio civil tienen por objeto el deseo de permitir el divorcio, es decir, de atentar contra la indisolubilidad característica del vínculo por Derecho Natural y Divino.

La introducción del matrimonio civil en el Ecuador significó, pues, además de la injusta invasión del Estado en materia de competencia de la Iglesia, además del desconocimiento de los solemnes compromisos internacionales contraídos por el Ecuador con la Santa Sede, además de alterar sin razón unas normas aceptadas como justas y apropiadas por la mayoría de los ciudadanos, un temerario abrir el campo al divorcio facilitando la corrupción de costumbres y el debilitamiento de la institución básica de la sociedad.

El matrimonio civil ha venido también a originar mil confusiones en las conciencias. Ahora evidentemente, no se manifiesta de modo tan espontáneo, intuitivo, como antes la unicidad del vínculo. Se habla de matrimonio civil y de matrimonio religioso; son dos cere-

monias, e inducen a pensar en dos vínculos válidos, siendo así que para los católicos solamente tiene valor el vínculo sacramental.

Y ¿qué decir de las dificultades materiales que se crean, sobre todo para la gente pobre, para los aldeanos y campesinos, cuando para contraer matrimonio tienen que cumplir todos los requisitos duplicados: ante autoridades civiles y eclesiásticas?

Por otra parte, el Estado ha querido dictar su propia legislación sobre impedimentos matrimoniales, y al hacerlo con tanta precipitación, imitando parcialmente el sistema canónico, quizá sin entenderlo bien, ha incurrido en numerosos errores, ambigüedades, lagunas, que las sucesivas reformas en vano han tratado de mejorar.

Pero el matrimonio civil ha sembrado una raíz más profunda de intranquilidad: siendo como es una usurpación de derechos, los católicos concientes de su responsabilidad estarán constantemente en actitud de reivindicación. La manera de evitar ese malestar social, claro está que no consiste en hacer callar en nombre de la paz a quien tiene la razón, sino en restituir al usurpado, en restaurar lo demolido y en respetar la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, y no solamente la de unos privilegiados que vienen a ser hoy día los ateos.

El Ecuador ha experimentado, como todas las naciones, las consecuencias normales del matrimonio civil: la corrupción de las costumbres, la lenta muerte de la prosperidad social.

No existen en nuestro país estadísticas precisas que confirmen científicamente lo que se acaba de afirmar, pero la observación empírica nos afirma la verdad de ello. En todo caso, tampoco hay razón para creer que nuestra patria sea una excepción, y en muchos países sí existen estadísticas que confirman numéricamente lo indicado, y notables sociólogos como Spencer y Comte va hicieron notar la proporción constante entre suicidios y divorcio, entre divorcio e infanticidio, aborto, etc.

Que el adulterio sea una causal para el divorcio parecería ser un remedio, una sanción para ese delito; sin embargo, la experiencia demuestra que con los divorcios aumentan los adulterios. ¿No es el divorcio, más bien, una puerta de escape, un refugio para el crimen? Ante ese "remedio" del divorcio, ¿no es más fácil sucumbir, que sabiéndose ligado para toda la vida? La sola idea del posible cambio, incita, decía un autor.

Es preciso admitirlo: el hombre no altera en vano las leyes de la naturaleza; la venganza de ella es terrible. Allí está la disminución de la natalidad, allí la pérdida de la autoridad de los padres, allí la criminalidad en auge.

Se sustituye la institución natural y divina por una arbitraria convención de hombres; se cambian los sólidos cimientos por bases de arena —¿Nos podremos quejar después de la ruina y destrucción de la sociedad?— Si es difícil obedecer a Dios, más difícil es obedecer a los hombres. La sociedad civil debe robustecer sus fundamentos, y el modo eficaz, no es el de sustituirse a Dios y tratar de matar las con-

ciencias, despreciar el sentido religioso y moral de sus miembros, sino precisamente actando esas creencias, confirmándolas en sus leyes.

Fútiles han sido siempre y no pueden menos de serlo, los pretextos aducidos para defender al matrimonio civil: se ha dicho que es un modo de perfeccionar el registro civil y de llevar bien la estadística de la población. Pero, en primer término no se puede recurrir a un medio injusto para objetar esos beneficios tan relativos. Además, existen medios adecuados para perfeccionar el sistema de registro de la población, como los empleados por Inglaterra, muchos de los Estados Unidos, Holanda, etc., que consiste en la obligación de inscribir todos los ciudadanos los matrimonios que celebra cada uno según su religión.

La completa separación de la Iglesia y el Estado es otra falsa razón con la que se pretende justificar el matrimonio civil. Falsa razón por muchos conceptos: falso es el principio, y mal deducidas las consecuencias. Si bien es verdad que el Estado y la Iglesia son sociedades distintas, cuyas respectivas órbitas de acción deben estar bien delimitadas, no es verdad en cambio, que deban desentenderse y desconocerse mutuamente; los dos grandes poderes que velan por el bien común temporal y eterno de unos mismos individuos no pueden contradecirse, no deben destruirse, deben coordinar, armonizar su acción. Y en un Estado de mayoría católica, es todavía menos justificable la absoluta separación de las dos potestades.

Además, aún supuesto que se debiera aceptar ese falso principio, el desconocimiento del valor del matrimonio religioso y la despótica imposición del civil para todos, no es una consecuencia necesaria ni mucho menos. Al contrario, el mismo legislador laico debería respetar la conciencia de los católicos por lo menos al igual que la de los ateos. Y así como nosotros no queremos, no podemos, imponer a los incrédulos la celebración de un sacramento, ellos no pueden imponernos un supuesto vínculo contrario a nuestros principios. Si se sostiene el matrimonio civil en nombre de la libertad de conciencia se cae en crasa contradicción: se niega a los católicos —a la mayoría de los ecuatorianos— el derecho de proceder conforme a su conciencia.

En el fondo la verdad es esta: todo lo que se diga para defender el matrimonio civil son sofismas que fácilmente se rebaten; nada puede justificar lo que es contrario a la naturaleza y a la voluntad de Dios. La auténtica causa por la que se propugna tal institución es porque permite arreglar artificiosamente la familia conforme a los caprichos y pasiones, es, particularmente porque todo intento de corromper la disciplina canónica y obtener de la Iglesia el divorcio ha resultado vano, en cambio, el legislador civil es muy condescendiente...

La Iglesia no ha cedido jamás, ni podrá ceder en esta materia. el matrimonio es uno e indisoluble: no hay divorcio. Y sobre todo poder humano está el de Dios, y El a dicho: "lo que Dios ha unido, el hombre no lo separe".

La manera más fácil y perniciosa de atacar las propiedades esenciales y naturales del matrimonio, de socavar las bases de la familia, es,

por lo tanto, arrebatar la regulación del matrimonio a la Iglesia y ponerla en manos del Estado.

Es preciso, por tanto, si se quiere reformar las costumbres, robustecer la familia ,evitar el avance de la criminalidad y la disminución de la natalidad, restaurar el matrimonio a su original dignidad y nobleza, y eliminar el divorcio que lo destruye.

Y no se piense que es preciso permitir el divorcio en algunos casos extremos. Lo que no es justificable desde ningún punto de vista, en ninguna circunstancia se debe permitir. Muchos ejemplos desgarradores, trágicos, se podrán aducir para impresionar los buenos sentimientos, pero la desgracia no se puede remediar por medios injustos; de otro modo habría también que permitir muchos asesinatos, perjurios, traiciones, etc.

Además, el divorcio atrae el divorcio, y si —contra la ley natural—, se permite hoy en un caso, mañana en otro, y otro... como ha sucedido en varios países, se termina finalmente en las peores aberraciones, y las más grandes "facilidades" y "comodidades" para el divorcio.

Una reforma de la legislación que pretenda ordenarla de conformidad con el respeto debido a la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, implicaría el reconocimiento por parte del Estado de todos los derechos civiles a los matrimonios religiosos celebrados conforme al Derecho Natural, y a los matrimonios civiles celebrados por los ciudadanos sin religión. Y en todo caso, para unos y otros, el Estado debería garantizar las cualidades esenciales del vínculo: unidad e indisolubilidad, excluyendo en absoluto el divorcio vincular o pleno. Como paso previo para llegar a esta reforma, por lo menos debería admitirse la posibilidad de renunciar a la acción de divorcio —cosa que está prohibida actualmente por el Art. 142 del Código Civil—, y establecer la renuncia tácita a dicha acción, por el hecho de celebrar matrimonio religioso, conforme a cualquiera de aquellas religiones que consideran oficialmente indisoluble el matrimonio.

113.— Diversos tipos de legislación matrimonial.

Fernández Clérigo, distingue cinco tipos de matrimonio civil en la legislación contemporánea: "A) Matrimonio puramente confesional (Grecia, Bulgaria, Yugoeslavia, Polonia); B) Matrimonio confesional preferente y matrimonio civil subsidiario, o sea que el matrimonio religioso rige con carácter obligatorio para cuantos profesan la religión oficial, y la legislación estatal o civil solamente se aplica de modo subsidiario en los casos en que los contrayentes o uno de ellos, declaren no profesar aquella religión (España, Italia, Portugal, Noruega, Colombia, República Dominicana, etc.); C) Matrimonio facultativo, en que los contrayentes son libres de celebrarlo ante el oficial del Estado o ante el Ministro de una Iglesia admitida, con tal de que en este último caso, si no se trata de una Iglesia absolutamente oficial, se tome

razón en los libros registros establecidos por el Estado (Inglaterra, Suecia, Finlandia, Checoeslovaquia, Dinamarca, Irlanda, Haití, y varios de los Estados de la Unión Norteamericana); D) Matrimonio estrictamente civil y solemne ante el oficial del Estado y absolutamente independiente de toda forma religiosa (Francia, Bélgica, Alemania, Suiza, Rumania, Turquía, México, y varios países Centro y Sud americanos); E) El matrimonio estrictamente civil, contractual, no solemne, en el que se atiende puramente al consentimiento y a la prueba de la voluntad (Rusia, Estados Unidos, Escocia, en el matrimonio llamado "Gretna Green").

Los tres primeros tipos de matrimonio civil antes enumerados son compatibles con el respeto a la libertad de conciencia y a la religión. Provablemente el que mejor garantiza la libertad es el señalado con la letra C), mientras que los dos primeros se adaptan mejor al Estado confesional.

Desde otro punto de vista se puede distinguir el matrimonio civil que no guarda ninguna relación con el religioso, o aquel que toma en cuenta la forma religiosa aunque sea sólo para exigir ciertas condiciones o formalidades previas. Así, en el Ecuador, se estableció que antes de celebrarse cualquier ceremonia religiosa se debía necesariamente haber celebrado el llamado "matrimonio" civil ante el Jefe o Teniente Político, interviniendo en esta forma inexplicable el Estado "laico", en la legislación canónica: estableciendo un verdadero e inaudito impedimento para la celebración del sacramento del matrimonio. Esta situación no puede sostenerse que esté vigente desde que en 1937 se celebró el Modus Vivendi con la Santa Sede, en el que se reconoce a la Iglesia Católica la plena libertad y competencia en los asuntos propios de su esfera; pero desgraciadamente, en la práctica se sigue obligando a la previa celebración del matrimonio civil, fundándose en disposiciones de leyes secundarias que quedaron sin duda derogadas por aquel Acuerdo Internacional.

114.— Síntesis de los principios fundamentales sobre el matrimonio.

Conviene sintetizar las ideas más salientes expuestas en este capítulo:

El matrimonio es una institución regulada fundamentalmente por el Derecho Natural, y no puede ser alterada arbitrariamente por el hombre.

Además, todo matrimonio tiene siempre cierto carácter sagrado.

El Matrimonio de los católicos, es además un sacramento, y si celebran los católicos una unión sin dicho carácter sacramental, no es matrimonio.

El fin de todo matrimonioes la procreación, la ayuda mutua y la educación de la prole. De estas finalidades se deriva el carácter unitario e indisoluble de todo matrimonio.

La indisolubilidad del matrimonio es perfecta en el matrimonio consumado de los católicos, y menos perfecta en el matrimonio que carece de carácter sacramental (de los no católicos), o que no ha sido consumado.

El matrimonio civil puede ser verdadero matrimonio, conforme al derecho natural, para las personas acatólicas. Para los católicos no tiene valor alguno, en conciencia. Sin embargo, la Iglesia no prohibe —si sólo se contrae para obtener los efectos civiles—, antes bien, impone que se cumpla esa formalidad para evitar mayores males, pero teniendo en cuenta que no es el que establece el vínculo.

La jurisdicción sobre el matrimonio de los católicos corresponde a la Iglesia. El Estado debe dictar una legislación inspirada en el Derecho Natural, que si realmente es así, coincidirá con la eclesiástica en lo esencial.

El Estado no puede invadir la órbita propia de la Iglesia y legislar o juzgar sobre el matrimonio-sacramento, sea ordenando su forma, condiciones, requisitos, impedimentos, etc.

El matrimonio civil tampoco debería poder disolverse por divorcio ya que es indisoluble por derecho natural, salvo en los rarísimos casos que considera la legislación eclesiástica (Privilegio paulino).

En un Estado totalmente católico, no debe existir matrimonio civil. Para los efectos civiles bastaría la inscripción de la ceremonia religiosa en un registro.

Se puede tolerar el matrimonio civil siempre que esté dentro de las normas del Derecho natural y respete el Derecho de la Iglesia. No cumple estas circunstancias: a) Si se exige la celebración del matrimonio civil como previa al religioso; b) si puede disolverse por divorcio; c) si permite la poligamia; d) si establece impedimentos, prohibiciones o requisitos contrarios al derecho natural o eclesiástico.

CAPITULO XIII

LOS ESPONSALES

115.— Concepto.

El Art. 87 de nuestro Código define los esponsales o desposorios como "la promesa de matrimonio mutuamente aceptada".

En el Derecho Civil hay varias promesas que han merecido la especial atención del legislador, así por ejemplo la de celebrar un contrato (Art. 1607), la de no pedir más en razón de una cuenta aprobada (Art. 1508) la venta con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, (Art. 1859), etc.

En general, en todo contrato, se puede decir que hay una o

más promesas de hacer o no hacer, o de permitir o dar algo. Pero puede haber una promesa cuyo objeto directo no sea hacer o no hacer dar o permitir algo, sino precisamente, celebrar un contrato. Equivale a una obligación de contraer cierta o ciertas obligaciones. Así, quien hace una promesa de venta no contrae todavía las obligaciones propias del vendedor, sino que se compromete a adquirirlas, normalmente dentro de cierto plazo o al cumplirse alguna condición.

La promesa jurídica para que tenga valor debe ser aceptada, y mientras no lo sea no produce efecto, y puede ser revocada. Por esto, con exactitud define el Código los esponsales no como promesa recíprocamente dada, sino recípromamente aceptada, lo cual supone, desde luego, que ambos esposos han realizado la promesa.

Lo que se promete en los esponsales es contraer matrimonio. Y para que valga dicha promesa se requiere que los promitentes puedan cumplirla, aunque sólo sea en lo futuro, es decir, aunque actualmente no puedan celebrar el matrimonio por algún impedimento removible. Dos personas absolutamente incapacitadas para contraer matrimonio entre sí, tampoco podrían prometerse su celebración, por ser ilícito el objeto; tal el caso, por ej. de dos hermanos.

Como el matrimonio no sólo es un contrato solemne, sino que tiene particular importancia y está destinado a durar toda la vida, parece lógico que antes de celebrarlo quienes lo contraerán recapaciten detenidamente, y en cierto modo pongan a prueba la firmeza de su determinación de entregarse mutuamente para siempre. Así ha consagrado el uso social de casi todos los pueblos, que preceda al matrimonio el perído de noviazgo, durante el cual los futuros cónyuges se tratan con mayor intimidad y resuelven definitivamente si contraen o no el matrimonio. La promesa de contraerlo, implica ya una decisión, pero como la esencia misma del matrimonio consiste en la voluntad de los contrayentes al momento de celebrarlo, la promesa no puede ser tan vinculante que llegue a comprometer la libertad de los esposos el momento de unirse en matrimonio.

La necesidad de compaginar por una parte el debido cumplimiento de las promesas y por otra, la libertad más plena de los contrayentes de matrimonio, hace de los desposorios una institución de dudosa naturaleza y cuya regulación varía bastante en las diversas legislaciones.

El Código de Derecho Canónico señala la forma de los esponsales (canon 1017), pero en cuanto a los efectos, deja su regulación a la ley natural, y nada se opone para que esta se precise o concrete a través de la legislación civil de cada país. No existe ninguna acción judicial eclesiástica para obligar a cumplir la promesa de matrimonio. Cabe advertir, que en el Derecho Canónico, la regulación de la forma de los esponsales es también moderna. data de 1908, y antes no se consideraba como contrato solemne: desde entonces solamente valen los esponsales celebrados en forma solemne, ante dos testigos y por escrito, o ante el párroco, o ante tres testigos aunque sin acta escrita.

Ninguna legislación civil moderna reconoce actualmente acción derivada de los esponsales para obligar a contraer matrimonio.

116.— Naturaleza de los esponsales en nuestra legislación.

El Art. 87 no solamente define los desposorios, sino que también califica qué clase de acto constituyen y enuncia algunos efectos que no producen. Dice así:

Art. 87: "Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios".

En primer término llama la atención que en todo el Título III del Libro I, que trata de los esponsales, no se diga nada sobre su forma. Vamos a observar de inmediato, que los desposorios sí tienen trascendencia jurídica, sin embargo, como no existe ningún requisito formal, hay que concluir que tales efectos se producen siempre que hay esponsales, cualquiera que haya sido la forma de contraerlos. Naturalmente, todo derivará en un problema probatorio. La razón de que nuestra ley no establezca nada al respecto proviene sin duda de que en la época de la redacción del Código, el Derecho Canónico tampoco señalaba una forma especial. Además, el Art. 87 califica a los esponsales de "hecho privado", y como tal no requeriría de ninguna solemnidad.

Es cuestión muy dudosa la de si los esponsales son realmente sólo un "hecho privado", como dice el Art. 87, o si más bien son un "contrato", como los califica el Art. 90.

El Art. 87 además de declarar a los esponsales "hecho privado" agrega "que no produce obligación alguna ante la ley civil", de tal forma que excluye la posibilidad de que se considere a los esponsales como un contrato, fuente de obligaciones civiles. Pero, por el contrario el Art. 90 habla del "contrato de esponsales", y según la definición de "contrato", contenida en el Art. 1491 dichos actos crean obligaciones; los esponsales deben pues crear alguna obligación, y esa debe ser la de contraer matrimonio, si bien tal obligación no está provista de una acción judicial para exigirla al que no la cumpla voluntariamente.

Que los esponsales sí producen algunos efectos ante la ley civil, es innegable. El mismo Art. 90 los declara "circunstancia agravante del delito de seducción", el Art. 88 permite retener la multa pagada por el esposo incumplido, por el Art. 89 se puede demandar la entrega de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha cumplido.

Quizá los términos demasiado absolutos del Art. 87 quieren referirse más estrictamente a la obligación de contraer matrimonio. Los

esponsales no producen esa obligación, su principal objetivo, el contenido mismo de la promesa, no produce obligación: no se puede demandar al esposo para que contraiga el matrimonio prometido.

El inciso segundo del Art. 87 induce a considerar así las cosas. Dicho inciso es como una aclaración del primero. Indica que los esponsales no producen la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni tampoco dan lugar a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la promesa. Pero todo esto no excluye la posibilidad de otros efectos, como los que se señalan precisamente en los siguientes artículos. Si no se quiere imputar al legislador una contradicción flagrante, hay que interpretar el Art. 87 en un sentido un tanto restrictivo: no producir "obligación alguna ante la ley civil", significa: "ninguna obligación de contraer matrimonio", cuyo incumplimiento dé lugar a indemnización de perjuicios.

Ya los primeros comentadores del Código Civil Chileno sostuvieron la opinión de que los esponsales producen una obligación puramente natural.

Don Luis Claro Solar rebate dicha opinión fundándose en el tenor literal del Art. 87: "no produce obligación alguna ante la ley civil" y en el Art. 1470 del Código Chileno (Art. 1523 del Código Civil Ecuatoriano) que no equipara las obligaciones naturales a las simples obligaciones morales. Sostiene Claro Solar que hay obligaciones puramente morales que tienen trascendencia en el campo estrictamente jurídico, así por ej. la ingratitud es motivo para revocar una donación entre vivos. Del mismo modo, los esponsales serían, según él, un hecho puramente moral: "sometido al honor y conciencia", pero con ciertos efectos jurídicos.

En cambio, otros autores contemporáneos sostienen que realmente los esponsales son una obligación natural. Así se expresa Fernando Fueyo Laneri: "En contra de la opinión de algunos, que hoy parecen ser los menos, pienso, en compañía de los más, que estamos frente a un caso de *obligación natural*, en su efecto de retener lo dado o pagado en razón de ella.

Este punto es evidentemente oscuro. El Art. 1523 del Código Civil parece contener una enumeración taxativa, ya que su último inciso dice: "Para que pueda pedirse la restitución en virtud de *estas cuatro* clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes", con lo cual parece que no cabe hablar de otras obligaciones naturales que las cuatro o las contenidas en las cuatro clases que enumera el referido artículo. Y los esponsales no se puede incluir en ninguna de dichas cuatro clases de obligaciones naturales.

El Art. 2313 del Código Civil parece confirmar la hipótesis de que no hay más que las cuatro obligaciones naturales que enumera el Art. 1523, pues dice así: "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural *de las enumeradas en el Art. 1523*". Pero también puede entenderse que esta referencia a

las "enumeradas en el Art. 1523", significa que sí hay otras obligaciones naturales. Lo que sí es cierto es que ambos artículos (1523 y 2313) se refieren exclusivamente a obligaciones de dar, concretamente, de pagar un dinero, y los esponsales son de un género muy distinto, por lo que nada quita que se configuren como obligaciones naturales.

117.— Multa por incumplimiento de los esponsales.

Una forma muy lógica de garantizar el cumplimiento de una promesa consiste en establecer una multa que debe pagar quien no cumpla la obligación principal. Se usan corrientemente estas cláusulas penales, por ejemplo en las escrituras de promesa de venta. Es frecuente que, para asegurar mejor la efectividad de la multa, se entregue a la otra parte, al acreedor, una cosa, una suma de dinero, que podrá retener y hacer suya si el deudor no cumple su obligación.

Nada impide que se añada al pacto de esponsales la cláusula penal que define el Art. 1588: "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento".

Pero como los desposorios no dan acción para exigir la celebración del matrimonio y para solicitar indemnización de perjuicios, lógicamente tampoco reconoce nuestra ley el derecho de demandar el pago de la multa. La eficacia de la cláusula penal, depende, pues del "honor y conciencia del individuo" (Art. 87).

La cláusula penal se considera generalmente como una estimación anticipada que las partes hacen del perjuicio que se seguiría del incumplimiento de la obligación principal. En esta forma, se facilita la indemnización del perjuicio por incumplimiento. Si no es posible demandar tal indemnización de perjuicios (como no lo es en el caso de los esponsales incumplidos), resulta justo que tampoco se pueda demandar la multa estipulada.

Sin embargo, no quiere esto decir que la cláusula penal no tenga ningún efecto en relación con los desposorios. Si no tuviera ningún efecto, se podría decir que no existe jurídicamente hablando.

Por el contrario, si la multa se ha pagado, bien pagada está. La ley reconoce que ese pago es justo y tiene causa, y por eso no permite "repetir", es decir: volvera a pedir, exigir la devolución de la multa. Nadie, después de haberla pagado, puede alegar con éxito, que ha hecho un pago indebido.

Precisamente en este mecanismo jurídico que da una limitada eficacia (sólo excepción y no acción), a la cláusula penal, se fundamente principalmente la opinión de quienes sostienen que los esponsales crean una obligación natural.

Todo esto está clraramente expresado en el Art. 88 del Código Civil:

Art. 88: "Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro, para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución".

118.— Donaciones con motivo de los esponsales.

Las donaciones que se puedan hacer los esposos no forman parte del contrato de esponsales pero su firmeza depende del cumplimiento de lo prometido. Si no se efectúa el matrimonio, pueden revocarse dichas donaciones. Esto supone que en el pacto de desposorios deba existir una cláusula que determine el tiempo en que se ha de contraer el matrimonio, pues, de otro modo, no podría decirse propiamente que exista incumplimiento de la promesa, salvo el caso de que se haga imposible cumplir los esponsales, p. ej. por el matrimonio con otra persona.

El Art. 89 señala estos otros efectos relacionados con los esponsales: se pueden revocar las donaciones y existe acción judicial para pedir la devolución de las cosas ya entregadas. Además, parece evidente que también habrá excepción para oponerse a quien después de haber incumplido la promesa de matrimonio pretenda demandar la entrega de cosas donadas bajo condición de matrimonio pero que aún no se hayan entregado al donatario. Dice así el referido artículo:

Art. 89: "Lo dicho no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado".

El Art. 89 se refiere no propiamente a un efecto directo de los esponsales, sino más bien a un efecto de las obligaciones condicionales que puedan ser accesorias de los esponsales. Toda obligación condicional es "la que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no" (Art. 1526). Ese hecho futuro puede ser, entre muchos otros, la celebración del matrimonio. Ahora bien, aunque se haya prometido el matrimonio, su celebración no deja de ser incierta, y el Art. 89 ordena que el incumplimiento de la promesa produzca los efectos normales del incumplimiento de condición en las obligaciones condicionales. Concretamente, el Art. 89 aborda el caso de los bienes "donados y entregados bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado": si no se cumple dicha condición, las cosas donadas y entregadas deben devolverse, y si la devolución no se produce voluntariamente, la ley concede acción para exigirla: se puede demandar esa devolución.

"En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese" —dice el inciso 2º del Art. 1846—. Luego, si la donación no se ha hecho por escritura, como sucederá normalmente si se trata de cosas muebles, no existe la presun-

ción legal, y será preciso demostrar que el regalo se hizo bajo condición de celebrar matrimonio, para poder demandar su devolución.

Las donaciones que se hacen los esposos en las capitulaciones matrimoniales no necesitan insinuación judicial (Art. 1459). Pero si no se hacen en dichas capitulaciones ,siguen la regla general y requieren insinuación si el valor de las cosas donadas excede de los veinte mil sucres.

119.— Consecuencias penales de los desposorios.

Art. 90: "Tampoco se opone lo dicho a que se admita la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del delito de seducción".

Indudablemente el que comete un delito sexual aprovechando del estado de especial confianza e intimidad que se crea entre los esposos, comete un crimen más grave que el ordinario. El numeral 4º del Art. 30 del Código Penal enumera entre las circunstancias agravantes de los delitos en general: el abuso de la amistad o de la confianza.

Las sucesivas reformas de nuestras leyes a veces han producido ciertas incongruencias. Así sucede ahora, con el Art. 90 del Código Civil que hace referencia al delito de "seducción", pero el Código Penal no define, no tipifica tal delito.

La seducción no es propiamente un delito, sino más bien el medio ilícito para cometer algunos delitos sexuales. El Art. 485 del Código Penal dice así: "Llámase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento", pero en ningún sitio se tipifica la seducción como delito, ni tampoco se enumera en el Código Penal como circunstancia agravante de los delitos sexuales, el hecho de ser cometidos por quien ha prometido matrimonio. Falta, pues, la debida coordinación entre el Código Civil y el Penal. Y considero que en este caso tiene que prevalecer la Ley penal, que tiene carácter especial frente al Código Civil, con lo cual el Art. 90 de éste, pierde su valor.

CAPITULO XIV

EL MATRIMONIO

Sección 1ª: Generalidades.

120.— Definición del Matrimonio.

En el capítulo anterior, al hablar de familia, quedaron expuestas las principales características del matrimonio, sus fines y las cualidades que de ellos se derivan. Todas esas notas permiten definir al

matrimonio como una institución de Derecho Natural y carácter sagrado, que es sacramento para los católicos, se origina por medio de un contrato solemne, es único e indisoluble y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole.

Las clásicas definiciones de las Institutas y del Digesto, expresan sintéticamente lo más esencial del matrimonio, aunque no determinen la naturaleza jurídica del mismo:

"Las nupcias o matrimonio son la unión de un hombre y una mujer, para vivir en comunidad indisoluble", leemos en el Cap. I, IX, 1 de las Instituciones de Justiniano.

Y el Digesto recoge la definición de Modestino: "El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, participación del derecho divino y humano".

Nótese que ambas definiciones hacen referencia a la perpetuidad y unidad del vínculo, y la segunda hace referencia al carácter divino y humano de la institución.

Hugo de San Víctor definió en el siglo XII el matrimonio como "la sociedad formada por el acuerdo de mutuo consentimiento que vincula a los esposos y recíprocamente les obliga durante su vida común". Tiene particular importancia esta definición dada en una época en que se atacaba por algunos el carácter consensual del matrimonio.

Sobre la base de las definiciones clásicas, los derechos modernos suelen calcar sus definiciones del matrimonio, que coinciden en lo sustancial. Lo propio hacen muchos tratadistas modernos. Entre los canonistas, destaca por su claridad, concisión y exactitud la de Capello: "El contrato legítimo entre el hombre y la mujer para procrear y educar la prole, elevado a la dignidad de sacramento, por Cristo Nuestro Señor".

Nuestro Código Civil define muy acertadamente el matrimonio en el Art. 91:

Art. 91: "Matrimonio 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".

Esta magnífica definición, desde luego, tenía plena validez, respondía a la realidad jurídica ecuatoriana antes de 1903, en que entró en vigencia la Ley de Matrimonio Civil, que desvirtuó completamente, en el plano civil, el valor del matrimonio, al desconocer sus primarias cualidades de institución de Derecho Natural, de carácter sagrado y sacramental y al pretender su unidad e indisolubilidad.

Don Andrés Bello ya temió la posible secularización del matrimonio, y supo oponerse valientemente. El Autor de nuestro Código declaraba tajantemente que sólo la Iglesia puede legislar sobre el vínculo de los católicos, y aparte de todos los argumentos irrefutables para afirmar la exclusiva jurisdicción eclesiástica en tal materia, recurría el insigne jurista a esta consideración de orden práctica: "A qué poner como leyes las que no dirigirían a la autoridad eclesiástica, única competente en materia de matrimonio? Esta autoridad se regiría siem-

pre por las disposiciones del Derecho Canónico y el texto del Código Civil sería para ella letra muerta".

El legislador ecuatoriano quiso además, afirmar de modo expreso la competencia eclesiástica en materia de matrimonio, e introdujo el antiguo Art. 99, que subsistió hasta la edición del Código Civil de 1930 (con el número 100 en aquella), aunque fué tácitamente derogado por la Ley de 1902.

Con lo dicho queda brevemente demostrado que el matrimonio ha sufrido en el Ecuador una transformación tan sustancial, que actualmente la definición admirable del Art. 91, no se ajusta a una institución que ha sido profundamente desvirtuada.

Se afirma primeramente que el matrimonio es un *contrato*, es decir "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (Art. 1491).

Efectivamente, el matrimonio se constituye mediante un acto una manifestación de voluntades: concretamente las dos voluntades coincidentes de los contrayentes, que quieren casarse, que se casan en virtud de su libre consentimiento. En este punto hay una perfecta coincidencia entre nuestras instituciones tradicionales y el matrimonio tal como se halla en la actual legislación civil. Más aún, también la legislación canónica igualmente considera al matrimonio primordialmente como un contrato.

Lo que hoy día se debate entre los tratadistas es si el matrimonio es solamente un contrato o si debe considerarse más bien una institución, o por lo menos, si después de celebrado el contrato, el matrimonio continúa produciendo sus efectos como una institución.

El matrimonio se considera institución porque: a) Tiene un contenido fijo, que no depende de las partes contratantes; b) produce unos efectos que la simple voluntad no puede por sí sola producir; c) quienes lo contraen no pueden alterar sus normas o hacerlo terminar arbitrariamente.

En el plano estrictamente jurídico, diríamos que el matrimonio en cuanto acto consitutivo es un contrato, y en cuanto estado civil es institución.

La definición que estamos comentando (del Art. 91), agrega que este contrato es "solemne". Recordemos que el Art. 1496 del Código Civil distingue y define tres clases de contratos: reales, solemnes y consensuales: "El contrato es *real* cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es *solemne* cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es *consensual* cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

También la Iglesia católica considera al matrimonio contrato solemne, de modo que si no se celebra en la forma prescrita por el Derecho, el contrato no es válido. Rige esto para los católicos de modo riguroso, y para los que no los son, lo más probable es que el con-

trato natural de matrimonio deba someterse a las formalidades exigidas por la ley civil.

Las leyes civiles de casi todos los países del mundo exigen formalidades solemnes para el matrimonio, sea las mismas de la religión, u otras preestablecidas por la ley civil. Solamente en Rusia, en algunos de los Estados de Norteamérica y en Escocia, en el llamado matrimonio de "Gretna Green", no exigen formas solemnes para el matrimonio sino simplemente que conste de modo fehaciente la recta expresión del consentimiento por parte de personas hábiles para contraerlo.

La definición de nuestro Código al decir que el matrimonio es un contrato solemne "por el cual *un hombre y una mujer* se unen..." manifiesta este carácter peculiarísimo del matrimonio, que a diferencia de los demás contratos, debe realizarse necesariamente entre personas de distinto sexo. Además, queda clara la intención del legislador de excluir en absoluto la posibilidad de un matrimonio polígamo o poliándrico: las partes no son más que *un* hombre y *una* mujer.

La unión que el matrimonio produce y a la que se refiere el Art. 91, es una unión total: de cuerpos y almas, de sentimientos e intereses, derechos y obligaciones: una obligación total y sin limitaciones, que fundamenta la unidad e indisolubilidad del matrimonio mismo. Por eso las diversas circunstancias que afectan a esa unidad, debilitan el vínculo matrimonial y la ley debe sancionar para tutelar así la familia y el matrimonio mismo. No cabe, por el contrario, que el legislador se haga cómplice de los hechos o actos que debilitan el matrimonio y encuentre en ellos más bien un motivo de disolución, de divorcio.

La unión matrimonial es *actual*, es decir que se produce instantáneamente en virtud del consentimiento expresado en la forma legítima. Los cónyuges están casados desde que contraen matrimonio, y no dentro de cierto plazo o después de cumplida cierta condición.

Nuestro Código establece que los efectos del matrimonio se producen a partir de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Pero por otra parte, la misma definición del Art. 91, nos habla de unión *actual*, luego, hay que reconocer que la misma ley civil tiene que admitir que una cosa es el vínculo matrimonial sobre el cual no tiene potestad la ley civil, y otra cosa son sus "efectos civiles", los cuales, bien pueden comenzar a producirse algo después de celebrado el matrimonio, es decir cuando éste se inscribe en el Registro Civil.

La definición dice también que la unión es *indisoluble*. Efectivamente, el Derecho Natural y el Derecho Positivo Divino, hacen del matrimonio una unión indisoluble; dicha indisolubilidad es absoluta en el caso del matrimonio sacramental y consumado de los católicos, de modo que ninguna potestad humana puede disolver lo que

Dios ha unido. Pero el mismo matrimonio natural de cualquier otra persona tiene también esta cualidad, aunque no de modo perfecto y absoluto. El matrimonio es indisoluble porque solamente así se pueden cumplir de modo perfecto en la generalidad de los casos, los fines propios del mismo. Es la naturaleza misma de los hombres, la que impone la indisolubilidad del matrimonio, sin ella la humanidad no subsistiría, ni podría progresar y vivir pacíficamente, sin ella la familia se corrompe, sin ella los individuos quedarían a la merced de las más bajas pasiones, la prole sin defensa, la mujer sin protección.

Corresponde a la autoridad civil, lo mismo que a la eclesiástica, —cada una en su ámbito propio, respetar, reconocer la indisolubilidad del matrimonio. No son las leyes humanas las que la han establecido, ni pueden ser las leyes humanas las que atenten contra ella.

Nuestro Código ha querido reforzar el concepto de la indisolubilidad del matrimonio indicando, además, que la unión es "para toda la vida". Es decir que el matrimonio se disuelve únicamente por la muerte de uno o ambos cónyuges.

Desgraciadamente, como hemos dicho, esta realidad no es respetada por nuestra ley. Aunque se declara en la definición que el matrimonio es indisoluble y debe durar toda la vida, el divorcio pretende disolver el vínculo que por naturaleza y por disposición divina es indisoluble. Aunque se declara que el matrimonio es "para toda la vida", muchas circunstancias de la vida, según nuestra legislación autorizan a un cónyuge para abandonar al otro, quizá cuando precisamente necesita más de su ayuda.

Es absurdo considerar que no se hace agravio a las conciencias porque no se impone el divorcio. ¿Quién podía soñar siquiera esa monstruosidad: que se imponga a alguien divorciarse? Tampoco se impone a nadie cometer asesinato, o adulterio, y no se podría sostener que una ley respetara las conciencias porque permitiera esos crímenes pero "sin imponerlos a nadie".

Finalmente, es interesante señalar que hasta un defensor del divorcio, como lo fué Borja, tenía que reconocer que es un mal, una anomalía indeseable, y consideraba que "sería durísima la condición de los católicos", si juntamente con el divorcio no existiera la simple separación conyugal (sin ruptura del vínculo matrimonial), a la cual pudieran recurrir en casos extremos, en lugar de divorciarse. Esto es verdad, y así se reconoció durante muchos años, aún después de la infausta introducción del divorcio en el Ecuador, pero en 1935, se suprimió la separación conyugal o "divorcio semipleno", haciendo así, sin duda "durísima la condición de los católicos". Felizmente, en 1958 se restauró dicha institución, con el nombre de "separación conyugal judicialmente autorizada".

Los fines del matrimonio están claramente expresados en la última parte de la definición del matrimonio, del Art. 91: "con el

fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente". Estas finalidades naturales del matrimonio se concretan en las obligaciones civiles de seguir la mujer al marido y de recibirle éste en su casa, en el derecho de alimentos que se deben recíprocamente, en la protección que el marido debe dar a la mujer y la obediencia que ésta debe al marido, y en todo el conjunto de deberes y derechos que dimanan de la potestad marital.

Cabe observar que entre los fines no se ha puesto el de la educación de la prole, pero esto no quiere decir que nuestro legislador desconozca ese deber y derecho fundamental de los padres, que se ejerce más perfectamente dentro del matrimonio, puesto que tanto la Constitución de la República, como el mismo Código Civil y otras leyes, reconocen esa obligación natural de educar a los hijos. Quizá el legislador entendió que al hablar de "procreación", ya comprendía en ese término el concepto de educación, puesto que procrear no es únicamente ser el instrumento para el nacimiento de una nueva vida, sino también cuidar de ella y llevarla hasta su máximo perfeccionamiento: educar.

121.— Requisitos de existencia del matrimonio.

El matrimonio normalmente debe existir, ser válido y además lícito. Pero cabe la figura del matrimonio inexistente, que no es, que no existe; y se opone a la validez propiamente la nulidad; por fin lo contrario de la licitud es naturalmente la ilicitud. Un matrimonio puede ser válido pero ilícito, y aún se concibe que sea nulo, aunque se considere que en alguna forma existe, que no es inexistente.

La figura más discutida es la de la inexistencia del matrimonio. La mayor parte de las legislaciones solamente hablan de validez o nulidad, pero no de existencia o inexistencia. Para muchos tratadistas se identifica el ser válido al existir, y el ser nulo al no existir.

Para que exista el matrimonio, señala Zachariae se requiere una situación de hecho *(quaestio facti)*, es decir que se haya verificado o no un acontecimiento que las leyes tipifican con el nombre de matrimonio, los requisitos de validez atañen a una cuestión de derecho *(quaestio iuris)*, es decir, si esa relación o acontecimiento ha surgido en tales circunstancias que se lo pueda calificar como jurídicamente eficaz o válido.

Concretamente para que exista el matrimonio, deben reunirse tres condiciones: 1. La diferencia de sexo de los contrayentes; 2. el consentimiento de las partes; 3. la solemnidad, o sea la manifestación del consentimiento delante del funcionario correspondiente.

Desde luego, para que simplemente exista el matrimonio basta que haya "un" consentimiento de ambos cónyuges; es decir que si tal consentimiento es real pero está viciado, dará lugar a nulidad y no a inexistencia. Lo mismo, la solemnidad esencial basta para que el

matrimonio exista, aunque luego la falta de *determinadas* solemnidades pueda causar su nulidad.

En cuanto a los efectos del matrimonio inexistente, comparados con los efectos del nulo, se distinguen principalmente en lo siguiente: 1º El matrimonio inexistente no será jamás un matrimonio putativo (como puede serlo el nulo), y por lo mismo no puede producir los efectos de un matrimonio válido, ni siquiera respecto de un contrayente de buena fe o de la prole. 2º El matrimonio inexistente no puede convalidarse o sanarse por el transcurso del tiempo, no se puede adquirir por prescripción el estado de casados, si no existe matrimonio. 3º La inexistencia puede ser hecha valer por cualquier persona, aún con interés meramente moral. En cambio la nulidad puede solicitarse solamente por determinadas personas señaladas por la ley. 4º El matrimonio nulo debe ser declarado tal por sentencia judicial, de otro modo se presume que es válido; pero en el caso de la inexistencia no cabe propiamente declaración judicial: cualquiera puede pedir más bien que se compruebe, que se constate, que conste la inexistencia. Y si se ha inscrito un matrimonio inexistente, más bien sería preciso hacer anular la partida, pero no el matrimonio, que no existe.

122.— Requisitos para la validez del matrimonio.

La regla más general sobre la validez y nulidad de los actos, es sin duda la del Art. 9. Los actos que la ley prohibe son nulos y de ningún valor, salvo que se designe otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. Así, pues, si no se determina expresamente otra sanción distinta, en lugar de la nulidad, la contravención de la ley produce ésta.

Para los contratos, precisa el 1734 la necesidad de que se cumplan los requisitos exigidos por la ley a fin de que sean válidos; en caso contrario serán nulos. "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes".

Los requisitos para la validez del matrimonio y el pronunciamiento sobre su valor o su nulidad corresponde juzgar, en el matrimonio de personas católicas a la autoridad eclesiástica, por tratarse de un sacramento. Así lo reconocían nuestras leyes hasta 1902, así se obligó también en el campo internacional nuestro país a respetarlo, mediante el Concordato celebrado con la Santa Sede en 1862. Pero desgraciadamente, pasando por encima de lo solemnemente prometido, burlando la libertad de las conciencias, y sin causa alguna que lo justificara, el legislador de aquel año, impuso a la inmensa mayoría católica del país unas disposiciones que despojan arbitrariamente a la Iglesia de su competencia y la atribuyen al Estado.

En su precipitado e injusto proceder, el legislador ecuatoriano tuvo que improvisar una legislación, en buena parte calcada de la Ley chilena de Matrimonio Civil de 1884, aunque aquella no reconocía

ni reconoce ningún género de divorcio vincular y la nuestra parece que fué toda ella forjada con el fin de atacar la indisolubilidad de la familia legítima. La Ley chilena a su vez, pretende adaptar o reproducir en parte, la legislación canónica sobre el matrimonio. Nuestro legislador adoptó, pues, aquellas disposiciones a veces manifiestamente sin entenderlas, de donde se siguen numerosas incongruencias que desdicen de la majestad y corrección de la Ley.

El Art. 108 de nuestro Código, introducido por la Ley de 1902, es copia servil del Art. 1 de la Ley de Matrimonio Civil Chilena de 1884, Ley que surgió como producto de polémicas incidentales entre las autoridades civiles y eclesiásticas de aquel país, y tiene ese carácter polémico y transitorio: "Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario, que se celebre con arreglo a las prescripciones de este Código".

La expresión demasiado absoluta de dicho artículo, podría conducir a que se creyera que cualquier violación de la Ley produce la nulidad del matrimonio. Pero no es así. Por el contrario, el viejo principio del derecho canónico de que "el matrimonio goza del favor del derecho", inspira sin duda también nuestra ley, y por tanto, solamente producen nulidad las causas expresamente señaladas por ella, y no cualquier contravención de la misma.

Si se entendiera el Art. 108 textualmente, sería falso, o por lo menos inexacto, ya que el matrimonio celebrado en el extranjero conforme a otras leyes nacionales o conforme al Derecho Canónico vigente en muchos Estados, sí produce efectos civiles en el Ecuador, ya que el Derecho Internacional Privado así lo reconoce; además, el Código Sánchez de Bustamante en el Art. 41 ordena que "se tendrá por válido en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado en la que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe".

Resalta la inexactitud del Art. 108 si se tiene en cuenta que el artículo que le precede, el 107, afirma que aún el matrimonio nulo puede producir ciertos efectos civiles.

Simplemente el legislador pretendía con este Art. que ahora lleva el número 108, despojar a la autoridad eclesiástica de sus legítimas funciones respecto del matrimonio. No se atrevió al principio el legislador a derogar con efecto retroactivo el antiguo Art. 100 (edición de 1889) que reconocía a la autoridad eclesiástica la competencia sobre los impedimentos matrimoniales, su dispensa y la declaración de la validez o nulidad del vínculo. Se introdujo, pues, una nueva legislación, en cierto modo paralela a la anterior: se trasladó al poder civil esa potestad propia de la Iglesia, pero no se dijo nada respecto de los matrimonios celebrados antes. Hubo jurisprudencia en el sentido de que la Ley de 1902 no afectaba a los matrimonios antes contraídos. Pero la reforma de 1904, dio el golpe de muerte a las últimas supervivencias de la legislación canónica, declarando el efecto retroactivo de la Ley de 1902 y agravando así el agravio o los principios de justicia y de respeto a la libertad.

Consumado ya el atropello, despojada la Iglesia por el Estado de su derecho de juzgar sobre el matrimonio de los católicos en forma tal que las leyes del Estado reconozcan la validez de tales juicios, ya no tiene otra función ni sentido el Art. 108 de nuestro Código, y más bien debería suprimirse simplemente por respeto a la técnica legislativa.

Una serie de artículos del Código Civil tratan de aclarar o rectificar el sentido del Art. 108. En el 109 leemos "No podrán contraer matrimonio...", y el 110 afirma que la violación de este artículo acarrea nulidad; el 117 señala ciertas formalidades y el 119 declara que su omisión no anula el matrimonio, pero sí en el caso del artículo 113; el 111 por su parte comienza así: "Son *igualmente* causas de nulidad..."; el 115 dice que "el matrimonio celebrado de otra manera es nulo", y el 124 vuelve sobre la misma materia y pretende hacer una enumeración exhaustiva de los "requisitos esenciales para el efecto de la validez del matrimonio". En una palabra: la Ley no tiene sistema ni orden.

Siguiendo la doctrina canónica que es la fuente remota de nuestra desordenada Ley, podemos distinguir tres causas fundamentales de nulidad de los matrimonios, cada una de las cuales comprende varios casos particulares. Un matrimonio puede ser nulo: a) bien porque existe uno o más impedimentos dirimentes, o sea prohibiciones legales sancionadas precisamente con la nulidad; b) o porque el consentimiento de uno o ambos contrayentes ha sido viciado; c) o finalmente porque no se han cumplido todas las solemnidades esenciales.

Sin llamarlos así, el Art. 109 de nuestro Código recoge casi todos los impedimentos dirimentes de nuestra legislación civil.

Art. 109: "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 impotentes,

6º Los dementes;

7º Los parientes por consanguinidad en línea recta;

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

9º Los parientes en primer grado civil de afinidad; y

10º La viuda antes de los trescientos días posteriores a la muerte del marido, salvo que probare haber estado judicialmente separada de éste con anterioridad al fallecimiento, o en absoluta imposibilidad física de tener relaciones sexuales con un cónyuge. El plazo se contará en el primer caso, desde la inscripción de la sentencia de separación, y en el segundo, desde que empezó la imposibilidad física".

Según el Art. 113, además resulta impedimento dirimente para el menor que no haya cumplido 18 años, la falta de licencia de sus padres, ascendientes o guardadores. Podemos, pues, decir que son once

los impedimentos dirimentes contenidos en nuestro Código. Los estudiaremos separadamente más adelante.

En cuanto a los vicios del consentimiento están enumerados en el Art. 111, pero no únicamente ellos, sino conjuntamente con algunos requisitos de forma y un impedimento dirimente (la impotencia), que se repite inexplicablemente, luego de haberse ya nombrado en el Art. 109. Dice así este informe artículo:

Art. 111: "Son, igualmente, causas de nulidad del matrimonio:

1º La falta, por parte de alguno de los contrayentes, de libre y espontáneo consentimiento, al tiempo de celebrarse el mismo.

2º El error, en cuanto a la identidad del otro contrayente.

3º El rapto de la mujer, siempre que ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado su libertad.

4º El no haberse celebrado el matrimonio ante el funcionario civil correspondiente, el actuario y dos testigos; y

5º La impotencia anterior al matrimonio".

En cuanto a los requisitos de validez formales o consistentes en ceremonias o solemnidades, aparte de lo que acabamos de leer en el numeral 4º del Art. 111, tenemos varias otras disposiciones legales. Parecería que solamente podría haber nulidad por cuestiones de forma si falta la presencia "del funcionario civil correspondiente, el actuario y dos testigos", pero no es así. En efecto, el Art. 115 dice así:

Art. 115. "El matrimonio civil debe celebrarse ante el Jefe Político, su Secretario y dos testigos hábiles, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante el Teniente Político y su Secretario, en las parroquias rurales. El matrimonio celebrado de otra manera es nulo, pero con autorización escrita del respectivo Jefe o Teniente Político, cualquier otro funcionario del orden administrativo puede celebrar válidamente un matrimonio, llenando las demás formalidades expresadas en este título".

Así, pues, si nos atenemos a este artículo, es preciso "llenar las demás formalidades expresadas en este título", para que haya matrimonio válido. Ahora bien, parece imposible aceptar esta expresión de la ley en su "sentido natural y obvio", por más que sea muy claro. Parece imposible, porque ello sería contrario a lo dicho en el Art. 111 y en el 124, y sería contrario, sobre todo al sentido común. No hay más remedio que reconocer que el Legislador dijo lo que no quizo decir. Evidentemente no todas las solemnidades señaladas en el título IV del libro primero son esenciales. No se puede creer que haya nulidad del matrimonio, por ejemplo, por haberse omitido las proclamas o avisos previos, o porque el Jefe o Teniente Político no empleó la fórmula contenida en el Art. 124, etc.

Por otra parte, el Art. 115, tampoco se puede considerar inútil en materia de nulidades matrimoniales. Efectivamente, parece cierto que de él se desprenden los siguientes casos de nulidad: 1º Por falta de "habilidad", de uno o ambos testigos; 2º Por falta de autoriza-

ción escrita del Jefe o Teniente Político para que otro funcionario intervenga; 3º Por intervenir, aunque sea con autorización quien no sea "funcionario del orden administrativo".

Por otra parte, la nueva ley de Registro Civil ordena celebrar el matrimonio ante funcionarios del Registro Civil.

Del Art. 116 se deducen otros requisitos más para la validez formal: 1º Se requiere la comparecencia de las partes; 2º Si no comparecen personalmente su representante necesita de poder espcial; 3º el poder debe ser otorgado ante Notario Público.

Art. 116: "Los contrayentes deben comparecer al acto de la celebración sea personalmente o por medio de apoderado con poder especial, otorgado ante Notario Público en todo caso".

En los Arts. 117 y 118 se describen, con detalle, las solemnidades previas al matrimonio: a) información sumaria de testigos y declaraciones de los propios contrayentes sobre varios asuntos, y b) anuncio mediante carteles fijados en las puertas del despacho del Jefe o Teniente Político, del matrimonio que se va a celebrar. Y he aquí nuevamente la oscuridad: el Art. 119 dice que la omisión de la primera de estas diligencias previas no causa la nulidad del matrimonio, de donde se podría deducir que la omisión de la segunda (la "b", la descrita en el Art. 118), sí causaría la nulidad. Pero tampoco es aceptable esta conclusión a pesar de su buena lógica. Quien no es lógico es el legislador. Un decreto de la última dictadura militar trató de corregir esto.

Ante tanta contradicción y oscuridad, el legislador, intenta en el larguísimo artículo 124 enumerar —entre otras cosas—, cuales son por fin los requisitos esenciales para la validez del matrimonio:

"1º La presencia de los contrayentes o de sus apoderados;

2º La del Jefe o Teniente Político, del actuario y de los testigos;

3º La constancia de que los contrayentes se recibieron como esposos mutuamente;

4º La de que el Jefe o Teniente Político los declaró casados; y,

5º La constancia, en acta, de esos particulares, bajo la firma del Jefe o Teniente Político, 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".

Cabría observar varios graves defectos formales en esa enumeración, como el hecho de que se refiere solamente al Jefe o Teniente Político, siendo así que también otros funcionarios del orden administrativo pueden hacer sus veces; y ahora ya no son los Jefes o Tenientes Políticos, sino los Jefes de Registro Civil. Tampoco es admisible que se diga que los contrayentes "se recibieron como esposos", habiendo definido el legislador la palabra esponsales, y siendo "esposos", quienes celebran ese contrato y no el de matrimonio.

Pero lo más grave consiste en que esta que pretende ser una enumeración de recapitulación, ni comprende todos los casos antes

enumerados por la ley, ni sólo ellos. Efectivamente, aquí nada se dice sobre la calidad o "habilidad" de los testigos, ni sobre las condiciones del poder, ni sobre la información sumaria que antes aparecieron como requisitos de validez. En cambio, se añaden nuevos requisitos formales: la constancia en acta de todos esos particulares, y que tal acta esté firmada por una serie de personas; habría, pues, nulidad si falta una firma "por sí o a ruego".

En una palabra, la enumeración de la ley civil de los requisitos formales del matrimonio esenciales para su validez, es fragmentaria, desordenada y a veces contradictoria.

123.— Requisitos de licitud del matrimonio.

Para que el matrimonio además de válido sea también lícito, o plenamente lícito: A) No debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento simplemente impediente; B) Se debe cumplir con todas las solemnidades legales, aún aquellas que no sean esenciales para la validez.

A) Impedimentos impedientes (aunque no se los llame así expresamente en nuestra ley) son: 1. La falta de asentimiento o licencia de los representantes legales de los menores o de las personas que suplen a dichos representantes. 2. El incumplimiento de ciertos requisitos para el matrimonio del curador con su pupila, o de otras personas relacionadas con motivo de una guarda. 3. El incumplimiento de los requisitos para las segundas o ulteriores nupcias.

Aparte de los tres mencionados, que se tratan en muy diversos lugares del Código Civil, se pueden asimilar a ellos: La prohibición de que los diplomáticos contraigan matrimonio con mujer del país en el cual desempeñan su representación, contenida en la Ley del Servicio exterior y la falta de permiso de sus superiores, impuesta a ciertos individuos de la fuerza pública.

En cuanto a las formalidades no esenciales, cuya omisión no produce nulidad, es muy difícil establecer una lista completa, ya que hemos visto la imprecisión y contradicciones de la ley civil al enumerar las esenciales, y todas las demás no son esenciales.

La falta de inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero no produce su nulidad, pero ese matrimonio no produce efectos civiles en el Ecuador hasta tanto que no se cumpla con tal requisito, de modo que esta exigencia de la ley participa del carácter de los impedimentos dirimentes con carácter temporal o condicional, a pesar de ser propiamente una exigencia formal no esencial. Y la falta de inscripción en el Registro Civil, del matrimonio celebrado en el país, no produce tampoco la nulidad, sino que es sancionada con multa de diez a cien sucres, según dispone el art. 125 del Código Civil.

Sección 2ª: Vicios del Consentimiento

124.— Vicios del consentimiento. Error.

Al definir el art. 91 al matrimonio como "contrato solemne", quedó necesariamente supuesto que para contraer matrimonio se requiere el consentimiento de ambas partes. Las solemnidades tienen razón de ser precisamente para garantizar que el consentimiento se manifieste de modo inequívoco, sin vicios, y conste de modo indiscutible.

El art. 111 en el numeral primero dice: "Son igualmente causas de nulidad del matrimonio: 1º La falta, por parte de alguno de los contrayentes, de libre y espontáneo consentimiento, al tiempo de la celebración del mismo".

También las diligencias preparatorias, a las que se refiere el art. 117 tienen por objeto asegurar el libre consentimiento. El art. 117 al comienzo dispone lo siguiente: "Antes de celebrarse el matrimonio, los contrayentes, por sí o por medio de procuradores, expresarán ante el Jefe o Teniente Político, Secretario y testigos, de palabra o por escrito: 1º la voluntad de contraer matrimonio".

Y en la ceremonia de matrimonio civil prolijamente descrita en el art. 124, se indica que "el Jefe o Teniente Político preguntará a los contrayentes si se reciben voluntariamente el uno al otro por marido y mujer".

Del mismo art. 124 podría deducirse que la esencia misma del matrimonio consiste en la válida manifestación del consentimiento ante la autoridad competente, es por esto que dicha autoridad debe decir "ya que así lo quereis... os declaro legalmente casados"; es pues el consentimiento la causa del matrimonio.

Por lo dicho, resulta poco acertada la expresión del numeral primero del art. 111. Es por lo menos ambigua. La "falta de libre y espontáneo consentimiento", entendida textualmente ocasiona la inexistencia del matrimonio: si no hay consentimiento no hay ni apariencia de contrato. Este artículo quiere, sin duda decir: "la falta de libertad en el consentimiento": si el consentimiento no es "libre y espontáneo". pero existe, igualmente existe el matrimonio aunque pueda ser nulo por vicio del consentimiento. Entendido así el numeral 1º, entonces se coordina con el 2º y 3º del mismo artículo, que señalan como causas de nulidad del matrimonio "el error en cuanto a la identidad del otro contrayente" y "el rapto de la mujer, siempre que ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado su libertad". El error y el rapto son causas de la falta de "libre consentimiento".

Por otra parte, el numeral 6º del art. 109 señala como impedimento dirimente la demencia: "No podrán contraer matrimonio:... 6º los dementes". No cabe duda de que la demencia es otra causa de falta de libre consentimiento.

La ley civil, que reemplazó en nuestro país precipitadamente a

la legislación canónica elaborada a lo largo de 19 siglos, no ha creado una doctrina propia sobre los vicios del consentimiento, ni contiene disposiciones debidamente estructuradas sobre ello. Cabría ante tal situación, pensar que se debe aplicar al consentimiento matrimonial las disposiciones generales sobre el consentimiento para los contratos, pero dada la índole peculiarísima del matrimonio sería muy peligroso aplicar sin discrimen dichas reglas dadas para las convenciones de orden patrimonial. Por fuerza, pues, hay que recurrir a la doctrina canónica en esta materia, tanto por su valor moral intrínseco, como por el antecedente histórico de haber regido en nuestro país oficialmente hasta 1902, como porque es universalmente admitida en la gran mayoría de los países civilizados.

El canon 1081 define en qué consiste el consentimiento matrimonial, cuestión ciertamente difícil y que la legislación civil no ha podido abordar dejando así una laguna seria, una causa de muchas dudas para la interpretación de la ley y para la extensión que deba darse al error como vicio de dicho consentimiento. Dice así el referido canon 1081: "El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole".

El consentimiento debe ser real y no puramente simulado. Hay simulación cuando se manifiesta algo que realmente no se quiere. Pero esta discordancia entre el verdadero consentimiento interno y su expresión externa, debe probarse para que haya causa de nulidad, y dicha prueba resulta extremadamente difícil. En principio se supone que el consentimiento debidamente expresado, con las formalidades legales, es, pues, real.

Pero aunque el consentimiento sea real, puede haberse formado no de modo espontáneo, sino bajo el influjo de causas extrañas que actuando sobre la inteligencia o sobre la voluntad, han originado un acto no totalmente libre. Dichas causas son el error o el miedo.

La doctrina general de los vicios del consentimiento suele enumerar tres: error, fuerza y dolo. Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones, siguiendo a la canónica, solamente aceptan las dos primeras causas, como aptas para viciar el consentimiento: error o fuerza.

El error al que se refiere específicamente el Código es el que recae en la identidad misma de los contrayentes. El "error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato", dice el art. 1508, y es evidente que en todo matrimonio la consideración de la persona con quien se contrae tiene que ser determinante. Muy lógica es pues la disposición del numeral 2º del art. 111. Además, el error en cuanto a la identidad del contrayente, es universalmente admitido como causa de nulidad del matrimonio.

Jacques Maritain señala un fundamento filosófico de por qué

el error en cuanto a las cualidades no puede afectar a la validez del matrimonio: "El amor no se dirige a las cualidades, no se aman cualidades. Lo que se ama es la realidad más fundamental, sustancial y escondida, la más existente del ser amado, un centro metafísico más profundo que todas las cualidades y las esencias que puede descubrirse en el ser amado; he aquí por qué esa especie de enumeraciones no se agotan en boca de los enamorados. Y a ese centro se dirige el amor, sin separarlo indudablemente de las cualidades, sino formando un todo con ellas".

Ahora bien, nuestra ley, aunque muy escueta, no da pie de ninguna manera a admitir que pueda haber nulidad por error en cuanto a las cualidades de la persona.

En cambio, resulta más dudoso resolver si nuestra ley consentiría la declaración de una nulidad por error en cuanto al acto mismo que se celebra. El enunciado del numeral primero del art. 111 tal vez podría dar pie para ello.

La doctrina distingue el error de hecho y el de derecho. El art. 1505 dice que "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". El siguiente artículo, en cambio afirma: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una parte entendiese empréstito, y la otra donación...". Aplicando estas disposiciones al caso del matrimonio, tenemos que concluir que quien no cree contraer matrimonio sino otro contrato, por ejemplo, esponsales, o sociedad, etc., incurriría en un error que causaría nulidad.

Pero si el error se refiere a las obligaciones que origina el contrato de matrimonio, no se puede dar una respuesta precisa fundada en nuestra ley positiva, ya que el concepto de "consentimiento matrimonial", no está definido, entonces tendríamos que dar una solución conforme a la doctrina, diciendo que si el error es de puro derecho no afecta a la validez del matrimonio, y en los demás casos sí.

En cuanto a las causas del error, hay que tener en cuenta que este puede provenir: a) de la falta de capacidad para entender; b) de la ignorancia, o sea carencia de conocimiento; c) del engaño, voluntario o no voluntario o circunstancial.

125.— Vicios del consentimiento. Fuerza.

Así como el error afecta al consentimiento a través del conocimiento, la fuerza lo vicia atacando más bien a la voluntad.

El Art. 1509 define lo que se entiende por fuerza y los casos en que vicia el consentimiento en los contratos: "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos, ella, su consorte o al-

guno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado de ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento", dice el Art. 1510 del Código Civil.

También estas disposiciones hay que aplicar con la debida cautela al caso del matrimonio.

En realidad, una cosa es la fuerza y otra el miedo. La fuerza física no puede alterar el consentimiento por sí misma, aunque produzca una manifestación de algo que no es consentimiento: como cuando a alguien se le mueve la mano para que escriba o la cabeza para que asienta; en estos casos no hay consentimiento, sino mera apariencia.

En cambio, el temor o miedo de un mal, coartan la plena libertad, influyen en el consentimiento mismo (no sólo en su manifestación externa) y lo vician de nulidad. Pero es preciso que el miedo, o sea la fuerza moral, reuna ciertas condiciones para que anule el matrimonio. La doctrina enumera estas: que sea grave, injusto y provocado por causa externa libre.

126.— El rapto.

El Art. 111 señala como causa de nulidad: "4º el rapto de la mujer, siempre que ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado su libertad".

Nos hallamos, pues, ante una prohibición o impedimento dirimente, pero que deriva y se relaciona directamente con el vicio de consentimiento consistente en la fuerza. La persona raptada, se presume que no tiene libertad suficiente para expresar su consentimiento matrimonial de modo espontáneo. Hay en el fondo un vicio de consentimiento que se trata de evitar. Siendo el consentimiento libre la esencia misma del matrimonio, este impedimento parece muy conforme con el derecho natural. De aquí que la prohibición mencionada se encuentra en el Derecho Canónico y en las leyes de prácticamente todos los países.

La dificultad surge cuando se trata de señalar con precisión el concepto del rapto, y de conciliar por una parte la debida tutela de la libertad para manifestar el consentimiento matrimonial, y por otra parte el castigo debido por el crimen. Esto ha originado las soluciones distintas que a lo largo de la historia se han propuesto para estos casos.

Según nuestro Código Penal (Arts. 504 a 507), el delito de rapto se puede cometer solamente respecto de la persona menor de edad. La privación arbitraria de la libertad de un mayor de edad puede constituir otro delito, pero no el de rapto, por ejemplo, puede configurarse como plagio, si se dan las circunstancias previstas en el Art.

164 del Código Penal o en el 146 del Código Penal de Policía. Si se interpreta el Art. 111 del Código Civil, según la definición legal de "rapto", resulta entonces que no se protege realmente el libre y espontáneo consentimiento sino en unos casos y en otros no: si se priva de su libertad a una mujer mayor de edad, no hay rapto, en ese sentido penal.

Según el mismo Código Penal, "el raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatar, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio" (Art. 507 del Código Procedimiento Penal y 274 del Código Penal de Policía). Por consiguiente, para provocar la causa de nulidad del matrimonio no se requiere previa declaración en juicio penal, de que existe delito de rapto, sino que al contrario, debe preceder el juicio civil. De aquí se sigue que el concepto de "rapto", en lo civil es más amplio que en lo penal. Declarada la nulidad del matrimonio por rapto, todavía queda por averiguar si hay propiamente crimen de rapto. El delito tiene que ajustarse estrictamente a la tipificación legal, en cambio el concepto civil de rapto puede entenderse algo más ampliamente. Fundándonos en este razonamiento y en que, el fin de la ley civil es en este punto asegurar el libre y espontáneo consentimiento, podríamos interpretar extensivamente el numeral 4º del Art. 111 y admitir que también sería nulo el matrimonio contraído con una mujer mayor de edad que hubiere sido privada de su libertad física: "raptada civilmente".

Por otra parte, el rapto no implica necesariamente violencia, o que la mujer sea privada de su libertad contra su voluntad. El Código de Procedimiento Penal, en el nº 4 del Art. 13 indica que no es perseguible de oficio "el rapto de una mujer mayor de 16 años y menor de 21, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor". En tales casos, sin embargo, hay rapto, aunque tal vez, no falta el libre y espontáneo consentimiento para el matrimonio y el matrimonio sería de todos modos nulo.

Un último problema plantea el rapto. La menor raptada ¿podrá ser sancionada conforme a los Arts. 101 y 102 del Código Civil, es decir, podrá ser desheredada y sufrir la revocatoria de las donaciones hechas por quienes debían consentir o autorizar su matrimonio? Debemos contestar en general negativamente, puesto que esas sanciones civiles suponen una culpa y en el caso de rapto esta no existe, salvo que la raptada haya consentido el delito y haya seguido voluntariamente al raptor.

Sección 3ª: Impedimentos Dirimentes.

127.— Impedimento dirimente:. asesinato.

"No podrán contraer matrimonio: 1º el cónyuge sobreviviente

con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer", dice el Art. 109 del Código Civil.

Este impedimento se suele llamar de "crimen", aunque, esta denominación, proveniente del Derecho canónico, tiene allí un contenido bastante diferente del de nuestro Código Civil.

La razón de ser de este impedimento consiste en el deseo de eliminar un incentivo para el crimen. El que matara al marido o mujer de otro y pudiera casare con el cónyuge sobreviviente, hallaría como un premio a su delito.

El impedimento de nuestro Código, en realidad es doble: a) el que afecta al asesino, y b) el que afecta al cómplice del asesinato.

Se requiere que haya *asesinato*, y no simple homicidio. El asesinato es el delito consistente en dar la muerte a una persona pero con alguna circunstancia de las enumeradas en el Art. 426 del Código Penal (en esto se diferencia del simple homicidio). Esas circunstancias son: la alevosía, el realizar el crimen por precio o recompensa, con ensañamiento, o imposibilitando a la víctima para la defensa, o por un medio capaz de causar grandes estragos, o buscando de propósito la noche o el despoblado para cometerlo, o con el fin de que no se descubra o detenga a un delincuente, o como medio para preparar, facilitar o consumar u ocultar otro delito.

Por consiguiente se requiere que exista la tipificación precisa señalada por la ley, y esto supone que haya sentencia ejecutoriada, en el respectivo juicio criminal. Sucede, pues, lo contrario que en el caso de rapto, en el que vimos que primeramente se requería la sentencia civil, para proceder en lo penal.

Un punto discutible, es el relativo a si la sentencia condenatoria en lo criminal deba existir desde antes de la celebración del matrimonio o si vale también para causar la nulidad, la sentencia pronunciada después. Parece que debe entenderse, con interpretación restrictiva, que solamente en el caso de sentencia previa hay nulidad del matrimonio, puesto que en general, los impedimentos se deben entender en sentido estricto.

También resulta lógico pensar que si el asesino es indultado, sin embargo, permanece el impedimento, ya que nuestra ley es rígida en materia de impedimentos y no admite dispensas ni otras figuras afines o sustitutivas.

Por análogas razones hay que concluir que el impedimento de crimen es permanente y que no desaparece al prescribir el delito o la pena.

Es interesante comparar esta institución con la correspondiente canónica. Aparte de la diferencia en cuanto a la configuración misma del impedimento, la legislación canónica sí admite la dispensa, mientras que la nuestra no. Es evidentemente más humana y lógica la regla del derecho eclesiástico, porque si es verdad que hay que eliminar el estímulo para el crimen, mediante la prohibición del matrimonio con el sobreviviente, también parece lógico que en ciertas circunstancias

particulares se deba permitir el matrimonio, por ejemplo si el asesino y el cónyuge sobreviviente han convivido mucho tiempo antes del asesinato, y han procreado hijos ilegítimos que ahora quieren legitimar; también merece especial consideración el caso del asesino que después de cumplir su condena persistiera en su voluntad de contraer matrimonio con el cónyuge sobreviviente de su víctima, y otros casos semejantes, en los que el matrimonio tendría un alto sentido moral.

128.— Impedimento dirimente: adulterio.

El segundo impedimento dirimente enumerado por el artículo 109 es el proveniente de adulterio. Dice así: "No podrán contraer matrimonio... 2º El hombre o mujer, con su correo en el delito de adulterio".

El código penal castiga el adulterio, pero no lo ha definido, probablemente porque la noción es clara y bien conocida: consiste en tener relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge. Es, pues, requisito indispensable que uno o ambos correos estén casados con otra persona.

El Código Penal limita en ciertos casos el derecho del marido para proponer la acción de adulterio contra su mujer: "no podrá (dice el Art. 480) el marido proponer acción de adulterio contra la mujer si ha consentido el trato ilícito de ésta con el adúltero; o si, voluntariamente, ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado". Este artículo plantea la duda de si en tales casos podrá proponer el marido la acción de divorcio, y si esto es posible y hubiere llegado a declararse el divorcio, podría la mujer adúltera contraer matrimonio con el correo. Pienso que sí cabe la acción de divorcio, porque se considera independiente y previa a la acción penal; y también considero que el impedimento subsistiría, porque no habiendo posibilidad de dispensa en nuestra ley, tampoco sería admisible que el impedimento desapareciera por la voluntad privada del cónyuge.

129.— Impedimento dirimente: impubertad.

"No pueden contraer matrimonio... 3º los impúberes", dice el Art. 109. Recordemos que es impúber el varón que no ha cumplido catorce años, y la mujer que no ha cumplido doce años (Art. 21).

Siempre se ha puesto un límite de edad para el matrimonio. Ese límite se ha pretendido que coincida con el de la general capacidad fisiológica para los actos propios de la procreación, o sea, con la edad de la pubertad.

Pero el Código de Derecho Canónico ha elevado esa edad a los 14 años para la mujer y a los 16 para el hombre. Sin duda, porque se atiende ahora más que a la capacidad fisiológica, a la madurez moral e intelectual. Un joven puede ser sexualmente capaz a la temprana edad de los 12 ó 14 años, pero muy difícilmente puede poseer la sufi-

ciente formación para afrontar las responsabilidades de formar una familia.

Por la misma razón, muchas legislaciones han aumentado el límite de edad mínima: Italia, sigue el sistema canónico, y también Méjico; las leyes francesa y belga señalan el límite mínimo en los 15 y 18 años; las de muchos países, como Portugal, Holanda, Hungría, Estonia, Lituania, Polonia, Ucrania, la mayoría de los Estados Unidos, etc., en los 16 y 18 años; Rusia en los 18 para hombres y mujeres; Suiza en los 18 y 20, aunque admite dispensa.

Otro índice de que no es solamente la capacidad fisiológica la que se considera, consiste en que si bien hay edad mínima, no la hay máxima, y es bien sabido que en edades muy avanzadas tanto el hombre como la mujer son también incapaces de realizar los actos propios de la procreación, y sin embargo nunca se prohibe el matrimonio sólo por edad avanzada, ya que bien pueden cumplirse los otros fines del matrimonio.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Art. 16 reconoce el derecho de contraer matrimonio a partir de la edad de la pubertad.

130.— Impedimento dirimente: vínculo anterior no disuelto.

"Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto", no pueden contraer matrimonio (Nº 4 del Art. 109). Este es uno de los más universales impedimentos. Claramente es de Derecho Natural, en cuanto excluye la poligamia y la poliandria.

Ya la definición misma del matrimonio, contenida en el Art. 91, implica este impedimento. Si la unión es de "un hombre y una mujer", no cabe un nuevo vínculo matrimonial por parte de quien está actualmente casado.

"El que contrae segundo o ulterior matrimonio sabiendo que no se halla legítimamente disuelto el anterior, será reprimido con dos a cinco años de prisión" (Art. 508 del Código Penal y Art. 275 del Código Penal de la Policía).

Si una persona ha contraído matrimonio, no puede contraer otro, aunque exista una causa de nulidad del primero, mientras dicha causa no sea declarada en sentencia ejecutoriada. En este supuesto, el segundo matrimonio sería también nulo, por que aún no está disuelto el primero.

Lo grave en nuestro sistema legal, es que como no coincide la legislación civil con la canónica, algunas personas pueden estar impedidas para contraer matrimonio civil y no el eclesiástico o viceversa, porque el vínculo anterior es sólo civil o sólo eclesiástico. Es uno de los serios inconvenientes de esta dualidad de legislaciones que obligan a las mismas personas que son a la vez católicos y miembros de un Estado que no reconoce valor al Derecho de su religión. La Ley civil se refiere exclusivamente al llamado "vínculo civil", no disuelto. En

cambio un católico que hubiere contraído el sacramento del matrimonio, no tendría obstáculo legal alguno para contraer matrimonio civil con otra persona distinta, porque no tiene "vínculo civil no disuelto".

131.— Impedimento dirimente: impotencia.

Escuetamente enumera el artículo 109, entre los que no pueden contraer matrimonio, en quinto lugar: "Los impotentes".

Siendo el fin principal del matrimonio la procreación, la carencia de la posibilidad de realizar los actos aptos para la procreación, produce la nulidad del matrimonio; pero, naturalmente, se requiere que la impotencia exista al momento de contrar el matrimonio, es decir que sea antecedente, y también que tenga carácter permanente, o sea normalmente incurable. Estas dos cualidades: ser anterior al matrimonio y permanente, se han exigido constantemente en el Derecho Canónico, y su razón es obvia, pero nuestra ley no establece nada al respecto. Como la ley es incierta y obscura, hay que recurrir a la historia de la Ley, y entonces nos encontramos con la necesidad de aplicar la doctrina canónica ya que en ella se inspiró el legislador laico, aunque incurrió en graves imprecisiones.

Hay que distinguir desde luego, la simple esterilidad de la impotencia. La esterilidad no es impedimento matrimonial, y consiste en la imposibilidad de generar pero sin que exista incapacidad para los actos propios para la generación. La impotencia propiamente dicha consiste en la imposibilidad de realizar el acto conyugal, y sólo ésta, si es antecedente y perpetua, ocasiona la nulidad del matrimonio.

Sorprende que el numeral 5º del artículo 111 (sólo dos artículos después del 109), dice: "Son *igualmente* causas de nulidad del matrimonio: 5º la impotencia anterior al matrimonio". Cuando la Ley dice que "también" es causa de nulidad algo, es natural suponer que se va a enumerar algo nuevo; pero aquí resulta que además de la impotencia, también es causa de nulidad la impotencia. Se podría entonces dudar si tal vez el legislador se quiso referir a otra cosa distinta, pero esto no aparece claro. El Art. 111 habla de "impotencia anterior al matrimonio", pero no cabe suponer que la "impotencia" a la que se refiere el Art. 109, pueda ser "posterior al matrimonio", porque esto sería, además de contrario a todos los principios jurídicos y morales, hasta un dislate gramatical: "no *podrán* contraer matrimonio, los que *después* de contraído lleguen a ser impotentes"! Evidentemente, nuestra ley en esto no tiene interpretación racional que valga.

Más grave todavía, resulta el hecho de que el Art. 112 distingue entre aquellas causas de nulidad que una vez desaparecidas o subsanadas permiten nueva celebración del matrimonio, y aquellas otras causas de carácter permanente que no permiten repetir las nupcias; y se enumera entre las primeras, o sea entre las subsanables a la impotencia, o sea entre las insubsanables, también a la impotencia (señala-

da en el Art. 109). Es decir, que se incurre en flagrante contradicción, imperdonable en un legislador conciente.

Como para demostrar la máxima desorientación en esta materia, todavía una vez más se insiste en la contradicción en el Art. 114, que considera la impotencia como una de las causas de nulidad que solamente pueden alegarse por los propios cónyuges, y al mismo tiempo como una causa de nulidad que puede proponerse también por los padres de los cónyuges y aún por el Ministerio Público. Esto último raya en lo ridículo, si no fuera triste encontrar error tan garrafal en una Ley.

En cuanto a la prueba de la impotencia, de inmediato se apreciará las graves dificultades que presenta, y también cómo el afán de intervenir el Estado en materias que no son de su competencia origina el que asuntos tan delicados puedan constar en juicios que por su naturaleza son públicos y quedan expuestos a la mirada indiscreta de cualquiera, a diferencia de los juicios canónicos sobre nulidad del matrimonio que se realizan con todas las precauciones para evitar su escandalosa divulgación.

132.— Impedimento dirimente: demencia.

También la enunciación de este impedimento en el numeral sexto del Art. 109, es excesivamente escueta: "No puede contraer matrimonio: ...6º los dementes".

Como el Art. 111 señala en el numeral 1º que es causa de nulidad "también": "la falta de libre y espontáneo consentimiento", hay que concluir, que la demencia, según nuestro legislador es otra causa distinta de nulidad. Sin embargo, más lógico resulta considerar a la demencia, y en general a las enfermedades mentales, como causa que vicia o quita totalmente la posibilidad de consentir libremente.

Como la expresión de la ley es tan sintética, debemos entender que bajo la palabra "demencia", se comprende a todas las enfermedades mentales capaces de privar del uso correcto de la razón.

Es muy dudoso, en cambio, si el demente podría contraer matrimonio válido en un intervalo lúcido.

Para poner en interdicción a un demente, requiere el Art. 497 que su estado de privación de la razón sea "habitual", pero para varios efectos jurídicos, sobre todo de índole personal y relativos a la vida de familia, el Derecho Civil exige la plena capacidad mental natural, de modo que se excluya al demente aunque no esté en interdicción, por ejemplo, es incapaz del ejercicio de una guarda el demente, aunque no esté interdicto. A su vez, el interdicto, en un intervalo lúcido si puede hacer válidamente ciertos actos jurídicos, por ejemplo, testar.

133.— Impedimento dirimente: parentesco.

"No podrán contraer matrimonio: ...7º Los parientes por con-

sanguinidad en línea recta; 8º los parientes colaterales hasta el segundo grado civil de consanguinidad; 9º Los parientes en primer grado civil de afinidad". (Art. 109).

En todas partes del mundo se prohibe el matrimonio a las personas vinculadas por estrecho parentesco de consanguinidad, y casi siempre también en los casos de afinidad. Comunmente se ponderan las razones de orden eugenésico: se cree, con algún relativo fundamento, que esas uniones son propicias para la procreación de hijos enfermos, defectuosos o tarados. Pero la verdadera o principal razón consiste en la necesidad de que quienes suelen vivir en íntima relación sepan que no podrán contraer matrimonio y tutelar así el orden moral de la familia.

En cuanto a la extensión de estos impedimentos, se observa de un tiempo a esta parte una evolución en el sentido de limitarlos: antes comprendían a más personas, a parientes más lejanos. Esta evolución se nota también en el Derecho Canónico. Pero nuestra Ley resulta de las menos exigentes en esta materia. Solamente prohibe el Código ecuatoriano: el matrimonio entre escendientes y descendientes (padres, hijos; nietos y abuelos, etc.) y entre hermanos, por consanguinidad; y por afinidad; y por afinidad, solamente se prohibe el matrimonio entre suegro y yerno, o entre padrastro y entenado, naturalmente nos referimos a personas de uno y otro sexo (suegro o suegra, etc.). Por consiguiente, no se prohibe, como sucede en muchos países ni el matrimonio entre tío y sobrina, ni tampoco entre primos hermanos, ni entre cuñados.

La expresión de nuestra ley resulta muy incorrecta por haberse adaptado de otro sistema, sin considerar las convenientes correcciones. Por eso se habla de prohibición del matrimonio "hasta" el segundo grado colateral de consanguinidad, siendo así, que este segundo grado es el más próximo posible en la línea colateral (hermanos), y por lo mismo no se puede decir correctamente "hasta" el 2º grado, sino simplemente "en segundo grado", ya que no hay otro que entre en la prohibición. En cuanto a los parientes por afinidad, que la ley no lo dice expresamente, la prohibición se refiere solamente a la línea recta, ya que exclusivamente en ella existe el primer grado.

Muy posiblemente, el legislador chileno al señalar el segundo grado colateral ("hasta el 2º grado") se quiso referir el sistema canónico de computar los grados de consanguinidad, para comprender así en la prohibición a los hermanos, al tío y sobrino, y a los primos hermanos, que suelen ser los parientes a quienes generalmente se prohibe casarse; pero al adaptar las mismas palabras a nuestro sistema civil de computar los parentescos, resulta que se ha prohibido, en la línea colateral de consanguinidad, solamente el matrimonio entre hermanos.

En el caso de la afinidad, parece muy recomendable la regla del derecho francés, que prohibe el matrimonio entre cuñados pero solamente cuando se ha disuelto el matrimonio por divorcio. Se trata de evitar así un gravísimo abuso de confianza.

Normalmente prohiben las leyes de los países el matrimonio entre el adoptante y el adoptado. En el Código Español se prohibe también, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, o viceversa, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, y entre el adoptado y los descendientes legítimos del adoptante, si bien éste último caso, sólo impide el matrimonio mientras dura la adopción, y esta incapacidad es dispensable. Esta última prohibición existe también en las legislaciones de Francia, Alemania, Suiza, Méjico, etc.

Nada se encuentra en nuestra legislación sobre el matrimonio del adoptado.

134.— Impedimento dirimente: plazo para la viuda.

"No podrán contraer matrimonio: ... 10º la viuda antes de los trescientos días posteriores a la muerte de su marido, salvo que probare haber estado judicialmente separada de éste con anterioridad al fallecimiento, o en absoluta imposibilidad física de tener relaciones sexuales con su cónyuge. El plazo se contará en el primer caso, desde la inscripción de la sentencia de separación, y en el segundo, desde que empezó la imposibilidad física".

El impedimento transcrito, existe en nuestro derecho civil desde la reforma del 6 de noviembre de 1958. Dicha Ley modificatoria del Código Civil, en términos generales fué muy acertada, sobre todo por cuanto restableció la institución de la separación conyugal, pero incurrió en el grave error de añadir arbitrariamente un impedimento dirimente del matrimonio, sin razón alguna que lo justifique.

Existía ya, desde antes la prohibición para la divorciada, de contrar matrimonio antes de los trescientos días de inscrita la sentencia de divorcio, pero esta prohibición, que se conserva en el Art. 128, no origina nulidad del matrimonio contraído contraviniendo dicha prohibición. Nuestro legislador, quiso sin duda equiparar la viuda a la divorciada, pero con poca meditación, dio carácter dirimente a la prohibición de matrimonio antes de los trescientos días.

El motivo de la prohibición consiste en que se pretende evitar la posible confusión respecto de la paternidad de un hijo que podría haber sido concebido durante el primero o el segundo matrimonio. Pero este motivo, por sí sólo no justifica una limitación de la libertad de contraer matrimonio, y sobre todo es demasiado ingenuo. Si la viuda se casara con otra persona inmediatamente después de muerto el primer marido, resultaría fisiológicamente difícil establecer si el hijo pertenece al difunto o al nuevo marido, pero entonces habría muchas razones morales para determinar fácilmente el asunto; en cambio si ya pasa algún tiempo, aunque no sean los 300 días que exige la ley, también sería fácil establecer más o menos cuando fué concebido el hijo, y por lo mismo, si pudo o no ser engendrado por el primer marido. Así, pues, la precaución de nuestro legislador es exagerada, y le lleva a una limitación innecesaria de la libertad. Finalmente, se han

considerado algunos casos de excepción razonables, pero no todos los que, por lo menos, debieron tomarse en cuenta; así, por ejemplo, sería natural que se permitiera el matrimonio de la mujer que ha dado a luz, o que está manifiestamente embarazada, cuando muere el primer marido, pues en estos casos no cabría duda respecto a que la concepción se ha verificado durante el primer matrimonio.

Una última observación: no se comprende porqué el matrimonio de la viuda antes de los trescientos días de la muerte del primer marido es nulo, y no lo es el de la divorciada que se casa dentro del mismo plazo o contarse desde la disolución del matrimonio anterior; para ésta existe también prohibición, pero que no causa nulidad si se contraviene. Más aceptable sería, en todo caso la disciplina contraria, es decir que la ley sea por lo menos más exigente con la divorciada que con la viuda, pero no sucede así.

135.— Impedimento dirimente: falta de asentimiento para los menores de diez y ocho años.

Este undécimo impedimento dirimente no se enumera en el Art. 109, sino que resulta de varias disposiciones legales, y principalmente de los artículos 113 y 119, que bastante fuera de lugar se refieren a la falta del asentimiento o licencia de los padres u otras personas que hacen sus veces, para que los menores de edad puedan contraer matrimonio. Sobre esta materia se trata de modo más sistemático en los artículos 92 hasta 102, y después de otras disposiciones sobre distintos asuntos, vuelve sobre ello el Código en el 113 y en el 119. Hélos aquí:

Art. 113: "Los púberes menores de edad no pueden contraer matrimonio, sin la respectiva licencia de sus padres o guardadores, con arreglo a este Código; pero, el matrimonio celebrado sin esta formalidad, no es nulo si el contrayente tiene más de diez y ocho años de edad".

Art. 119: "La omisión de las diligencias prevenidas en el Art. 117 no anula el matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 113; pero la autoridad que hubiere procedido a celebrarlo sin exigir el cumplimiento de ellas, será castigada con una multa de cincuenta a doscientos sucres, la cual se impondrá por el Gobernador de la respectiva provincia, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar".

El Art. 113 dice, pues, de modo indirecto que el matrimonio de los menores de diez y ocho años que se contrajere sin el asentimiento o licencia de sus padres o guardadores, es nulo, ya que se refiere a que es válido el de los menores de edad que ya hubieren cumplido dichos diez y ocho años.

En primer lugar hay que observar que la ley debió ser más explícita tratándose de asunto tan grave. Luego, no es verdad, lo que dice el Art. 113, sobre que el asentimiento o licencia lo dan los "pa-

dres o guardadores", porque además, de ellos, pueden darlo otras personas: los ascendientes legítimos.

En cuanto al Art. 119, es de los más informes e inexactos. Se refiere a que las diligencias del Art. 117 no causan nulidad si se omiten, y luego salva el caso del Art. 113, que evidentemente no es el Art. 117. En el Art. 117 se piden ciertas diligencias puramente formales y una de ellas, es la constancia de que, si uno de los contrayentes es menor de edad, tiene el asentimiento o licencia de las personas que deben dárselo; pero el Art. 117 no es el que exige el asentimiento, ni el que determina el efecto de la falta del mismo, por lo que resulta absurda la referencia del Art. 119 al Art. 117. Además, por ese camino, el Art. 119 debió referirse igualmente a otras prohibiciones que podrían causar la nulidad, y que el Art. 117 trata de establecer si existen o no, para que se proceda a la celebración. En resumen, el Art. 119 no tiene lógica, pero confirma, aunque en forma obscura, que el efecto de la falta de asentimiento o licencia para el menor de diez y ocho años, es la nulidad del matrimonio así contraído.

El fondo mismo de esta oscura disposición legal, resulta absolutamente inaceptable e injusto. Bien está que el menor necesite de un permiso para su matrimonio, pero si es apto para contraerlo, no cabe anular un acto personalísimo, por la falta de asentimiento de otras personas: es una limitación de la libertad que no tiene justificación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que esta causa de nulidad puede ser alegada exclusivamente por el cónyuge que no tuvo el asentimiento o licencia y que fué menor de 18 años, y no puede fundar la acción en esta causa el otro cónyuge.

Sección 4ª: Impedimentos Impedientes.

136.— Impedimento impediente: falta de asentimiento o licencia para los menores.

Acabamos de estudiar que en el caso de los que aún no hayan cumplido diez y ocho años, la falta de asentimiento o licencia de otras personas, produce la nulidad del matrimonio, pero respecto de los menores de edad que ya han cumplido los 18 años, el efecto es distinto de la nulidad.

La obligación subsiste aunque no se trate del primer matrimonio. El menor que hubiere enviudado o divorciado y se quiere volver a casar, debe igualmente obtener el asentimiento o licencia de sus padres u otras personas que harán sus veces. En otros países —Inglaterra y Portugal, por ej.— sólo se requiere la licencia para el primer matrimonio, pues se presupone que posteriormente el menor ya tendrá la suficiente experiencia y juicio para considerar por sí mismo de la oportunidad o conveniencia de un nuevo matrimonio.

Las razones de la exigencia legal son obvias. El menor de edad es incapaz, y no puede realizar por sí mismo ningún acto jurídico, con mayor razón necesita, para algo de tanta importancia como el matrimonio, de la intervención de otra persona que complemente su incapacidad jurídica. Pero, además, es una razón de prudencia la que ha llevado a establecer estas reglas: el menor de edad tiene poca experiencia de la vida y difícilmente podrá por sí sólo juzgar respecto de la conveniencia de un matrimonio. A esto se agrega el derecho natural de los padres de dirigir y encauzar al hijo, sobre todo cuando es menor, aunque este derecho no se debe llevar hasta el extremo de coartar la libertad del hijo.

Art. 93: "Los que hayan cumplido veintiún años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna".

En cambio, el Art. 94, recalca que los menores de edad son quienes tienen esa obligación. Ya podía deducirse esto, además, del Art. 1499, ya que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces, y con razón se presume que no existe incapacidad especial para un determinado acto, mientras no sea claramente expresado por la ley, de modo que realmente resulta supérflua la declaración del Art 93.

De la naturaleza misma de esta institución se deduce que el asentimiento o licencia deben ser especiales, o si se quiere especialísimos ,es decir, para contraer matrimonio con determinada persona. No bastaría una autorización general para contraer matrimonio con quien quiera. También parece evidente, como observa Borja, que este permiso puede revocarse hasta que se contraiga el matrimonio.

Según el Art. 1774 las personas llamadas a autorizar el matrimonio del menor pueden igualmente facultarle para que estipule capitulaciones matrimoniales —salvo en cuanto contengan actos de enajenación o gravamen de inmuebles—, con lo cual se crea una excepción a la representación ordinaria del menor de edad, ya que dichas personas, por ejemplo los abuelos, no son necesariamente quienes ejercen la representación ordinaria del menor.

¿Quiénes son las personas que deben dar el permiso? La autorización para el matrimonio es un acto de la vida de familia, el ejercicio de una responsabilidad sobre el destino del menor, por eso intervienen no solamente los representantes legales, sino también otros ascendientes. Nuestro Código distingue el caso de los hijos legítimos y el de los ilegítimos. De los primeros trata el Art. 94, y de los segundos el 95, y respecto de ambos, el Art. 98.

Art. 94: "Los que no hubieren cumplido veintiún años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de su padre legítimo, o a falta del padre legítimo, el de la madre legítima, o a falta de ambos, el del ascendiente o ascendientes legítimos, de grado más próximo.

En igualdad de votos contrarios, preferirá el favorable al matrimonio".

Art. 95: "El hijo ilegítimo que no haya cumplido veintiún

años, estará obligado ha obtener el consentimiento de su padre o madre ilegítimos; y si ambos viven, el del padre".

Art. 98: "A falta de los dichos padre, madre o ascendientes, será necesario, al que no haya cumplido veintiún años, el consentimiento de su curador general, o en su defecto, el de un curador especial".

La principal diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos, en esta materia, consiste por lo tanto en que mientras al legítimo le pueden autorizar su padre, madre o ascendientes, el ilegítimo solamente puede obtener la licencia de su padre o madre, pero no de otros ascendientes. Unos y otros, a falta de las indicadas personas, deben contar con el asentimiento de un curador general o especial.

La intervención de un curador especial, a falta del general, parece poco acertada. Efectivamente, el juez debe nombrar curador especial de un menor adulto a la persona que el propio menor designa. Ahora bien, si dicho curador deberá juzgar de la conveniencia del matrimonio es de suponer que el menor procurará designar a quien tenga la seguridad de que sí le va a autorizar. Más lógico sería que el propio juez, considerando el caso y tomando las debidas informaciones, reemplace a los padres o ascendientes, en caso de falta de curador general, y él mismo autorizara o negara el matrimonio del menor.

El asentimiento o licencia debe darlo la persona de mejor derecho. Es decir, si existe el padre, no puede darlo la madre, si puede darlo ésta, no cabe pedirlo a los ascendientes, etc.

Pero el Código señala con meticulosidad cuándo se "entiende faltar", es decir, cuándo se ha de pasar a la siguiente persona llamada a dar el permiso. Esto se indica en los Arts. 96 y 97:

Art. 96: "Se entenderá faltar el padre o madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente o fatuo, o por hallarse ausente del teritorio de la República y no esperarse su pronto regreso, o por ignorarse el lugar de su residencia".

Art. 97: "Asimismo se entenderá que faltan el padre o madre que, por sentencia, han sido privados de la patria potestad o removidos de la guarda de sus hijos ilegítimos".

Téngase en cuenta que sólo el que se halla "en estado habitual de demencia" debe ser puesto en interdicción (Art. 497), en cambio no se debe pedir el consentimiento para el matrimonio de un menor, al ascendiente demente, aunque su demencia no sea habitual y aunque no esté en interdicción.

No parece justo, en cambio, que no se cuente con el padre o ascendiente ausente del territorio de la República, siendo así que resultaría muy fácil que esa persona manifestara su asentimiento o su negativa por cualquier medio auténtico.

Por otra parte, sería lógico que aquellos padres que fueran privados de los derechos de criar, educar, corregir, etc., a sus hijos menores de edad, conforme se establece en el Título IX del Libro I del Código Civil, perdieran igualmente el derecho de autorizar a sus hi

jos para el matrimonio. Pero la Ley dispone que solamente la pérdida de la patria potestad (de la que se trata en el Título X), sea la que acarree también esta consecuencia de quitar el derecho de consentir al matrimonio de los menores.

También sería justo que en caso de estar divorciados los padres, diera la licencia aquel a cuyo cuidado esté el hijo.

Respecto de los efectos de la falta de licencia, ya hemos señalado uno que difiere fundamentalmente según se trate de menores que ya han cumplido los diez y ocho años, o de quienes no los han cumplido: el matrimonio de estos últimos es nulo, según lo dispuesto en los artículos 113 y 119. Pero además, hay otros efectos de la violación de las reglas que acabamos de ver.

El menor que no obtenga la licencia requerida, si ya ha cumplido los 18 años, puede pedir al juez que califique si la negativa es legal o no lo es. Efectivamente, la ley señala ciertas causas por las que se puede negar la licencia a los que ya tienen 18 años. En cuanto a los menores de 18 años, se les puede negar el permiso sin necesidad de razón alguna; la razón, diríamos, podría ser su misma corta edad, o cualquier otra que los ascendientes no tienen obligación de justificar ante nadie. Así lo establece el Art. 99:

Art. 99: "Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de diez y ocho años. Pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el juez competente".

Esta posibilidad de recurrir al juez, puede evitar muchas arbitrariedades, y resguarda la legítima libertad del hijo a la vez que el derecho razonablemente ejercido por los padres o ascendientes para proteger al propio menor. "El padre, y en su falta la madre, tienen derecho de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad", dice el Art. 254, y paralelamente, no se puede impedir de modo absoluto y sin causa razonable que contraigan matrimonio.

Las razones en las que se puede fundar la negativa del asentimiento, se señalan en el Art. 100:

Art. 100: "Las razones que justifiquen el disenso no podrán ser otras que éstas:

1ª La existencia del impedimento legal señalado en el artículo 103;

2ª El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el Título "de las segundas nupcias", en su caso;

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

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

5ª Haber sido condenada esa persona a cualquiera de las penas indicadas en el Art. 290, número 4;

6ª No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio".

La enumeración de razones contenida en el art. transcrito es taxativa, es decir, que no reconoce la ley otras razones aparte de ellas. Pero evidentemente no son las únicas que deberían justificar el disenso. En primer término, no sólo la existencia del impedimento señalado en el Art. 103 es causa razonable, sino igualmente la existencia de cualquier impedimento dirimente. También parece justo que los ascendientes, etc. puedan oponerse cuando conocen defectos, vicios, enfermedades graves del menor que desea casarse, y no solamente cuando el propio menor o la prole resulten los posiblemente perjudicados por el matrimonio proyectado. Otra causa evidente sería si la persona con quien quiere casarse el menor, o si el propio menor, son divorciados. Si se trata de divorciados quiere decir que son personas que ya han fracasado en su intento de establecer un hogar, y es lógico presumir que no tendrán las cualidades necesarias para hacer feliz a su nuevo cónyuge. Mayor razón para no consentir en el matrimonio del menor, existiría si el otro contrayente fuera quien precisamente dio causa para el divorcio.

Para hacer más efectivas estas disposiciones y tutelar mejor el derecho del menor de edad, debería existir un plazo dentro del cual las personas llamadas a dar el asentimiento tuvieran que manifestarlo, pues de otro modo resulta fácil que mediante dilatorias se obste de hecho un matrimonio sin razón suficiente.

Si a pesar del disenso se celebra el matrimonio de un menor de 18 años, éste es nulo (Art. 113), pero si ya ha cumplido los diez y ocho años, los efectos de la contravención son distintos de la nulidad: el matrimonio es válido, pero hay sanciones civiles y penales para los contrayentes y para la autoridad que haya presenciado el matrimonio. Veamos el texto de los Arts. 101 y 102:

Art. 101: "El que no habiendo cumplido veintiún años se casare sin consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, o sin que el juez haya declarado infundado el disenso, podrá ser desheredado, hasta en la tercera parte de la legítima, por aquél o aquellos cuyo consentimiento le fué necesario.

Art. 102: "También podrá el ascendiente revocar las donaciones que hubiese hecho, antes del matrimonio, al menor que se casare sin su consentimiento, o sin la respectiva licencia judicial.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de otra persona no priva del derecho de alimentos".

Además del deshereramiento hasta la tercera parte de la legítima y de la revocatoria de las donaciones, parece haber un tercer efecto civil, aunque este último se discute, y consistiría en la reducción de los alimentos de cóngruos a los simplemente necesarios. Algunos niegan este tercer efecto porque no se enumera expresamente.

Pero por otra parte se podría alegar que el Art. 363 distingue la "injuria atroz" de la "injuria grave"; mientras la primera priva

del derecho de alimentos, la segunda solamente autoriza para que se reduzcan de cóngruos a los simplemente necesarios. Y parece que el Art. 102 si bien excluye la posibilidad de que por falta de asentimiento se quiten totalmente los alimentos, en cambio no impide que puedan reducirse, por haber indudablemente una "injuria grave", en el hecho de casarse contra la voluntad de los padres o ascendientes que deben dar la licencia.

También el Art. 1263 da un argumento a favor de la posibilidad de reducir los alimentos. Dicha disposición legal indica que los efectos del desheredamiento se extienden no sólo a las legítimas sino a todas las asiganciones por causa de muerte, "pero no se extienden a los alimentos necesarios, excepto en el caso de injuria atroz". Esta disposición se refiere a las asignaciones forzosas de alimentos que hoy están suprimidas, pero de todos modos da pié para razonar así: quien deshereda no puede privar de los alimentos necesarios, luego puede privar de los cóngruos.

Igualmente, respecto de la incapacidad o indignidad, establece el Art. 1048 que no privan al heredero o legatario excluído, "de los alimentos que la ley le señala", pero esto no obsta para que puedan rebajarse, si existe una injuria grave.

Lógicamente estas sanciones (desheredamiento parcial, revocatoria de las donaciones, y, si es posible, reducción de los alimentos), dependen de la voluntad del padre o ascendiente ofendidos por la desobediencia del menor de edad, por tanto, bien pueden no imponer esos castigos, imponerlos parcialmente, o después de impuestos, revocarlos, dejarlos sin efecto.

El Código Penal castiga al menor de edad, que habiendo cumplido los 18 años se casa sin el consentimiento de sus padres, con tres a seis meses de prisión. Los padres pueden hacer cesar esta pena, aprobando el matrimonio celebrado (Art. 514 Código Penal). En cuanto a la autoridad que les casa contra el parecer de los padres, etc., debe ser reprimida con prisión de 6 meses a un año y multa de 400 a 1.000 sucres (Art. 515). No parece, en cambio, que deba aplicarse a estos casos el Art. 514 del Código Penal que sanciona con prisión de uno a cinco años a la autoridad que celebrare matrimonio para el cual haya impedimento no dispensable, tanto porque en cierto modo en el caso que tratamos cabe una especie de dispensa consistente en la calificación del disenso por el juez, como, sobre todo, porque existiendo el Art. 516 que es específico para el efecto, no se debe aplicar otro más genérico.

Si se emplea sorpresa o engaño para hacer intervenir a la autoridad, la sanción es de seis meses a dos años de prisión, y si se emplea la violencia, de tres a seis años de reclusión (Art. 511). El Código Penal de la Policía igualmente señala sanciones para el que hace intervenir a la autoridad por sorpresa o engaño en un matrimonio ilegal pero válido, y penas más graves si se emplea la violencia o la intimidación (Art. 277).

137.— Impedimento impediente: Incumplimiento de reglas sobre las guardas.

Si una mujer menor de edad está bajo curaduría, o ha estado bajo tutela, no puede contraer matrimonio con quien administró la guarda, mientras no esté aprobada la cuenta de la administración.

Esta prohibición tiene por objeto proteger los intereses de la menor, pues ella tiene derecho de apreciar la cuenta y hacer sus observaciones, y pedir, eventualmente, las respectivas indemnizaciones al ex-guardador. Ahora bien, si éste pasa a ser marido de la menor antes de la aprobación judicial de la cuenta, entonces se convierte en representante legal de su mujer y tendría que rendirse cuentas a sí mismo, lo que es absurdo. Podría darse el caso de que se contrajera matrimonio precisamente para no tener que responder de una administración descuidada.

Prudentemente la ley extiende la inhabilidad a los descendientes del tutor o curador, para el matrimonio con el pupilo o pupila. En este caso ya no importa el sexo del sometido a guarda, ya que de todos modos el matrimonio con un descendiente del tutor o curador obstaría moralmente a que se pida la debida cuenta y responsabilidad a dicho guardador.

La prohibición desaparece si el ascendiente o ascendientes que deben dar su permiso consienten en el matrimonio, porque en ese caso querría decir que hay suficiente razón para confiar en que no se seguirá ningún perjuicio para el menor.

Estas reglas no constituyen, desde luego, impedimento dirimente, no ocasionan la nulidad del matrimonio contraído contra ellas, sino que originan otras consecuencias: la pérdida del derecho a su remuneración por parte del guardador, y "otras que las leyes impongan", dice el Art. 103. Esas otras sanciones son civiles y penales, como veremos en seguida. Pero previamente léase el Art. 103:

Art. 103: "Mientras que una mujer no hubiere cumplido veintiún años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del Ministerio Público.

Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador, para el matrimonio con el pupilo o pupila.

El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo".

La sanción que la ley impone por el incumplimiento de estas disposiciones tiene poca aplicación práctica. No cabe suponer que la

mujer recién casada quiera sancionar al marido por haberse casado con ella. Solamente se hará efectiva la sanción, quizá, al liquidarse la sociedad conyugal, y sobre todo si intervienen en la liquidación los herederos de la mujer ya muerta, o si se produce un divorcio.

Además de la pérdida de la remuneración, de que habla el Art. 103, el artículo 575 indica que también puede el pupilo demandar la indemnización de perjuicios. En el presente caso, el perjuicio podría consistir en la confusión de patrimonios: el de la mujer y el del marido. De todos modos, no será fácil establecer en la práctica la existencia de un perjuicio real cuya indemnización pueda conseguirse.

Una prohibición paralela a la que acabamos de estudiar se contiene en el Art. 321 que impide la adopción del pupilo, por parte del guardador mientras no se hayan presentado y aprobado las cuentas de la guarda. La razón es la misma, y si bien aquí no se señalan los efectos de la contravención, hay que suponer que también serían iguales, en lo civil.

En el aspecto penal, el guardador que se casa con la pupila antes de la aprobación legal de sus cuentas, o que presta su consentimiento para que contraigan matrimonio sus hijos o descendientes con la persona que tuviere o hubiere tenido en guarda, será reprimido con uno a cinco años de prisión (Art. 278 del Código Penal de la Policía y 513 del Código Penal). La configuración del delito es igual en ambos códigos penales, con la diferencia en cuanto a la pena, que el común agrega a la prisión una multa de 100 a 1.000 sucres.

138.— Impedimento impediente: Incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias del varón.

En el caso de segundas o ulteriores nupcias la ley señala reglas de muy distinto contenido y naturaleza para el varón y para la mujer. Las examinaremos separadamente.

El Título V del libro primero, que comprende los Arts. 150 hasta 154, se refiere a las segundas o ulteriores nupcias y trata de precaver la confusión de patrimonios que se podría originar por el nuevo matrimonio. El título se remite exclusivamente al caso del viudo o de la viuda, pero no al del divorciado o divorciada, y resulta evidente que la misma confusión se puede producir en el nuevo matrimonio del divorciado que en el del viudo. Al dictarse precipitadamente la ley de matrimonio civil y divorcio no se tuvo en cuenta este importante aspecto, como tantos y tantos otros que quedaron incongruentes con la nueva legislación.

El Art. 154 se refiere a la viuda, y se remite inmediatamente a otras disposiciones, colocadas en muy diverso lugar del Código, las contenidas en el Art. 553. En cambio los artículos 150 a 153 del "viudo", o del "padre", y en el estado actual de nuestra legislación resulta bastante dudoso si son aplicables solamente al varón o también a la mujer.

Hay una sentencia de la Corte Suprema que al resolver sobre un asunto referente a una viuda, hace mención de los artículos 150 hasta 154, como si le fueran aplicables. Según el Art. 20, las "palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno sólo". Ahora bien, el cotexto, parece indicar en este caso que "viudo" o "padre", comprende sólo al varón, por lo siguiente: en muchos artículos se habla expresamente del "padre o la madre" para designar a ambos progenitores; el Art. 154 se refiere expresamente a "la viuda", de modo que los demás artículos del mismo título parece ser que son para "el viudo"; en otros artículos se impone obligaciones específicas a "la mujer" que pasa a segundas nupcias (por ejemplo: Arts. 223, 285, 553, 1327), y algunas de esas disposiciones son incompatibles con las de los artículos 150 a 153, o por lo menos hacen que éstos ya no tengan razón de ser, concretamente, si la madre que se vuelve a casar ya no administrará los bienes de sus hijos, no tienen sentido que esté obligada a hacer inventario de esos bienes. Por todas estas razones considero que las mentadas disposiciones (Arts. 150 a 153) se refieren sólo al caso del varón viudo. Insisto en que deberían extenderse también al divorciado. Y considero que la ley igualmente convendría que las extendiera de modo expreso a la mujer, viuda o divorciada, que, continuara en la administración de los bienes de sus hijos o descendientes al volverse a casar, sea porque establezca en capitulaciones matrimoniales que se reserva esa administración, o porque teniendo una profesión liberal, puede continuar con su plena capacidad como si fuera soltera. Todos estos casos no están previstos en nuestra ley. Tales reformas resultan más necesarias ahora, en virtud de la igualdad establecida por la nueva Constitución.

Las obligaciones del viudo que desea volverse a casar consisten en: hacer inventario solemne de los bienes de sus hijos que administre, y para ello pedirá que se nombre curador especial.

Normalmente el padre de familia no está obligado a hacer inventario solemne de los bienes que administre pertenecientes a sus hijos menores de edad, sino que esta obligación se le impone en el caso de pasar a nuevas nupcias (Art. 268 del Código Civil), de donde aparece con claridad cuál es el espíritu de la ley: se confía en la buena administración del padre, pero se teme que al tener que administrar nuevos patrimonios (el de su nueva mujer, el de la sociedad conyugal, el de los hijos del nuevo matrimonio), resulte difícil establecer qué cosas pertenecen a cada uno, y para ello se obliga a hacer inventario solemne. Este se hace por orden judicial, con la intervención del secretario del juzgado y de perito o peritos que deben avaluar las cosas, y de testigos que dan fe de los hechos; el inventario solemne se protocoliza en una notaría o eleva a escritura pública ante notario; se obtie-

ne así un instrumento público que constituye plena prueba respecto de la existencia de tales o cuales bienes, y a partir de tal existencia se establecerán luego las responsabilidades de su administración.

La intervención de curador especial es también muy necesaria, puesto que existe una oposición (al menos potencial) de intereses entre el padre y los hijos, por lo mismo éstos deben ser representados por otra persona. No hay inconveniente en que un mismo curador especial desempeñe el cargo respecto de varios menores. Siendo curador especial, será siempre dativo, designado por el Juez, y no se seguirá el orden del llamamiento a desempeñar esa guarda que la ley señala para los casos ordinarios, ya que esas personas muchas veces estarían demasiado vinculadas con el padre (su padre, hermanos, etc.) como para actuar con la debida independencia de criterio.

Naturalmente, todas estas diligencias se deben cumplir siempre que existan hijos menores de edad que estén bajo la patria potestad o guarda del viudo. Si no tiene hijos, o bien éstos ya son mayores, o aúnque menores no están bajo su patria potestad o bajo su guarda, no hay lugar ni al nombramiento de curador, ni a la factura de inventario solemne.

Considero que si los bienes de los hijos provienen de una herencia (será frecuente que provengan de herencia de la madre), y en el trámite sucesorio se ha hecho inventario solemne, ya queda cumplida la solemnidad exigida por el Título V de la Ley, y no se requiere repetirla. Salvo, tal vez, el caso de que haya transcurrido mucho tiempo desde la factura del primer inventario, aunque la ley no indica dentro de qué tiempo deberá hacerse, o haberse hecho el inventario.

Si no existen bienes, o son de muy escaso valor, tampoco hay obligación de formar inventario solemne (que podría costar más que los bienes), pero sí se debe nombrar el curador especial, con el fin de que sea quien atestigüe que los bienes son escasos, pues de otro modo quedaría ello al arbitrio del padre, y perdería todo valor la protección que la ley quiere dar a los menores.

Hemos indicado que la ley no señala plazo dentro del cual deba cumplirse el requisito de hacer inventario. Sin embargo, el Art. 153 se refiere al "tiempo oportuno", y entendemos que dicho tiempo no puede ser otro que "antes de contraer nuevo matrimonio", pues ese es el sentido general o contexto de estas disposiciones.

La sanción para el padre que se vuelve a casar sin cumplir la indicada obligación consiste en que pierde su derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado.

Además, el Art. 417 (que proviene de la reforma introducida por el D. S. 211 de 19 de julio de 1937 —R.O. 547 de 23 de julio—), impone al padre que se vuelve a casar la obligación de prestar fianza para la administración de los bienes del hijo ilegítimo, pero el incumplimiento de esta disposición no obsta para el matrimonio.

Véase a continuación el texto de los artículos comentados:

Art. 150: "El viudo que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como a herederos de su cónyuge difunto o con cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial".

Art. 151: "Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre. Cuando así fuere deberá el curador especial testificarlo".

Art. 152: "La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del viudo que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los efectos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría".

Art. 153: "El viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el Art. 150, perderá el derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado".

Art. 154: "La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo la patria potestad o curaduría, tratare de volver a casarse, deberá sujetarse a lo prevenido en el Art. 553".

139.— *Impedimento impediente: incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias de la mujer.*

La mujer que quiere contraer segundas o ulteriores nupcias está obligada a cumplir ciertos requisitos inspirados por dos motivos muy diferentes: por una parte se trata de evitar que ella que se vuelve incapaz por el matrimonio tenga una administración de bienes ajenos; por otra parte, el legislador se empeña en evitar una posible confusión respecto de la paternidad.

Las disposiciones que vamos a estudiar se refieren tanto a la viuda como a la divorciada, a diferencia de lo que sucede con el varón por un inexplicable defecto de la ley. Cierto que el Art. 154 se refiere sólo a la viuda, pero el Art. 553 al que se remite el primero, habla simplemente de "la ascendiente legítima o madre ilegítima que quisiere casarse", y comprende por tanto a la viuda, la divorciada, o aún a la soltera que se casa por primera vez (si es madre ilegítima). También el Art. 285 se aplica a toda mujer que pasare a segundas o ulteriores nupcias. En cuanto a la prohibición del matrimonio dentro de los trescientos días, ya hemos visto que, mientras el Art. 109 prohibe con carácter dirimente el matrimonio de la viuda, el Art. 128 contiene igual prohibición para la divorciada, pero sin que la violación de esa disposición cause nulidad del matrimonio, lo que es evidente-

mente absurdo y el Decreto Legislativo que entró en vigencia el 9 de febrero de 1962 impide tanto al varón como a la mujer divorciados, contraer nuevo matrimonio antes de un año.

Examinemos separadamente lo referente a la administración de los bienes del hijo, y lo atinente a la prohibición de contraer matrimonio antes de los trescientos días.

A). Pero cuando se trata de la madre que ejerce la patria potestad, y que se quiere volver a casar, el artículo verdaderamente aplicable no es el 553, a pesar de la remisión del Art. 154 a él, sino que debe prevalecer el Art. 285, por tener carácter especial frente al primero. Veamos el texto de estas dos disposiciones:

Art. 553: "Si la ascendiente legítima, o madre ilegítima, tutora o curadora, quisiere casarse, lo denunciará previamente al juez, para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aún a los actos de la tutora o curadora anteriores al matrimonio.

Esta disposición comprende el caso en que la madre, que tiene hijos bajo su potestad, pasare a segundas nupcias".

Art. 285: "La madre que se prostituyere o diere a luz un hijo ilegítimo, perderá la patria potestad.

La que pasare a segundas o ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no los demás derechos de la patria potestad".

Según el Art. 553 parece que el efecto de las nuevas nupcias consitiría en hacer perder la patria potestad a la madre, pero el Art. 285 al contraponer el caso de la que se prostituye al de la que pasa a segundas nupcias, señalando efectos distintos para causas tan diferentes, deja claro que únicamente pierde la madre el derecho de administrar los bienes de sus hijos menores. El mismo Art. 285, al final, recalca que la madre no pierde "los demás derechos de la patria potestad". Luego, hay que entender el inciso 2º del Art. 553, en sentido restringido: solamente se debe pedir al juez la designación de la persona que ha de reemplazar en el cargo de administradora de los bienes de los hijos, mas no en el ejercicio de la patria potestad.

Hay que observar que, de todos modos, la disposición legal no parece justa. Actualmente la mujer casada puede tener capacidad jurídica plena o para ciertos asuntos, sea por efecto de las capitulaciones matrimoniales, de la exclusión de bienes, del ejercicio de una profesión liberal, etc.; nada más razonable, pues, que establecer que la madre que ejerce la patria potestad y se vuelva a casar, continúe administrando los bienes de sus hijos menores, gozando para ello de la corerspondiente capacidad jurídica.

Por otra parte, el Art. 285, priva a la madre que pasa a ulteriores nupcias, "perpetuamente", de la administración de los bienes de los hijos de familia. Aún suponiendo que tenga razón de ser la disposición porque la mujer casada se hace generalmente incapaz, no ten-

dría explicación el carácter perpetuo de la pérdida de la administración; ¿por qué no vuelve a administrar la madre que conserva la patria potestad y enviuda o se divorcia del nuevo marido?

Otro problema plantean los mencionados artículos 154, 553 y 285: ¿conserva la madre el derecho de representar judicialmente a los hijos, en aquellas cuestiones relativas a los bienes que ya no puede administrar?

El tenor literal del Art. 285, parecería dar pié para contestar afirmativamente, puesto que dice que "no perderá los demás derechos de la patria potestad", y el derecho de repersentar es uno de ellos.

Pero, por otra parte, la representación judicial suele conferirse conjuntamente con el derecho de administrar bienes ajenos; así lo establecen los artículos 432, 531, 533, etc., para los tutores o curadores; igual cosa sucede con el padre que ejerce la patria potestad, y con la madre que ejerce la patria potestad si no se vuelve a casar, luego, cuando ésta no tiene la administración de los bienes del hijo, tampoco debe tener la representación judicial.

La obligación de la madre que se quiere casar nuevamente consiste en recurrir al juez para que designe la persona que debe administrar los bienes de los hijos que tenga bajo su patria potestad o guarda. Si no cumple tal obligación, la ley la sanciona muy levemente; prácticamente la sancionada no resulta la mujer sino el nuevo marido: queda éste solidariamente responsable con la mujer respecto de los actos de ella como administradora, y aún de aquellos actos anteriores al matrimonio. Si bien la sanción es muy leve, nada perjudicial para la mujer, sin embargo, se cumple el objetivo de la ley que es el de evitar perjuicio para los hijos o descendientes, y ya que el ejercicio provendría de la confusión de patrimonios (con el del marido o de la sociedad conyugal o de los nuevos hijos), la solidaridad del marido pone a salvo los intereses de los menores.

De todos modos, contrasta la lenidad de la ley en este punto, con la severidad con que se trata a la mujer que pasa a nuevas nupcias lícitamente, es decir sin violar ninguna norma positiva. El artículo 1327 hace terminar ipso iure el albaceazgo de la mujer que pasa a otras nupcias (si es albacea del anterior marido), con lo cual pierde también el derecho a la correspondiente recompensa. El Art. 400 priva a la madre del derecho de nombrar curador testamentario para sus hijos, si ha dado causa para el divorcio por adulterio, si ha sido privada judicialmente de la patria potestad o si pasa a segundas nupcias. Resulta inconcebible que se equipare, y se sancione de igual modo, un hecho de origen delictivo como es el divorcio por adulterio, y un acto jurídico perfectamente lícito como es el de que la mujer se vuelva a casar. La disposición legal se inspira en el principio de que si la mujer no puede administrar los bienes de sus hijos, tampoco puede proveer sobre la administración de los mismos, después de su muerte; pero el verdadero remedio para esta incongruencia, estaría en permitir a la mujer que contrae nuevo matrimonio que continúe administrando los bie-

nes de sus hijos menores de edad. Esta reforma, se hace indispensable, por la constitución de 1967.

B) El otro requisito para la mujer que quiere volverse a casar consiste en que hayan transcurrido por lo menos trescientos días desde la disolución del anterior matrimonio.

Más exactamente, se establece un plazo obligatorio de espera para la viuda en el numeral 10º del Art. 109 y otro de igual duración para la divorciada, en el Art. 128. Pero el momento inicial del plazo es distinto, son diferentes las excepciones que se han considerado para la una o la otra, y sobre todo los efectos de la violación de estas disposiciones resultan totalmente desiguales y aún contrapuestos. He aquí las reglas del Código:

Art. 109: "No podrán contraer matrimonio:

10º La viuda antes de los trescientos días posteriores a la muerte del marido, salvo que probare haber estado judicialmente separada de éste con anterioridad al fallecimiento, o en absoluta imposibilidad física de tener relaciones sexuales con su cónyuge. El plazo se contará, en el primer caso, desde la inscripción de la sentencia de separación, y en el segundo, desde que empezó la imposibilidad física".

Art. 128: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de 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.

Igual aptitud tendrá la mujer divorciada que hubiere estado en absoluta imposibilidad física de convivir maritalmente en los trescientos días anteriores a la inscripción del divorcio".

Las diferencias son notorias: a) en cuanto al momento inicial del plazo, para la viuda es el mismo momento de la muerte del marido o sea aquel en que se disuelve el matrimonio, mientras para la divorciada solamente se cuenta desde la inscripción de la sentencia. b) Las excepciones tampoco son iguales: en el caso de la viuda se toma en cuenta la posible separación conyugal, y no en el caso de la divorciada, en cambio la divorciada que da a luz un hijo puede volverse a casar de inmediato mientras que no puede lo mismo la viuda. c) Pero la mayor y más injustificable diferencia es la atinente a los efectos: si se casa la viuda antes de cumplido el plazo, el matrimonio es nulo, y si viola la ley la divorciada, el matrimonio es válido.

El Art. 223, sin embargo, establece la obligación solidaria de la mujer y su nuevo marido, de indemnizar los perjuicios que se supone pueden ocasionarse a terceros por la incertidumbre de la paternidad.

Esta sanción sí corresponde tanto a la viuda como a la divorciada, puesto que el legislador no distingue.

Art. 223: "Cuando, por haber pasado la madre a otras nupcias, se dudare a cual de los dos matrimonios pertenece el hijo, y se solicitare una decisión judicial, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias, y oyendo el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente.

En el caso de este artículo, la mujer y su nuevo marido estarán solidariamente obligados a indemnizar los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad".

Para el caso del divorcio, más bien con el carácter de sanción para ese acto disolvente de la familia y para poner algún dique al adulterio que fomenta el divorcio, algunas legislaciones prohiben el matrimonio inmediato tanto del varón como de la mujer. Así sucede, por ejemplo en la Ley suiza que da facultad al juez para imponer un plazo de espera de hasta tres años.

En el Ecuador, la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902 prohibía a los divorciados contraer nuevo matrimonio antes de diez años. La Ley de 1910 rebajó ya ese plazo a sólo dos años y salvo el caso del divorcio por mutuo consentimiento en el que no había plazo. La reforma de 22 de octubre de 1912 decía "Si la separación de los cónyuges, anterior a la sentencia ejecutoriada de divorcio, ha sido de 6 a 10 años, las nuevas nupcias pueden verificarse dies meses después de dicha sentencia", esta reforma incurrió en el garrafal error de señalar un plazo máximo y mínimo de separación anterior al matrimonio para en esos casos disminuir el plazo de espera a sólo diez meses, lo cual es totalmente absurdo: ¿por qué debía esperar sólo diez meses quien había estado separado entre seis y diez años, y no obligaba igual espera al que había estado separado más tiempo aún, por ejemplo quince años o treinta? Indudablemente el legislador quiso decir alguna otra cosa, pero no supo expresarse en el lenguaje intelegible. No sabemos qué es lo que quiso decir.

En 1935 se volvió a modificar este punto por Decreto Supremo de 4 de diciembre, que en artículo innominado 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 300 días, queda en aptitud legal para contraer nuevas nupcias, sin esperar el transcurso de dicho plazo". El 15 de mayo de 1936 otro Decreto Supremo volvió a tentar de perfeccionar esta legislación tan poco afortunada, y decía así: "Art. 1º Como inciso tercero del primero de los artículos que contiene el artículo 2º de la Ley de 4 de diciembre de 1935, reformatoria de la de Matrimonio Civil, póngase el siguiente: "La prohibición del inciso primero de este artículo no se extiende al caso de que el nuevo matrimonio sea con el último marido o de que se trate de di-

vorcio por consentimiento tácito". Indudablemente esta maraña legislativa hace pensar que no debía ser falsa la opinión que entonces circulaba, de que estos decretos dictatoriales se hacían con dedicatoria: para resolver turbias situaciones familiares de algunos personajes influyentes. El 19 de Octubre de 1940, se suprimieron las últimas palabras del anterior artículo, por haberse eliminado también la indigna institución del llamado "divorcio tácito". En noviembre de 1958 se convirtió en impedimento dirimente sólo para la viuda, la referida prohibición. Y finalmente en 1962 se estableció la espera de un año para los divorciados.

El sintético relato de los abatares de nuestra legislación sobre este punto demuestra lo grave que resulta la intromisión de un legislador incompetente, precipitado e interesado, en materia tan delicada. Se ha jugado con la familia, con la sociedad ecuatoriana, como si fuera un objeto de poco o ningún valor con el que se pueden hacer todos los experimentos que inspire el capricho de los dictadorzuelos.

Sección 5ª: Solemnidades del matrimonio.

140.— Ceremonias civil y eclesiástica.

Ya hemos expuesto los principios relativos a la competencia del Estado y de la Iglesia en cuanto al matrimonio: corresponde al Estado la regulación de los efectos civiles (en sentido amplio) del matrimonio, y dictar las normas conforme al Derecho Natural que han de regular el vínculo de los no católicos; la Iglesia por su parte legisla y resuelve todo lo referente al sacramento del matrimonio, y por consiguiente a los requisitos, forma, valor, etc., del vínculo matrimonial de sus fieles.

En el Ecuador se reconoció ampliamente esta partición de atribuciones en el primitivo Código Civil, en las Constituciones anteriores a la de 1906 y, solemnemente, en los Concordatos celebrados con la Santa Sede en 1862 y 1881.

Después de la Ley de Matrimonio Civil de 1902, el Estado se arroga estas atribuciones.

Art. 108: "Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones de este Código".

No existe prohibición legal en el Código Civil de celebrar cualquier ceremonia religiosa antes del matrimonio civil. Tampoco la Ley de Registro Civil prohibe actualmente el matrimonio religioso antes del civil, ni podría hacerlo puesto que el Modus Vivendi celebrado con la Santa Sede en 1937 garantiza a la Iglesia plena libertad en la esfera de su propia competencia y evidentemente no habría esa libertad si para celebrar un sacramento se debiera contar con cualquier autoridad civil. A pesar de lo dicho, no una ley, sino un simple regla-

mento, evidentemente ilegal y contrario a los principios constitucionales de libertad y de respeto del Derecho Internacional, continúa obstando la libertad de celebrar matrimonios religiosos.

Lo más conveniente sería que el Estado reconociera efectivamente la libertad de las conciencias permitiendo que cada ciudadano contraiga matrimonio conforme a su religión y que asignara iguales efectos civiles a esos matrimonios, como también al matrimonio puramente civil de los que, por no tener religión, quisieren celebrarlo.

De los otros países que comparten con nosotros el mismo Código Civil, en lo substancial, Colombia mantiene el valor y la primacía del matrimonio católico, aunque existe también el matrimonio civil para los no católicos; y Chile permite el matrimonio religioso pero con la obligación de celebrar antes de ocho días el civil, y si no se cumple esta obligación sanciona con multas, en esta forma se estimula el cumplimiento de la ley sin restringir excesivamente la liberatd.

141.— Personas que deben intervenir en el matrimonio civil.

El artículo 111 señala como causa de nulidad del matrimonio, en cuarto lugar, "El no haberse celebrado el matrimonio ante el funcionario civil correspondiente, el actuario y dos testigos". Repite el artículo 117 que los contrayentes deben expresar su voluntad de casarse, y otros datos, "ante el Jefe o Teniente Político, Secretario y testigos, de palabra o por escrito..." y el artículo 124 en una descripción larguísima de la ceremonia indica que "El matrimonio se celebrará en esta forma: una vez presentados los contrayentes, por sí o por medio de sus apoderados, ante el Jefe o Teniente Político, el Secretario respectivo y los dos testigos..."; y el mismo artículo, más adelante recalca que: "Son requisitos esenciales para el efecto de la validez del matrimonio: 1º la presencia de los contrayentes o de sus apoderados; 2º La del Jefe o Teniente Político, del actuario y de los testigos"... Sin embargo, todavía, dos artículos más, el 115 y el 116, tratan de precisar el cuadro de las personas que deben comparecer o intervenir en el matrimonio:

Art. 115: "El matrimonio civil debe celebrarse ante el Jefe Político, su Secretario y dos testigos hábiles, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante el Teniente Político y su Secretario ad-hoc, en las parroquias rurales. El matrimonio celebrado de otra manera es nulo, pero con autorización escrita del respectivo Jefe o Teniente Político, cualquier otro funcionario del orden administrativo puede celebrar válidamente un matrimonio, llenando las demás formalidades expresadas en este título".

Art. 116: "Los contrayentes deben comparecer al acto de la celebración, sea personalmente o por medio de apoderado con poder especial, otorgado ante Notario Público, en todo caso".

De todos estos artículos, un tanto informes, podemos concluir que se requiere la comparecencia conjunta de las siguientes personas:

1º Los contrayentespor sí mismos o por medio de representante voluntario con poder especial y solemne (en ningún caso, pues, por medio de representante legal, o de apoderado general); 2º dos testigos hábiles y 3º autoridad civil competente, que ahora es el Jefe de Registro Civil según el Art. 30 de la Ley.

En cuanto a la comparecencia de los contrayentes, necesaria tanto en las ceremonias preparatorias como en la constitutiva del matrimonio, como queda dicho, puede ser directa, o por medio de un mandatario especial: para contraer ese matrimonio con tal persona, y no, con un poder general o que no especifique la persona del contrayente, pues no bastaría. Tampoco puede sustituir a uno de los contrayentes el padre o la madre que ejerzan la patria potestad, ni tampoco su curador, porque estos representantes legales no pueden intervenir en reemplazo de los incapaces en los actos personalísimos, como lo es el matrimonio. El poder, de suyo puede otorgarse por escritura pública o privada, o verbalmente, y aún mediante la sola aquiescencia tácita; pero para el matrimonio el Art. 116 exige necesariamente escritura pública, dada la importancia del acto.

Los dos testigos deben ser "hábiles", es decir, carecer de aquellos defectos o circunstancias que según la ley les inhabilitan para ser testigos, o si se quiere, deben reunir las cualidades exigidas por la misma ley. El Art. 122 señala quienes pueden ser testigos del matrimonio:

Art. 122: "Podrán ser testigos de las diligencias previas al matrimonio, y del acto mismo, todos los que sean mayores de dieciocho años, varones o mujeres, menos los 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 delito que haya merecido más de cuatro años de prisión; y
6º Los que no entienden el idioma castellano o el quichua en su caso"..

Las condiciones para ser testigos de matrimonio son casi las mismas exigidas para serlo de testamento solemne otorgado en el Ecuador (Art. 1079).

Por lo dispuesto en el Art. 178 del Código de Procedimiento Civil, las mujeres no pueden ser testigos de escritura pública, pero la regla del Art. 122 es especial y prevalece y sí pueden ser testigos del matrimonio y firmar el acta que además no es escritura pública aunque sí es instrumento público.

No exige nuestra ley que los testigos sepan leer y escribir, y ni siquiera que sepan firmar. Si no lo saben, debe hacerse constar este particular en el acta y conforme lo dispone el Art. 124, "por ellos firmarán otro u otros a su ruego, pudiendo una sola persona firmar por varias".

Las personas enumeradas en los numerales 3, 4 y 5 del Art.

122 no pueden ser testigos del matrimonio, y en cambio sí pueden serlo en un juicio, conforme al Art. 234 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de que el Art. 115 dice que en las parroquias rurales se debe celebrar el matrimonio "ante el Teniente Político, y su Secretario", y no se nombra para nada a los dos testigos, sin embargo es evidente que también en las parroquias rurales es indispensable la presencia de dos testigos hábiles, tanto por lo que disponen otros artículos, principalmente el 124, como por el espíritu de la Ley: no tendría sentido que la presencia de los testigos fuera obligatoria solamente en las cabeceras cantonales, ya que la función de esas personas es la de dar fe de los hechos o actos realizados, en donde quiera que sea.

En cuanto al domicilio de los contrayentes, se ha de entender su propio y personal domicilio, como lo exige la naturaleza personalísima del matrimonio.

Pero además del Jefe de Registro Civil, "otros funcionarios del orden administrativo" pueden intervenir en el matrimonio "con autorización escrita del respectivo Jefe o Teniente Político" (Art. 115). Aunque el minucioso Art. 124 y otros se refieren muchas veces al Jefe o Teniente Político, como los únicos ante quienes se puede celebrar el matrimonio, sin embargo, hay, pues otras personas que pueden sustituirlos. Entiendo que quien debe darles la autorización es el Jefe de Registro Civil, que ha reemplazado a los Jefes o Tenientes Políticos, para estos efectos.

Ha dado lugar a serias dudas y discuciones la expresión "funcionario del orden administrativo". Particularmente se controvierte sobre si los funcionarios municipales pertenecen al orden administrativo.

142.— Diligencias preparatorias.

El matrimonio civil comprende ciertas diligencias previas y la ceremonia propiamente dicha, a la que sigue la inscripción del acta. Las ceremonias previas están descritas y reguladas principalmente en los artículos 117, 118, 119, 121 y 123; aunque también se hace referencia a ellas en otras disposiciones legales, particularmente en el Art. 124 y 125. Transcribimos los artículos primeramente citados:

Art. 117: "Antes de celebrarse el matrimonio, los contrayentes, por sí o por medio de sus procuradores, expresarán ante el Jefe o Teniente Político, Secretario y testigos, de palabra o por escrito:

1º La voluntad de contraer matrimonio;
2º El nombre, apelido, edad, nacionalidad, estado, profesión u oficio y domicilio de los contrayentes;
3º El nombre, apellido y nacionalidad, estado, profesión u oficio y domicilio de los padres de los contrayentes;
4º El nombre, apelido y nacionalidad del cónyuge difunto, si alguno de los contrayentes fuere viudo;

5º El nombre y edad de los descendientes legítimos de los contrayentes, caso de tenerlos, de algún matrimonio anterior disuelto;

6º La circunstancia de hallarse formados los inventarios de los bienes de los menores que estuvieren bajo la guarda o la patria potestad de alguno de los contrayentes, o la prueba de que éstos no tienen descendientes ni pupilos bajo su cuidado; todo según este Código;

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

8º La manifestación de que no tienen prohibición alguna legal para contraer matrimonio.

Los contrayentes presentarán una información de dos testigos, por lo menos, sobre lo prescrito en el número 8º de este artículo, información que será recibida en legal forma".

Art. 118: "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 se va a celebrar. Queda facultado el Jefe Político para dispensar este requisito, por las causas que juzgare convenientes, a solicitud de parte".

Art. 119: "La omisión de las diligencias prevenidas en el Art. 117 no anula el matrimonio, salvo lo dispuesto en el Art. 113; pero, la autoridad que hubiere procedido a celebrarlo sin exigir el cumplimiento de ellas, será castigada con una multa de cincuenta a doscientos sucres, la cual se impondrá por el Gobernador de la respectiva provincia, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar".

Art. 121: "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 el Art. 117".

Art. 123: "Para que un Jefe o Teniente Político 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 dicho peligro.

En donde no hubiere médico, o en caso difícil de encontrarlo, se suplirá el certificado con la razón sentada por el Jefe o Teniente Político y el Secretario respectivo, y firmada por dos testigos".

En resumen: Para contraer matrimonio se requiere: a) que previamente se identifiquen los contrayentes; b) que conste que no tienen impedimentos; c) que conste que hayan cumplido los requisitos legales; d) que se publique durante ocho días que van a contraer matrimonio; e) que se proceda a la celebración dentro de los 30 días siguientes (Art. 120); y f) el Jefe Político puede dispensar de las publicaciones y se puede prescindir de todo lo dicho si consta que hay peligro de muerte. Prácticamente todo lo demás, que se dice en estos

artículos, son disposiciones de detalle más propias de un reglamento. Pero la nueva Ley de Registro Civil dispone que no se hagan esas publicaciones (Art. 30), y deja al Reglamento la misión de fijar las formalidades del matrimonio.

a) La identificación de los contrayentes se verifica en la ceremonia previa (Art. 117), mediante la declaración de los propios contrayentes, quienes deben ya manifestar su deseo de contraer matrimonio, y todos los datos que sirven para la cabal identificación: nombre, apellido, edad, nacionalidad, estado, profesión u oficio y domicilio. Además se exigen las mismas especificaciones respecto de los padres de los contrayentes, lo cual realmente parece excesivo, pues con el nombre de los padres parece que ya se tendrían todos los datos suficientes para evitar un posible error, y las demás circunstancias no tienen interés y más bien podría resultar inconveniente en algunos casos el preguntar.

También exige el numeral 3º del Art. 117 que se declare el nombre, apellido y nacionalidad "del cónyuge *difunto*", si alguno de los contrayentes fuere viudo. Esta especificación más que para identificar al contrayente, existe para constatar si se han cumplido ciertos requisitos legales, y para comprobar mejor el estado civil; pero no tiene sentido que se investigue el nombre, etc. sólo del cónyuge difunto, es decir en el caso de viudez, sino que la misma regla debería existir para el caso del divorciado o de aquel cuyo anterior matrimonio se ha disuelto por sentencia de posesión definitiva en caso de desaparecimiento, o por sentencia de nulidad; en estos otros casos, hay tanta razón como en el de viudez para que se pida aquellos datos, y para circunstancias análogas la ley debería contener disposiciones iguales.

b) La carencia de impedimentos se comprueba no solamente por la declaración de los propios contrayentes, que naturalmente no bastaría, sino que deben certificarlo dos testigos, en la misma información sumaria previa al matrimonio. Estos dos testigos pueden ser los mismos u otros de los que intervendrán en la ceremonia principal, y deben reunir las mismas condiciones señaladas en el Art. 122. Además, las publicaciones que ordena el Art. 118 tienen por objeto el que cualquier persona pueda denunciar la existencia de impedimentos, dando origen a la correspondiente oposición al matrimonio, de la que hablaremos en el punto siguiente.

c) Además de la falta de impedimentos, deben haberse cumplido los requisitos exigidos por la ley: para los menores de edad, se requiere el asentimiento o licencia de sus padres, ascendientes o guardadores, el cual puede darse verbalmente si están presentes dichas personas en la ceremonia previa, o también puede constar por escrito; se deben haber cumplido los requisitos para las segundas o ulteriores nupcias, que ya hemos estudiado; y debe constar que se han aprobado las cuentas, si quien trata de casarse es el guardador con su pupila, o los descendientes del guardador con el pupilo.

d) Las publicaciones se han suprimido por disposición de la Ley de Registro Civil.

143.— Oposición al matrimonio.

Después de tanta y tan complicada exigencia previa para el matrimonio, sería lógico que el legislador hubiera previsto todas las consecuencias jurídicas de esos requisitos, pero realmente tienen muy poca importancia porque la legislación es incompleta; se ha quedado únicamente en las exterioridades, sin penetrar en su verdadero contenido jurídico. Si se pide la constancia de carecer de impedimentos, de haberse cumplido ciertos requisitos y se ordenan publicaciones durante ocho días, sin duda todo ello está naturalmente destinado a facilitar la posible oposición al matrimonio que se proyecta. Pero respecto de la oposición, apenas se la menciona en el Art. 120, y no se dice, ni quienes, ni en qué forma, ni conqué efectos pueden oponerse, y en caso de presentarse una oposición, no se sabe cómo debe tramitarse.

Es necesario señalar un procedimiento para ventilar las posibles oposiciones; normalmente se establecen sistemas sumarios y se sanciona con multas a las personas que malintensionadamente presentan denuncias con el objeto de dificultar matrimonios válidos y lícitos. Nada de esto hallamos en nuestra legislación. El tenor literal del Art. 120 daría pié para pensar que cualquier persona puede denunciar impedimentos, etc., y que quien debe resolverlo todo libre y arbitrariamente es el Jefe o Teniente Político, ya que no se asigna competencia a ninguna autoridad concreta ni se establece trámite, ni existen penas, etc. Del mismo artículo 120 se deduce que cualquier oposición puede presentarse durante los treinta días a partir de la ceremonia previa. He aquí el referido artículo:

Art. 120: "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. 117".

Ya sabemos que en el caso del menor de edad que haya cumplido 18 años, puede él dirigirse al Juez, para que califique el disenso, conforme al Art. 100 del Código Civil, y respecto de este caso concreto sí hay disposiciones procesales (Arts. 786 a 790 del Código de Procedimiento Civil), pero esto no se extiende a los demás casos de oposición, y debe tenerse en cuenta que las reglas del Código de Procedimiento Civil, son para el caso de que quien recurra al juez sea el propio contrayente, y no sirven para un tercero que pretenda oponerse al matrimonio.

144.— Ceremonia principal del matrimonio civil.

Cumplidos los anteriores requisitos, el matrimonio civil se celebra en la forma indicada en el Art. 124:

Art. 124: "El matrimonio se celebrará en esta forma: una vez presentados los contrayentes, por sí o por medio de apoderados, ante el Jefe o Teniente Político, el Secretario respectivo y los dos testigos, el Jefe o Teniente Político, leerá o hará leer, con el actuario, los documentos que contienen las diligencias preceptuadas en el artículo 117. Después de esto, el Jefe o Teniente Político 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 prevenidas en dicho Art. 117, 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 Jefe o Teniente Político, y por el Secretario respectivo. Si los contrayentes, sus apoderados o los testigos, no supieran o no pudieran 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 Jefe o Teniente Político, del actuario y de los testigos;
3º La constancia de que los contrayentes se recibieron como esposos mutuamente;
4º La de que el Jefe o Teniente Político los declaró casados; y,
5º La constancia, en acta, de esos particulares, bajo la firma del Jefe o Teniente Político, 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".

Conviene observar en primer término que el artículo transcrito es uno de los más informes del Código y no guarda relación con el sobrio y correcto estilo del proyecto de Don Andrés Bello, por el contrario, esa masa de palabras que proviene de la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902, trata de muchos asuntos dispares, sin orden lógico, repitiendo cosas ya dichas en otras disposiciones, y dejando vacíos que se debieron prever.

Se hace imposible, por otra parte, la interpretación literal de este artículo, como lo ordena el Art. 18 del propio Código, pues de entenderse literalmente, resultarían nulos muchísimos matrimonios, tal vez la mayor parte de los que se celebran, y no puede haber sido esa la intención del legislador. Así por ejemplo, el mal empleo de las palabras "Jefe o Teniente Político", —en lugar de decir "la autoridad

correspondiente"—, determinaría que fueran nulos los matrimonios celebrados con permiso de aquellos por cualquier otro funcionario del orden administrativo, y esto manifiestamente no es así; es sólo una consecuencia de la pésima redacción de este infortunado artículo. Hay muchas otras cosas que se podrían observar en la redacción, como aquello de lamar "esposos", a los cónyuges, la festiva pregunta que debe hacer la autoridad a los contrayentes que ya han manifestado su voluntad de casarse, de si realmente quieren contraer matrimonio... etc. Como la nueva Ley de Registro Civil dispone que el Reglamento regule las solemnidades del matrimonio, deberá reformarse el Código Civil de acuerdo con esto.

145.— Inscripción del matrimonio.

Generalmente los actos constitutivos de estado civil, para que surtan sus efectos frente a terceras personas requieren en el Ecuador ser inscritos en el Registro Civil, tal sucede con las sentencias de nulidad de matrimonio y divorcio, y aún para probar simples hechos jurídicos como el nacimiento o la muerte, la prueba principal consiste en la partida de Registro Civil o su copia. También el matrimonio debe, pues, inscribirse y así lo ordenan el Art. 125 del Código Civil y los artículos 30 a 34 de la Ley de Registro Civil. Sin embargo, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, no se ha declarado que sea imprescindible para que el matrimonio surta efectos entre los cónyuges y respecto de terceros, cuando se trata de matrimonios celebrados en el Ecuador. Esta inscripción aunque es obligatoria, tampoco está sancionada con la nulidad del matrimonio, si no se hace, sino con otras sanciones; y aunque la partida de matrimonio sea la principal prueba del contrato matrimonial, tampoco es insustituíble puesto que el Art. 348 del Código Civil admite como pruebas supletorias, a falta de partida, otros documentos auténticos, las declaraciones de testigos y la notoria posesión del estado civil.

Propiamente lo que debe inscribirse es el acta de la ceremonia del matrimonio, pero el Art. 125 ordena que se remita al Registro Civil, también el acta de la ceremonia previa:

Art. 125: "La copia del expediente que contenga las diligencias preceptuadas en el Art. 117, y la del acta de la celebración del matrimonio, serán remitidas al respectivo Jefe del Registro Civil, dentro del término de ocho días, bajo la multa de diez a cien sucres, la cual será impuesta por el Gobernador de la provincia".

Mientras el Art. 123 del Código Civil concede ocho días para inscribir el matrimonio, la Ley de Registro Civil dispone que se haga "inmediatamente".

146.— El matrimonio celebrado en el exterior.

Hasta aquí hemos tratado solamente del matrimonio que se

celebra en el Ecuador, y vamos a examinar a continuación el contraído en el extranjero: a) su forma o solemnidades; b) los requisitos de fondo; c) sus efectos.

a) El Art. 104 del Código Civil autoriza la celebración del matrimonio en el exterior sea conforme a las leyes ecuatorianas, o a las leyes del lugar en que se efectúe. Lo dispuesto en el Art. 104, permite considerar que la forma del matrimonio celebrado en el extranjero puede ser tanto la exigida por nuestras leyes, como la impuesta por la legislación del lugar de la celebración.

También los principios del Derecho Internacional Privado, recogidos por numerosas convenciones, permiten la aplicación de la ley personal o de la ley del lugar de la celebración, para regir la forma del matrimonio, con algunas limitaciones necesarias.

El Código Sánchez de Bustamante, respecto de la forma del matrimonio establece dos principios: 1. es válido internacionalmente el matrimonio contraído conforme a las leyes del lugar de la celebración, y 2. también tiene pleno valor el llamado "matrimonio diplomático", cuando las leyes locales lo permitan. Este matrimonio es el que se celebra ante los representantes diplomáticos o agentes consulares de una Nación. Sin embargo, respecto del primer principio, el mismo Código reconoce una limitación: "los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero, sin observar esa forma"; esta salvedad se fundamenta en la evidente superioridad de la forma religiosa, reconocida así por los quince países americanos signatarios del Código.

El Art. 126 de nuestro Código Civil, por su parte, en concordancia con lo anteriormente expuesto, legisla sobre el "matrimonio diplomático", que se puede celebrar en el extranjero:

Art. 126: "Los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador en nación extranjera reemplazarán a los jefes políticos, para la celebración del matrimonio entre ecuatorianos, ecuatoriano y extranjero, o entre extranjeros domiciliados en la República.

Los matrimonios extranjeros que fijen su domicilio en el Ecuador están sometidos a las obligaciones que establece este Código y gozan de los derechos que él concede".

Claramente se expresa en el artículo transcrito qué personas pueden usar de esta forma de contraer matrimonio: no sólo dos ecuatorianos, sino también un ecuatoriano con un extranjero, y aún dos extranjeros, pero en este último caso, es preciso que ambos tengan su domicilio en el Ecuador.

No señala el Código qué agentes diplomáticos y consulares pueden casarse en el extranjero. Pero según la Ley del Servicio exterior y el Reglamento sobre la jurisdicción de los cónsules ecuatorianos en el extranjero, dichos funcionarios son solamente los diplomáticos jefes de misión (embajadores, ministros o encargados de negocios), y los cónsules (no los cónsules ad-honorem, ni los empleados subalternos), y todos ellos dentro de su respectiva jurisdicción.

También hay que advertir que, de conformidad con los principios del Derecho Internacional y lo dispuesto en el Código Sánchez de Bustamante (Art. 42), es preciso que estos matrimonios sean admitidos por las leyes del país en que se celebren. Y es muy frecuente que la legislación local autorice los matrimonios diplomáticos únicamente a los que son extranjeros en esos países, es decir, que no permiten el matrimonio de un ciudadano del lugar en donde se contrae el matrimonio, ni mucho menos si ambos son del lugar, sometiéndose a una forma extranjera; tal sucede, por ejemplo en Francia, y la Convención de La Haya suscrita en 1902 por varios países europeos confirmó esta regla.

El inciso segundo del Art. 126 habla de "matrimonios extranjeros", los cuales están sometidos a las obligaciones y gozan de los derechos que establecen las leyes ecuatorianas. Pero la expresión "matrimonios extranjeros", inusitada en nuestra legislación, resulta poco precisa, ambigua: puede significar: los matrimonios celebrados en el extranjero, los celebrados por extranjeros, o solamente los celebrados en el extranjero en forma diplomática a la que alude el inciso primero, o finalmente, los celebrados en el extranjero conforme a leyes extranjeras.

Por otra parte, la anterior Ley de Registro Civil (Arts. 30 a 32 y 26), subordinaba los efectos civiles del matrimonio celebrado en el extranjero, al hecho de su inscripción en el Registro Civil ecuatoriano cuando han sido celebrados por ecuatorianos o por lo menos uno de los contrayentes lo es y la actual (Art. 21), ordena la inscripción, pero sin ese alcance.

b) Los requisitos de fondo, consisten en la capacidad, la carencia de impedimentos y el consentimiento sin vicios.

El Código Sánchez de Bustamante establece que cada Estado contratante no está obligado a reconocer —esto es, puede desconocer—, el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o extranjeros, que contraríe sus disposiciones relativas a la necesidad de la disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista un impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables del adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquier causa de nulidad insubsanable (Art. 40). Es decir que todos los impedimentos enumerados, que son los principales en la mayoría de las legislaciones, tienen valor extraterritorial. El matrimonio que según las leyes del lugar en que se celebra sería válido, puede no reconocerse como tal, en otro país en el que exista una legislación que prohiba tal matrimonio, por alguna de las causas indicadas. Pero téngase en cuenta, que la nulidad no se produce automáticamente, sino que las leyes de un país *pueden* considerar nulos tales matrimonios, y por lo mismo también pueden adoptar la solución contraria. Todo depen-

de, pues, en último término, de lo que establezcan las leyes internas. Estudiemos, pues el Art. 104 del Código Civil:

Art. 104: "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 declaración.

Sin embargo, si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajeren 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".

Este artículo está inspirado en la doctrina internacional del respeto a los derechos adquiridos: si se adquiere el estado civil de casado en el extranjero, ese derecho vale también en el Ecuador, si se declara nulo o insubsistente el matrimonio en el extranjero, también se considera como tal en el Ecuador. Pero los derechos adquiridos en el extranjero valen solamente si se cumplen dos condiciones: 1º que tales derechos se hayan constituído de conformidad con la ley internacionalmente competente (es decir, que si no se ha aplicado la ley que había que aplicar, por ej. la ecuatoriana, no hay derecho adquirido), y, 2º, que no se viole el orden público del país en el cual se pretende hacer valer los derechos adquiridos. Por esto último, el Art. 149 señala una importante excepción al principio formulado en el Art. 104, y consiste esa excepción en que no puede disolverse *por divorcio* en el extranjero el matrimonio contraído en el Ecuador si uno o ambos cónyuges son ecuatorianos.

Pero si el Art. 104 es muy acertado en cuanto sienta el principio del respeto a los derechos adquiridos en el extranjero, en cambio, no lo es en lo relativo a la precisión. Efectivamente, resulta muy difícil apreciar el verdadero alcance de este artículo: ¿En qué casos deberá aplicarse las leyes ecuatorianas en el extranjero? ¿Cuándo se contraviene una ley ecuatoriana en el exterior? Y la contestación a estas preguntas es de suma importancia, porque si no se aplica en el exterior una ley ecuatoriana que debió aplicarse, entonces no se reconocerá en el Ecuador un derecho adquirido, y entonces el matrimono que según la ley extranjera se considera válido según nuestra ley (conforme lo autoriza el Art. 40 del Código Sánchez de Bustamante) se considerará nulo. Es, pues, indispensable precisar cuándo puede haber violación de la ley ecuatoriana en el extranjero.

Considero que se puede violar la ley ecuatoriana en el extranjero de varias maneras. Primeramente, un ecuatoriano no podría contraer matrimonio en el exterior sin atenerse ni a las disposiciones de la ley ecuatoriana ni a las de la nación en que contrae matrimonio, sino rigiéndose por otra ley, por ejemplo la nacional del otro contrayente, puesto que el Art. 104 deja la posibilidad de escoger únicamente entre "las leyes de la misma nación (del lugar de la celebra-

ción) o las leyes ecuatorianas", pero no las de un tercer país. En segundo término, esas leyes extranjeras que se pueden aplicar deben ser las relativas a la forma, a la capacidad de los contrayentes y a la manifestación del consentimiento sin vicios, pero no las que establecen impedimentos o prohibiciones para el matrimonio. Sostengo esto último, fundándome en el hecho de que las grandes convenciones internacionales, como la de La Haya de 1902, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el mismo Código Sánchez de Bustamante, reconocen como cuestiones de orden público internacional las relativas a los impedimentos, sobre todo cuando son dirimentes y no admiten dispensa. La jurisprudencia ecuatoriana en esta materia es escasa y a veces poco clara.

Los efectos del matrimonio son de índole patrimonial o más rigurosamente personales, como los relativos a la obediencia, protección, fidelidad, capacidad, etc.

Respecto de los efectos en cuanto a las personas de los cónyuges, es aplicable a los ecuatorianos el Art. 14 de nuestro Código Civil, según el cual las relaciones de familia, y particularmente entre cónyuges, se rigen por la ley ecuatoriana, tratándose de ciudadanos de este país, aunque residan en lugar extranjero. Esta regla se aplica desde luego también a las modificaciones que el matrimonio producen en la capacidad jurídica de la mujer.

El inciso segundo del Art. 126 parece que se puede aplicar a los extranjeros. Efectivamente, los ecuatorianos están sometidos a la ley ecuatoriana, en virtud del Art. 14, y aunque no estén domiciliados en el país, luego, el segundo inciso del Art. 126 que habla de "matrimonios extranjeros", bien puede aplicarse a los ciudadanos extranjeros que se casan en el exterior y después adquieren domicilio en el Ecuador, y entonces los efectos de su matrimonio quedan también sometidos a la ley ecuatoriana en lo relativo a las relaciones personales de los cónyuges. Digo que en cuanto a las relaciones personales, porque respecto de las patrimoniales tenemos la disposición especial del Art. 159.

147.— Matrimonio de los extranjeros en el Ecuador.

No tenemos disposición expresa en el Código Civil respecto de los matrimonios que celebren los extranjeros en el Ecuador. En principio, parece aplicable el Art. 13, que somete a las leyes de la República todos los hechos y actos que se verifiquen en el país. Además, el Art. 108 dice también en forma bastante absoluta que "Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones de este Código"; aunque ya hemos visto que no se puede interpretar en sentido rigurosamente literal esta disposición porque entonces se excluiría toda posible apli-

cación de una ley extranjera, y no sería ello compatible con los principios generalmente admitidos del Derecho Internacional.

Según el Código Sánchez de Bustamante, los extranjeros están sujetos a la ley personal "en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paterno, a los impedimentos y a su dispensa" (Art. 36). Pero están sometidos a la legislación local en cuanto a los "impedimentos que no sean dispensables" (Art. 38). Es decir, que respecto de los impedimentos no dispensables deben aplicarse cumulativamente tanto la ley personal como la local: se deben cumplir las exigencias de una y otra, y si hay un impedimento no dispensable en una sola de dichas leyes, es suficiente para que no pueda realizarse ese matrimonio lícita y válidamente. Como los impedimentos de la ley ecuatoriana son todos ellos no dispensables, quiere decir que los extranjeros que se casan en el Ecuador deben atenerse plenamente a estas disposiciones, sin perjuicio de cumplir además su ley personal.

En cuanto a la forma, el mismo Código Sánchez de Bustamante en el Art. 42, admite la aplicación de la ley del lugar de la celebración, pero "sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma". Es decir que tenemos aquí otro caso de acumulación de estatutos, o sea, que es preciso someterse simultáneamente a la legislación local y a la personal.

Respecto de la forma diplomática de contraer matrimonio ,el Código Sánchez de Bustamante la autoriza siempre que la consientan tanto la ley local como la personal. ¿Pueden celebrar los extranjeros en el Ecuador un matrimonio válido en esa forma?

El Art. 126 se refiere únicamente al matrimonio diplomático de los ecuatorianos o extranjeros domiciliados en el Ecuador, y que se casen en el extranjero, pero nada dice de los extranjeros en el Ecuador. En Chile se resuelve este asunto por la doctrina y la jurisprudencia en sentido negativo: no se admite el matrimonio de los extranjeros ante sus representantes diplomáticos o consulares acreditados en Chile. Parece que la misma solución debe darse en nuestro país, dados los términos que emplea el Código Civil, particularmente en el Art. 115, que excluyen la posibilidad de que se verifique el matrimonio ante otra autoridad que no sea el Jefe o Teniente Político u otro funcionario del orden administrativo con su autorización. Pero en cambio, el principio de la reciprocidad, que es uno de los más elementales y respetables principios de Derecho Internacional, exigiría que si los ecuatorianos pueden casarse en el extranjero ante nuestros diplomáticos y cónsules, también los extranjeros pudieran hacer otro tanto en el Ecuador ante los propios representantes de su Nación.

CAPITULO XV

TERMINACION DEL MATRIMONIO

En el Ecuador el matrimonio termina: I. Por sentencia de nulidad; II. Por muerte, natural o presunta; III. Por divorcio.

Sección 1ª: Nulidad del matrimonio.

148.— Causas de la nulidad.

Al tratar en el capítulo anterior de los requisitos de validez del matrimonio se expuso indirectamente cuales son las causas que pueden producir su nulidad. Siendo el matrimonio un contrato solemne, la nulidad puede provenir: a) de incapacidad de los contrayentes; b) de un vicio en el consentimiento matrimonial; c) de falta de alguna solemnidad esencial. Los impedimentos dirimentes son prohibiciones cuya contravención está sancionada también con la nulidad, es decir, que crean condiciones especiales para que un matrimonio pueda celebrarse válidamente, o en otras palabras, configuran una capacidad especial que es necesaria para poder contraer matrimonio válido.

Pero, cualquiera que sea la causa de la nulidad de un matrimonio, debe ser previamente declarada en sentencia para que el matrimonio pueda considerarse realmente nulo y se produzcan los efectos de la nulidad, mediante la inscripción de la sentencia.

Para que pueda declararse la nulidad de un matrimonio, desde luego, debe haber tal matrimonio. Más aún, debe probarse la existencia del matrimonio, normalmente por medio del acta o copia del acta de matrimonio inscrita en el Registro Civil. Si no se prueba el matrimonio, tampoco puede declararse su nulidad, y entonces habría que hablar más bien de "inexistencia del matrimonio".

Por consiguiente, la sentencia de nulidad, una vez ejecutoriada, produce verdaderamente la *terminación* del matrimonio, según la expresión empleada por el Art. 127 del Código Civil. Esto tiene importancia, porque, conforme a nuestro sistema, la terminación supone una existencia anterior, es decir, una mutación, un cambio en una situación jurídica preexistente. Dice así el Art. 127:

Art. 127: "El matrimonio termina:

1º Por la muerte de uno de los cónyuges;

2º Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;

3º Por sentencia ejecutoriada que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaperecido; y,

4º Por divorcio.

Algunos autores distinguen el matrimonio *nulo* del simplemente *anulable*, mientras otros rechazan esta distinción. Matrimonio nulo sería el afectado por una nulidad absoluta, como los contraídos entre personas con un impedimento dirimente que no admita ni dispensa ni sanación, p. ej la bigamia o el incesto. El cambio, sería simplemente anulables, o afectados por nulidad relativa, aquellos respecto de los cuales, aunque exista un motivo formal o material que puede invalidarlos, se consideran matrimonios válidos, mientras no recaiga —a instancia de parte interesada, asistida de la acción oportuna—, ejecutoria judicial que los anule. Estos matrimonios podrían ser confirmados o convalidados, bien por el transcurso del tiempo, bien por expresa manifestación del cónyuge a quien corresponda la acción de nulidad, una vez desaparecida, en su caso, la causa que impidió manifestar libremente su voluntad. Ejemplo: las nulidades provenientes de vicios del consentimiento —error, fuerza, rapto—, o en el caso de ciertos defectos formales, como la ocasionada por la incompetencia del funcionario civil, o por la falta de algún requisito en el acta del matrimonio.

Según esta doctrina, la nulidad del matrimonio en el Ecuador pertenecería en todo caso al segundo grupo, es decir, sería una nulidad relativa o simple anulabilidad, puesto que nuestra ley exige siempre sentencia ejecutoriada (Art. 127), y mientras no haya sentencia ejecutoriada inscrita en el Registro Civil, el matrimonio produce efectos y se considera como válido.

Pero, por otra parte, nuestro Derecho tampoco se puede decir que considere una nulidad *relativa*, puesto que, por el contrario, el matrimonio nulo no puede en el Ecuador sanarse por el transcurso del tiempo, ni ratificarse simplemente. Si es nulo por un impedimento dirimente que luego desaparece, será preciso que se vuelva a celebrar para que haya matrimonio, y si existió un vicio de consentimiento o faltó un requisito esencial de forma, asimismo nuestra ley exige nueva celebración si se quiere que haya un matrimonio válido. Por consiguiente nuestra nulidad, en esto se puede decir que más bien es *siempre absoluta*.

Por otro aspecto podría distinguirse en nuestro original sistema una especial nulidad relativa contrapuesta a otra absoluta: me refiero a que en algunos casos la acción de nulidad se concede exclusivamente a los cónyuges (o a uno de ellos), mientras que en otros, corresponde dicha acción también a otras personas e incluso puede ser intentada por el Ministerio Público. En el primer caso tendríamos algo más parecido a la nulidad relativa y en el segundo a la nulidad absoluta.

Como puede apreciarse, nuestra Ley se aparta de los esquemas habituales en otras legislaciones, y aún de las distinciones o clasificaciones que se hacen de la nulidad en general en nuestra propia legislación. Podemos concluir que la nulidad del matrimonio es en el Ecuador, una nulidad *sui generis* que se aproxima a la absoluta.

149.— Personas que pueden pedir la nulidad.

Art. 114: "En los nueve casos del Art. 109 y en el caso 4º del Art. 111, 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 consede, personalmente, a sólo el cónyuge perjudicado".

Aparte de la evidente errata (consistente en referirse a los "nueve" casos del Art. 109, que en realidad son muchos más, enumerados en *"diez"* acápites), el Art. 114 presenta numerosos problemas de interpretación.

En primer término conviene advertir que aquellos "demás casos", a los que se refiere el Art. 114 no pueden ser únicamente los otros motivos de nulidad enumerados en los dos artículos a los que se refiere expresamente, es decir, el 109 y el 111, sino que, indudablemente se refiere a todas las demás causas de nulidad, incluídas también en otros artículos, por ejemplo en el 113 (la del matrimonio del menor de 18 años sin el permiso respectivo).

Luego resulta inexplicable cómo el Art. 114 incluye una misma causa de nulidad en ambos términos de la bipartición. Efectivamente, la impotencia está enumerada en el Art. 109 y también en el Nº 5 del 111, y según el desafortunado Art. 114, la impotencia por estar en el Art. 109 puede ser alegada por los cónyuges, por sus ascendientes y aún por el Ministerio Público, pero la misma impotencia, como también figura en el numeral 5º del artículo 111 es uno de esos motivos que *solamente* pueden ser alegados "por el cónyuge perjudicado". Evidentemente no queda más remedio que admitir que el legislador incurrió en garrafal contradicción, y apartándonos del tenor literal hemos de concluir que una razón tan íntima solamente podría ser alegada por aquel cónyuge en quien no está la causa de la nulidad; admitir la intervención de otras personas, y sobre todo, del Ministerio Público, resulta contrario a todo sentido de dignidad personal.

Es vaga y ambigua la expresión "cónyuge perjudicado", sobre todo cuando se trata de ciertas causas de nulidad. ¿Cuál será el cónyuge perjudicado, en el caso de matrimonio celebrado por un menor de 18 años sin consentimiento de sus padres o ascendientes, etc.? Más acertado sería hablar de "aquél cónyuge en quien no se halla la causa de nulidad, o que no haya dado lugar a la nulidad por su propia acción u omisión".

Si los padres y ascendientes, por otra parte, tienen el derecho de oponerse al matrimonio del hijo menor de edad, parece que no deberían estar autorizados por la ley para proponer una nulidad que no alegaron oportunamente para impedir el matrimonio.

Tampoco parece lógico que aquel padre que no puede oponerse al matrimonio de su hijo por haber sido privado de la patria potestad o de la guarda legítima, en cambio sí pueda impugnar la validez del

matrimonio ya contraído. Pero nuestra ley no se lo prohibe, luego sí le está permitido alegar la nulidad.

En los casos en que la acción se concede a ambos cónyuges, a sus ascendientes y al Ministerio Público, entendemos que se pueden proponer separadamente las respectivas acciones por cada uno de ellos, pues no son derechos excluyentes.

Si bien el Ministerio Público puede tomar la iniciativa y demandar que se declare nulo un matrimonio, en cambio, esta nulidad no se puede declarar de oficio, por el mismo juez, sin que haya ninguna petición.

Un principio universalmente admitido es aquel de que nadie puede beneficiarse del propio dolo; por tanto, si una persona contrae a sabiendas un matrimonio nulo, parece inconcebible que esa misma persona pueda pedir la nulidad de su matrimonio.

150.— Tiempo en el que se puede demandar la nulidad.

El Código Civil trata conjuntamente de las causas de divorcio y de nulidad en varios artículos como son el 142, 143 y 149, lo cual crea una seria duda sobre la prescripción de la acción de nulidad, puesto que el Art. 144 se refiere solamente a la prescripción de la acción de divorcio, pero de la acción de nulidad no se dice nada. En principio habría que concluir que en el caso de la nulidad hay que seguir las reglas generales de la prescripción, es decir, que esta acción como todas, termina con el tiempo, y pasados diez años (salvo interrupción de la prescripción), ya no podría proponerse la acción de nulidad.

Pero, por una parte, el Título XLI del Libro IV, al referirse a la prescripción hace mención constantemente de "obligaciones", de "deudor y acreedor", todo lo cual no parece compaginarse con el caso de la nulidad del matrimonio. Por otra parte, repugna al sentido moral que pueda prescribir la acción de nulidad cuando se basa en impedimentos dirimentes que pertenecen al derecho natural, por ejemplo en el caso de bigamia, o de matrimonio entre consanguíneos a quienes se prohibe contraer nupcias. La ley debería, pues, declarar expresamente que la acción de nulidad es imprescriptible en tales casos. En cambio, cuando se trata simplemente de vicios formales o de consentimiento, o de impedimentos que pueden desaparecer con el tiempo (como la impubertad), nada más lógico que el que la acción de nulidad prescriba, y entonces la ley debería igualmente decirlo, señalar el momento en que comienza a correr la nulidad y señalar su plazo.

También cabe la duda respecto a si puede seguirse la acción de nulidad una vez disuelto el matrimonio por muerte o por divorcio. La jurisprudencia de la Corte Suprema se manifiesta contraria a la presentación de la demanda de nulidad *después* de la muerte de uno o ambos cónyuges, pero el caso que aquí se plantea es el de la continuación de la acción ya iniciada en vida de ellos. Parece que no hay inconveniente para que continúe tal acción, puesto que puede intere-

sar a otras personas (sobre todo herederos), que se esclarezca si el matrimonio terminó por la muerte o si fué nulo, pues, en este último caso, algunos efectos de la sentencia se deben retrotraer el momento en que se celebró el matrimonio.

151.— Irrenunciabilidad de la acción de nulidad.

De conformidad con el Art. 11 del Código Civil se pueden renunciar los derechos "con tal de que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia". El ejercicio de la acción judicial para que se declare la nulidad de un matrimonio es evidentemente un derecho, pero su renuncia no es posible por la doble razón de que ello afectaría no sólo al interés individual y porque la renuncia está prohibida expresamente por la Ley.

La validez o la nulidad del matrimonio interesa en primer término a ambos cúnyuges, no sólo a aquel que ha originado o dado lugar a la nulidad. Interesa también a terceras personas, como son principalmente los hijos y los herederos. Finalmente, interesa a toda la sociedad en muchos casos, y quizá en todos. Efectivamente, si la nulidad proviene de la violación de impedimentos dirimentes, quiere decir que se ha contraído un matrimonio que repugna a las buenas costumbres o al sentido moral de la sociedad, y esta no puede tolerar que un acto ilegal y contrario a sus principios continúe produciendo los efectos del válido. Un razonamiento parecido podría formularse en el caso de que la nulidad provenga de falta de aquellas solemnidades constitutivas que se consideran esenciales, o de vicios del consentimiento. La sociedad entera está interesada en que se respeten las formas solemnes que tutelan la debida libertad del consentimiento; y si directamente se probara que se ha atentado contra esa libre manifestación del consentimiento, igualmente a todos afectaría tal atropello.

Pero, además, el artículo 143 prohibe expresamente la renuncia de la acción de nulidad, juntamente con la prohibición de renunciar a las acciones de divorcio y a otra de índole patrimonial:

Art. 143: "La acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio son irrenunciables.

Lo es también el derecho de la mujer a que, en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del marido a que se refiere este título".

Desde luego, las tres acciones a que se refiere el artículo transcrito son de índole muy diversa, y así como se justifica plenamente la prohibición de renunciar la acción de nulidad, en cambio no es razonable que suceda lo propio con la acción de divorcio.

Conviene distinguir, desde luego, la renuncia, de la falta de ejercicio de la acción. Una persona puede no demandar la nulidad, y sin embargo, no renunciar a dicha acción.

Como la ley no señala plazo alguno dentro del cual deba proponerse la acción de nulidad, no se puede decir que alguien ha renun-

ciado a la acción de nulidad, por mucho tiempo que transcurra sin que presente su demanda.

Nadie está legalmente obligado a proponer una acción de nulidad de matrimonio, ni propio ni ajeno. La moral y las buenas costumbres, sin embargo, sí obligan a ello. Además, si alguien ha contraído un matrimonio nulo ignorando, por justa causa de error, que el matrimonio no es válido, en virtud de su buena fe dicho connubio se considera putativo y surte los efectos civiles del matrimonio válido, pero solamente "mientras dura la buena fe"; por consiguiente la persona que sabiendo de la nulidad, no la demanda no puede beneficiarse por dicha actitud pasiva.

Ahora bien, en ciertos casos, de hecho resultará que la no presentación de la demanda por parte del cónyuge equivalga a una especie de convalidación "de facto" del matrimonio nulo que quedará firme el momento en que por morir dicho cónyuge ya no sea posible demandar tal nulidad. Me refiero a aquellas causas de nulidad en las que solamente puede demandar el cónyuge "perjudicado". Y con mayor motivo, si se trata de aquellos casos en que solamente los cónyuges pueden conocer la causa que produjo la nulidad, como por ejemplo en los casos de falta del libre y espontáneo consentimiento, de error en cuanto a la identidad del otro contrayente, etc.

Por otra parte, como nuestra ley considera la acción de nulidad como una de las formas de "terminar el matrimonio" (Art. 127), parece lógico concluir que una vez terminado el matrimonio por divorcio, tampoco podría intentarse una acción de nulidad relativa al mismo vínculo ya disuelto en la referida forma, y por consiguiente, en cierto modo, por el hecho de demandar el divorcio y seguir esa acción judicial hasta su culminación habría también una especie de renuncia tácita del demandante a la acción de nulidad que podría haber intentado. Y debe tenerse en cuenta que este caso es bastante frecuente en la práctica: dadas las facilidades para el divorcio, se prefiere muchas veces esta acción a la de nulidad.

Un último caso en que la voluntad particular puede evitar la nulidad es aquel en que los padres, ascendientes o guardadores que debían dar su asentimiento y no lo dieron, sin embargo, después de realizado el matrimonio del menor de 18 años no lo impugnen. No cabe pensar —aunque la ley guarda silencio al respecto—, que si tales personas condescienden con el matrimonio ya realizado, sin embargo puedan otras personas demandar la nulidad, fuera del menor no autorizado; y así resulta que si ni dicho menor ni sus padres, etc., demandan, el matrimonio pasa por válido. La jurisprudencia confirma esta solución. Naturalmente que, en estos casos no tenemos renuncia de la acción de nulidad, sino un no-ejercicio de ella.

152.— Trámite del juicio de nulidad matrimonial.

Art. 142: "Las causas sobre la validez o nulidad del matrimo-

nio tendrán siempre tres instancias e intervendrá en ellas, como parte, el Ministerio Público.

En las de divorcio, los recursos se regirán por lo dispuesto en la ley para el trámite verbal sumario".

En este artículo como en varios otros que le anteceden y le siguen, nuestro legislador habla promiscuamente de las acciones de nulidad y de divorcio, señalando eventualmente alguna diferencia. Este sistema, poco técnico, de confundir dos acciones tan diversas, origina notables dificultades de interpretación. Y en primer término, cabe preguntarse, ¿cuál es el trámite de la acción de nulidad?. Respecto de la acción de divorcio el Art. 142 se refiere al trámite verbal sumario, y más explícitamente el 141 declara que ese es el apropiado y único para la acción de divorcio. En cuanto al juicio de nulidad, el Código Civil no señala cuál sea su trámite.

En el Código de Procedimiento Civil se disponen procedimientos especiales para varias acciones relacionadas con el derecho de familia y más especialmente con el matrimonio, pero no existe un trámite apropiado para el juicio de nulidad del matrimonio.

El Art. 908 del Código de Procedimiento Civil da, sin embargo, por supuesto que el juicio de nulidad de matrimonio debe tramitarse en forma de "verbal sumario", pues afirma que: "se concederá el recurso de tercera instancia, si se tratare de juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio...". Esta disposición, unida al vago Art. 142 del Código Civil, induce a creer que efectivamente el trámite verbal sumario es el propio de la acción de nulidad.

Pero ningún trámite más inadecuado, por su naturaleza, para ventilar cuestión tan trascendental como la de validez o nulidad de un matrimonio. Además, el Art. 898 del Código de Procedimiento Civil enumera las acciones que están sujetas al trámite verbal sumario, y entre ellas no se incluye ni la de nulidad ni la de divorcio, mientras que todas las enunciadas tienen un carácter secundario: liquidaciones de intereses o frutos, controversias sobre arrendamientos, cuestiones comerciales "que no tuviesen procedimiento especial", etc...

Además de que la ley no ha precisado debidamente lo referente al trámite de la nulidad del matrimonio, y de que el juicio verbal sumario que debe seguirse resulta el menos adecuado, la publicidad propia de todos los juicios civiles es gravemente nociva en estas causas.

Tampoco ha previsto nuestro legislador ninguna medida para asegurar los derechos e intereses de la mujer durante el juicio de nulidad del matrimonio, mientras continúa el marido administrando sus bienes. Lógico sería extender al juicio de nulidad las mismas medidas —aquí sí— que se proporcionan en el caso de divorcio, para salvaguardar lo que corresponde a la mujer.

Otro punto no previsto por la ley civil —que en realidad parece no haber previsto nada—, es el relativo a si es legítima la separación de los cónyuges una vez instaurado el juicio de nulidad. Sobre todo, si se demanda la nulidad fundándose en vicios del consentimien-

to o en impedimentos dirimentes que afectan especialmente al orden público, el juez debería tener autoridad para ordenar, tan pronto como aparezca de autos que la demanda es fundada, que se separen los cónyuges, disponiendo provicionalmente lo relativo al cuidado de los hijos, los alimentos, y la administración y conservación de los bienes.

El Art. 147 prescribe que "toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta y cualquiera que fuere el estado del juicio". Ahora bien, como los artículos más próximos tratan indiferentemente o acumulativamente del divorcio y de la nulidad, se puede deducir que en vista de la referencia exclusiva al divorcio que hace el artículo transcrito, existe la posibilidad de continuar el juicio de nulidad después de la muerte de uno de los cónyuges. Pero hay jurisprudencia en sentido contrario.

También se puede producir un conflicto entre las causas de divorcio y nulidad. Sentenciada la nulidad es evidente que ya no cabe pronunciar divorcio, aunque este juicio se hubiere seguido hasta estar a punto de dictarse sentencia.

153.— Declaración de nulidad en el exterior.

Tres principales problemas de Derecho Internacional Privado plantea la nulidad del matrimonio: a) la competencia de los jueces que deben tramitarla: b) la ley aplicable a estos juicios; y c) los efectos extraterritoriales de la sentencia de nulidad.

a) El Art. 149 declara la competencia exclusiva de los jueces ecuatorianos para declarar la nulidad —o el divorcio—, pero solamente cuando se den simultáneamente estas condiciones: 1) que por lo menos uno de los cónyuges sea ecuatoriano, 2) que el matrimonio se haya celebrado en el Ecuador. Si falta cualquiera de estas circunstancias, ya no hay competencia exclusiva del juez ecuatoriano.

En cambio, el Art. 104 del Código Civil reconoce la competencia del juez extranjero si se ha celebrado el matrimonio fuera del Ecuador. Creo que debemos entender esto, salvo el caso de que, aplicando el Art. 126, se haya contraído el vínculo ante el agente consular o el representante diplomático y conforme a nuestra ley.

Entre ambos extremos se dan, sin embargo otros casos, que no están expresamente consultados por la ley: el de los extranjeros que se han casado en el Ecuador, conforme a nuestra ley, o según las suyas ante sus diplomáticos o cónsules. Por lo menos en el caso de haberse contraído el matrimonio según la ley ecuatoriana, parece inegable la competencia de nuestros jueces; y probablemente también cuando se trate de matrimonios diplomáticos, al menos si los cónyuges extranjeros tienen su domicilio en el Ecuador al tiempo de proponer la demanda de nulidad. Se debe considerar la jurisprudencia para casos similares de divorcio, que serviría de fundamento para resolver lo mismo en causas de nulidad.

Los ecuatorianos que fueren a litigar ante jueces de nuestro país sobre la nulidad del matrimonio, deben probar la existencia del mismo, y si lo han contraído en el exterior ante autoridad extranjera, deben primeramente inscribir ese matrimonio en el Registro Civil del Cantón en que fijen su domicilio, presentando documentos autenticados, tal como lo ordenó el Congreso Nacional mediante resolución de 14 de setiembre de 1956.

b) El Art. 47 del Código Sánchez de Bustamante indica que: "la nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive", y aplicando este principio evidente de por sí, tenemos que: 1º) Si la nulidad proviene de coacción, miedo o rapto, rige la ley del lugar de la celebración; 2º) si hay nulidad por defectos de forma, es competente la ley del lugar de la celebración (salvo en los matrimonios diplomáticos, o cuando la forma religiosa es de orden público); 3º) si se origina en incapacidad o en impedimentos, la ley aplicable es la personal o también la del lugar de la celebración si se trata de cuestiones declaradas de orden público internacional.

En concordancia con estas reglas, el último inciso del Art. 104 del Código Civil permite la aplicación de la ley ecuatoriana para declarar nulo un matrimonio contraído fuera del Ecuador por un ecuatoriano: "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".

La contravención a las leyes solamente puede concebirse en el caso de que tales leyes hayan debido aplicarse. La ley ecuatoriana tiene que respetarse en el extranjero, su contravención surtirá los mismos efectos que si se hubiere producido en el Ecuador, solamente cuando el orden público ecuatoriano imponga su aplicación; ahora bien, esto sucede sin ninguna duda en el caso de los impedimentos dirimentes que afecten a uno o ambos cónyuges ecuatorianos, y probablemente también si se produce el caso de un vicio de consentimiento sufrido por un nacional, aunque la ley del país en que se case no lo considere.

c) La nulidad del matrimonio pronunciada en el extranjero, si lo ha sido con intervención de juez competente y aplicándose la ley internacionalmente competente, debe tener efectos extraterritoriales de acuerdo con los principios comunmente admitidos de Derecho Internacional Privado. Pero también este principio tiene su límite en las exigencias del orden público de cada Estado. Estas dos reglas se aplican tanto en el Art. 105 como en el Art. 106 del Código Civil:

Art. 105: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras viviere el otro cónyuge".

Art. 106: "El matrimonio que, según las leyes del lugar en que

se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas".

Desde luego que estos dos artículos tenían mucha mayor razón de ser cuando en el Ecuador la indisolubilidad del matrimonio era un principio de orden público de conformidad con el cual estaba debidamente estructurado todo el sistema legal; hoy, con el divorcio, no existe la debida coordinación y así, mientras el Art. 91 al definir al matrimonio incluye el elemento de la indisolubilidad, y los Arts. 105 y 106 tratan de tutelarla, en cambio la institución del divorcio la destruye. Sin embargo, sigue siendo, por lo menos, un principio de orden público en el Ecuador, que no se admite en nuestro país la disolución de un matrimonio por parte de juez extranjero, si no hubiera podido disolverse en igual forma en nuestro país. Esto tiene particular aplicación en el caso de divorcios, pero también rige para las causas de nulidad que "terminan al matrimonio".

Si se produce una disolución de matrimonio en el extranjero en forma tal que no se habría podido realizar en el Ecuador, se hace preciso combinar el principio de los derechos adquiridos con el respeto al orden público; y el Art. 105 ha logrado este difícil equilibrio con singular acierto. No desconoce el valor de la sentencia extranjera en todo sentido, sino que únicamente impide que produzca aquel efecto que iría contra la indisolubilidad del vínculo: "no habilita a ninguno de los dos cónyuges (aunque uno de ellos sea extranjero) para volver a casarse en el Ecuador, mientras viviere el otro cónyuge". Los otros efectos de esa sentencia extranjera (de nulidad, divorcio, etc.), sí pueden producirse en el Ecuador, por ejemplo, la liquidación de la sociedad conyugal, la cesación de la presunción de paternidad por parte del marido, etc.

Ahora bien, la necesidad de que se respeten las leyes ecuatorianas de orden público para que produzcan pleno efecto las sentencias extranjeras de nulidad de matrimonio, obliga lógicamente a que un juez ecuatoriano revise tales sentencias y solamente una vez comprobado el cumplimiento de tal requisito ordene la inscripción en el Registro Civil. En estos razonamientos se fundamenta la resolución de la Corte Suprema en Pleno, de fecha 14 de junio de 1954, que se refiere principalmente al caso de sentencias de divorcio, pero también "a cualquier fallo sobre estado civil", y por consiguiente es aplicable a las sentencias de nulidad de matrimonio, y dice así: "Resuelve: Que los Jefes de Registro Civil se abstengan de anotar el divorcio declarado por un juez de otra nación, y, en general cualquier fallo sobre estado civil, mientras no se les notifique la sentencia ejecutoriada del juez ecuatoriano que autorice dicha anotación para los efectos consiguientes, so pena de la responsabilidad del funcionario respectivo".

Si el orden público ecuatoriano impide que la sentencia extranjera de nulidad pueda producir todos sus efectos en el país si no se conforma con las exigencias de nuestro sistema jurídico, con mayor razón ese respeto al orden público veda disolver en el Ecuador con-

forme a leyes extranjeras cualquier matrimonio. La disolución en el Ecuador solamente puede verificarse, pues, en aquellos casos en que lo consientan nuestras mismas leyes, aunque, según los principios ya expuestos de Derecho Internacional Privado deban aplicarse leyes extranjeras. Dichas leyes extranjeras encuentran el límite de nuestro orden público, y así lo manifiesta claramente el Art. 106.

Desde luego que, a su vez, el orden público de otros países hará igualmente inaplicables en ellos las sentencias dictadas por jueces ecuatorianos conforme a nuestra ley, si lo hacen contrariando los principios de orden público de esas naciones. Solamente la unificación del derecho matrimonial conformándose a las reglas del Derecho Natural precisamente concretadas en el Derecho Canónico podría eliminar estos conflictos gravemente inconvenientes que producen "matrimonios claudicantes", válidos en un sitio y nulos en otro con todas sus lamentables consecuencias.

154.— Efectos de la nulidad.

Planiol y Ripert señalan cuatro efectos de índole personal y otros cinco patrimoniales: 1º La condena penal por adulterio resulta imposible y por consiguiente, la cuestión de la nulidad del matrimonio constituye en el proceso de adulterio una cuestión prejudicial; 2º La mujer mayor de edad no perdió su capacidad; los actos que realizó sin autorización son válidos. Por otra parte, si es menor de edad no resultó emancipada por el matrimonio; 3º No hay lazo de afinidad ni surge el correspondiente impedimento para el matrimonio; 4º Un segundo matrimonio contraído antes de la anulación del primero no puede ser anulado ni viciado por bigamia (esto parece muy discutible); 5º se pierde el derecho a suceder; 6º las capitulaciones matrimoniales son nulas; 7º se anulan las donaciones (en el Ecuador solamente son revocables); 8º Valen los contratos hechos entre los excónyuges; y 9º Desaparece la obligación de alimentos. Estos efectos señalados por los comentaristas franceses son también aplicables en nuestro país con las salvedades señaladas. Pero además existen otros conforme a nuestras leyes o a los principios generales del Derecho que es preciso aplicar en este caso:

a) Debe liquidarse la sociedad conyugal, o mejor dicho, la comunidad de hecho que surgió con el matrimonio bajo la apariencia de sociedad conyugal, puesto que ésta sólo es posible durante el matrimonio válido.

b) Los hijos quedan en condición de ilegítimos, salvo el caso del matrimonio nulo pero putativo.

c) Pueden revocarse las donaciones hechas por causa de matrimonio (Art. 1846 Código Civil). Y si no se han entregado las cosas donadas al donatario, éste no podrá exigir la entrega después de declarada la nulidad del matrimonio.

d) El Art. 515 del Código Penal ordena que "el contrayente

doloso sea condenado a dotar, según su posibilidad a la mujer que hubiere contraído el matrimonio de buena fe". Y el Art. 279 del Código Penal de la Policía Civil contiene igual sanción, pero aplicable de modo genérico "al responsable" del matrimonio nulo, sin que, por lo mismo, sea preciso probar que hubo dolo.

e) De conformidad con los principios generales tenemos que afirmar que la declaración de nulidad no puede perjudicar a terceros de buena fe, y mucho menos si tal perjuicio beneficiaría sólo a los cónyuges de mala fe, puesto que nadie debe sacar ventaja de su propia culpa o dolo. Así por ejemplo, los acreedores por deudas contraídas durante el matrimonio aparente y nulo, deben poder reclamar sus derechos sobre el patrimonio de ambos cónyuges o sobre el aparente patrimonio común. Desde luego, todo esto siempre que haya existido una fundada apariencia de matrimonio; así lo declara la Corte Suprema en una sentencia.

f) Es dudoso si valdrá de todos modos el desheredamiento del menor que se casó sin consentimiento de los padres, ascendientes o guardadores, en el caso de que tal matrimonio sea declarado nulo. Probablemente sí vale el desheredamiento, puesto que es una sanción impuesta a la ofensa misma consistente en celebrar el matrimonio, y no en que éste produzca sus efectos y sea válido.

g) Declarada la nulidad, no pueden los ex-cónyuges volver a contraer matrimonio entre sí mientras subsistan las causas que produjeron la nulidad, y algunas de ellas son perpetuamente insubsanables, como el parentesco (Art. 112 Código Civil).

h) Aquellos cuyo matrimonio fué declarado nulo pueden contraer otro matrimonio de inmediato, si son capaces y no hay impedimentos, pues no existe para ellos el plazo de un año de espera que se estableció para los divorciados en el Decreto Legislativo de noviembre de 1961 (R.O. 78 de 9-II-62), ni la prohibición para la mujer viuda o divorciada consignada en los artículos 109 y 128 respectivamente. Esta diferente condición de las personas no es justa, desde luego.

i) La ley no ordena que dentro del juicio se ha de arreglar la situación de los hijos menores, caso de haberlos, por lo que no procede el nombramiento de curadores ni es necesario contar con el Presidente del Tribunal de Menores. Esta es una grave laguna de la ley.

j) En todo caso, los efectos de la nulidad deben retrotraerse al momento en que surgieron los derechos o relaciones jurídicas correspondientes, aunque nunca hasta antes de la fecha del matrimonio.

k) Particularísimos efectos produce el matrimonio nulo y putativo, que serán expuestos en el punto siguiente.

155.— El matrimonio putativo.

Examinaremos en qué consiste el matrimonio putativo, sus elementos constitutivos y sus efectos. Y primeramente, tengamos pre-

sente la definición que nos proporciona el Art. 107 del Código Civil.

Art. 107: "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 la nulidad del matrimonio".

Los elementos constitutivos del matrimonio putativo son los siguientes: a) Que exista una apariencia de matrimonio válido, por haberse celebrado "con las solemnidades que la ley requiere"; b) que sin embargo, haya una causa legal que lo haga nulo; c) que por lo menos uno de los cónyuges, o ambos, estén de buena fe; d) que dicha buena fe, provenga de un error excusable.

a) La apariencia de matrimonio válido deriva del cumplimiento de las solemnidades legales. Es lógico suponer que cuando se han realizado las ceremonias que exige la forma solemne de este contrato, se han eliminado las causas que podrían anularlo, pues precisamente esta es la principal finalidad de tales exigencias formales. Sin embargo, no creo que se deba extremar la interpretación de la ley hasta el punto de que, cualquier defecto formal elimine la posibilidad de que el matrimonio nulo sea putativo. El sentido universalmente admitido de esta institución es el de que puede haber matrimonio putativo siempre que existe una razonable apariencia de validez.

b) La causa de la nulidad puede provenir de un impedimento dirimente, de un vicio de consentimiento o de falta de capacidad o finalmente de un defecto formal, no esencial, o por lo menos, que sea inaparente, que permanezca oculto con justa causa de error.

c) La buena fe, es indispensable, por lo menos en uno de los cónyuges, para que el matrimonio pueda considerarse putativo; desde luego, con mayor razón lo será, si ambos cónyuges están de buena fe. En general, la buena fe, es la conciencia de haber procedido conforme al derecho. Supone, pues, la "justa causa de error" que en el Art. 107 se exige como otra condición ("y", dice).

d) La justa causa de error se ha de probar, y completa las condiciones para que exista matrimonio putativo. Si el error se refiere a un hecho que no podía normalmente descubrirse, no cabe duda que se cumple la condición exigida por la ley; por ejemplo, si los contrayentes desconocían que eran medios hermanos ilegítimos, por ser hijos de padres desconocidos. En cambio, es cuestión discutida la de si puede justificarse el error de derecho. En principio se presume que la ley es conocida por todos, y no se excusa del error de derecho, pero hay autores que, como Claro Solar, sostienen que: "es cierto que nadie puede ignorar la ley, pero esta máxima es verdadera en el sentido de que nadie puede alegar la ignorancia de la ley para dispensarse de obedecerla; mas, de esto no puede deducirse que la ignorancia de la ley

no deba ser tomada en consideración cuando se trata de apreciar la intención de las partes y la buena fe que ha precedido a sus actos".

e) Otro elemento, según algunos, para que exista matrimonio putativo, sería la declaración judicial de tal calidad. Pero este punto es discutible, y desde luego el Código Civil no le exige expresamente.

En cuanto a los efectos del matrimonio putativo, en primer término hay que indicar que estos se producen únicamente mientras dura la buena fe de por lo menos uno de los cónyuges, pero, desde luego, los derechos adquiridos en ese período, ya no se pierden al cesar la buena fe; así por ejemplo, la calidad de los hijos legítimos concebidos mientras había buena fe, no se pierde posteriormente, ni tampoco el derecho a recibir alimentos cóngruos correspondientes al mismo tiempo, por parte de los cónyuges, etc.

Es preciso distinguir los efectos que se producen respecto de: a) el cónyuge de buena fe; b) el cónyuge de mala fe; c) los hijos; d) terceras personas.

a) Respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe, el matrimonio putativo equivale al válido mientras dura dicha buena fe. El Art. 1846 y el mismo 107, declaran la plena validez de las donaciones o promesas hechas por causa de matrimonio.

En cuanto a los efectos patrimoniales, unos creen que debe considerarse que ha habido una simple sociedad de hecho o comunidad; otros, que hubo verdadera sociedad conyugal y que terminó al desaparecer la buena fe; otros que el cónyuge de buena fe puede escoger el régimen que más le convenga. La ley no dice expresamente cuál es la solución, pero parece más lógico suponer que se debe considerar existente la sociedad conyugal hasta la sentencia de nulidad, pues así se salvaguarda mejor los intereses de terceros y se pone a salvo el principio de la invariabilidad del régimen de bienes durante el matrimonio.

b) El cónyuge de mala fe no puede beneficiarse de ningún efecto del matrimonio putativo, pero puede tener las obligaciones de padre legítimo y de marido, y las correspondientes responsabilidades. Además está sujeto a la obligación ya mencionada que establecen los Códigos penales civil y de la policía, y a las sanciones penales.

c) Los hijos concebidos dentro del matrimonio putativo y mientras duró la buena fe, son legítimos y tienen los derechos de tales frente a ambos padres. Esto constituye una excepción al principio de reciprocidad que afirma el Art. 30 del Código Civil; en el caso del matrimonio putativo se da la original situación de hijos legítimos que pueden tener un padre legítimo y el otro ilegítimo; pero en todo caso, y frente a ambos sus derechos son los de hijos legítimos aunque sus obligaciones se ajusten a la calidad legal de los respectivos padres.

Mientras el Art. 29 y el 203 indican que el matrimonio putativo basta para producir la *legitimidad* del hijo concebido dentro de él en cambio, el matrimonio putativo no es suficiente para *legitimar* al hijo concebido *antes* de él, conforme al Art. 225. El carácter de

putativo confiere al matrimonio el poder de producir la *legitimidad* de los hijos pero no el de la *legitimación*.

Si bien la ley no hace referencia a los derechos de terceras personas, parece indispensable reconocer que quienes hayan contratado o adquirido derechos u obligaciones de buena fe con los que aparentemente estaban casados, no puedan resultar perjudicados por la declaración de nulidad de tal matrimonio.

Sección 2ª: Terminación del matrimonio por muerte.

156.— Terminación por muerte natural.

La forma natural de terminar el matrimonio es la muerte de uno o ambos cónyuges. Todos los derechos de países civilizados o semi-civilizados admiten esta forma de terminación del matrimonio. Desde el punto de vista estrictamente formal, esta terminación se deduce claramente de la misma definición del matrimonio dada en nuestro Código Civil, ya que es contrato "por toda la vida", o sea hasta que ésta se acaba con la muerte.

La muerte termina el matrimonio *ipso facto*, sin que se requiera ninguna declaración, inscripción o formalidad. La inscripción de la partida de defunción tendrá solamente efectos probatorios.

La terminación del matrimonio por muerte excluye absolutamente que pueda disolverse por divorcio el mismo vínculo conyugal: Art. 147: "Toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta y cualquiera que fuere el estado del juicio".

Queda sin embargo la duda de si podrá inscribirse la sentencia de divorcio ya ejecutoriada y que no se hubiere inscrito en vida de los cónyuges. A veces puede transcurrir bastante tiempo, por ejemplo, por disposición del mismo tribunal, cuando no se ha arreglado la situación económica de los hijos.

Parece razonable suponer que sí podría inscribirse la sentencia ejecutoriada, puesto que constituye un verdadero derecho adquirido, y su inscripción equivale a ejecución.

157.— Terminación por muerte presunta.

El numeral 3º del Art. 127 declara que termina el matrimonio "Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido". Esta redacción que es clara y está en concordancia con lo dispuesto en el Art. 82 del Código Civil, fué introducida por la reforma de noviembre de 1958, pues anteriormente decía el Código con evidente error; "por sentencia ejecutoriada que declare la muerte, por presunción en el caso de desaparecimiento por más de diez años", reproduciendo las palabras del Art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 2 de octubre de 1902 .

Pero si bien, ahora el artículo 127 está coordinado con el Título de la muerte presunta, en cambio, no guarda la misma coordinación con el Art. 1820, que declara que la sociedad conyugal se disuelve: "1º por la terminación del matrimonio; 2º Por la sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido". Ahora bien, el Art. 76 indica que es la posesión *provisional* y no la definitiva, la que disuelve la sociedad conyugal. La definitiva también la disuelve, pero porque coincide con la disolución del matrimonio (y si no ha precedido la provicional), en cuyo caso ya estaría dicho lo mismo en el numeral 1º del artículo 1820.

Además de estos defectos técnicos, lo más grave es que el legislador civil inmiscuyéndose en materia que no es de su propia competencia ha establecido que una simple presunción *legal* destruya el vínculo matrimonial que conforme al Derecho Natural es indisoluble y solamente puede terminar por la muerte real. Lo que la ley podía decir es que en virtud de la sentencia de posesión provisional de los bienes del desaparecido cesa el impedimento de vínculo anterior no disuelto, quedando en libertad el cónyuge supérstite para contraer nuevo matrimonio, el cual, en todo caso, si regresa el cónyuge presumido muerto, debería ser declarado nulo, ya que el primer matrimonio no ha terminado realmente.

El Código Sánchez de Bustamante no determina expresamente la ley aplicable a la presunción de muerte por desaparecimiento y sus efectos respecto del matrimonio del presunto muerto, pero del sistema establecido principalmente en sus artículos 27 a 30 se deduce que esa ley es la personal del ausente o desaparecido. Está de acuerdo con ello, lo que dispone el Art. 149 de nuestro Código Civil que afirma la competencia exclusiva de los jueces ecuatorianos para disolver por divorcio o declarar nulo el matrimonio del ecuatoriano que se hubiere contraído en este país; en cambio, sorprende que no se establezca lo mismo para el caso de disolución del matrimonio celebrado en nuestro país por un ecuatoriano y disuelto por sentencia de muerte presunta pronunciada por juez extranjero.

Sección 3ª: El Divorcio.

158.— Generalidades. Consecuencias.

Por "divorcio", en general, se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este fenómeno puede producirse como un simple hecho, o acto anti-jurídico, al margen de la ley, o bien, estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias. Al margen de la ley, y más exactamente, contra la ley, se producen a veces separaciones de hecho, contrariando principalmente la obligación de cohabitar, y por derivación, oponiéndose a las obligaciones de ayuda mutua y de fidelidad, así como a la de procrear y educar a la prole.

Cuando la ley positiva regula el divorcio, suele hacerlo fundamentalmente de dos maneras: permitiendo la separación de los cónyuges pero respetando la disolución del vínculo, de tal manera que continúan obligados a guardarse fidelidad y a veces también subsisten otras obligaciones; o por el contrario, la ley positiva, violando el derecho natural, pretende romper el vínculo indisoluble y dejar así en libertad a los cónyuges para que puedan incluso volverse a casar con otras personas.

La primera posición es la adoptada por la legislación canónica y la de muchos países. Dicha separación no vincular, adopta muchos nombres: divorcio imperfecto, divorcio semi-pleno, separación de cuerpos, separación conyugal, o simplemente "separación", "divortium quoad thorum et mensam", etc. Naturalmente que las diversas legislaciones varían no sólo en las denominaciones sino también en el régimen mismo de la institución, pero en todo caso coinciden en el principio de respeto a la indisolubilidad del vínculo, y por consiguiente, a la prohibición de que los cónyuges vuelvan a casarse con otra persona mientras el matrimonio no se disuelve por su causa natural que es la muerte.

Un factor importante de difusión del divorcio fué la Revolución Francesa, que, inspirada en una ideología extremadamente individualista y sentimental o romántica, no tuvo en cuenta los intereses y derechos de la sociedad que muchas veces exigen auténticos y duros sacrificios a los ciudadanos.

Toda una abundante literatura de muy diversos estilos y géneros, difundió a lo largo del siglo XIX las "excelencias del divorcio", tratando de convencer, contra la experiencia cotidiana, que en la ruptura del vínculo conyugal está poco menos que la puerta de la felicidad.

Se han ponderado los sufrimientos, las desgracias de un hogar mal avenido, y se ha pretendido que la salvación de la felicidad está en la facilidad de cambiar de cónyuge, como se puede cambiar un objeto de poca importancia. Se cierra los ojos ante el hecho fundamental de la naturaleza misma del vínculo que es indisoluble y se procura presentar casos extremos —aislados siempre—, que impresionan a la sensibilidad, a los sentimientos, para justificar lo injustificable.

Por otra parte, no se tiene encuenta la justicia. Se miran las cosas parcialmente, sólo desde el punto de vista del sufrimiento, de evitar el sufrimiento, como si ese fuera el fin de la vida. Y por encima de esas consideraciones morbosamente sentimentales está el sentido del deber, de la dignidad y de la justicia olividada.

No consideran los defensores del divorcio que la ruptura del vínculo es un premio para el delincuente, para el culpable de la disolución del hogar, a quien se deja en libertad de dar rienda suelta a sus pasiones o de formar un nuevo hogar que frente a la ley civil sería "legítimo".

Tampoco tienen en cuenta que la mayor parte de las veces las personas que fracasan en el matrimonio, que se manifiestan incapaces

de hacer la felicidad del otro cónyuge y la propia, adolecen de vicios morales o de defectos psicológicos que les incapacitan por igual para ser felices en otras circunstancias. Las estadísticas demuestran que entre los divorciados se encuentra un alto porcentage de suicidas: gentes que no sólo fracasan en el intento de formar un hogar, sino en la vida misma. Y quizá por esta razón, la mayor parte de las veces el segundo matrimonio contraído por tales personas fracasa tan rotundamente como el primero.

"La sola idea del cambio, incita al cambio", se ha dicho, y es una gran verdad. Quien se sabe ligado para toda la vida, incluso por exigencias de la ley civil, está más dispuesto al sacrificio, a ceder ante los incentivos del amor propio, a tener a raya las pasiones, para resguardar una unidad que de todos modos debe conservarse. Por el contrario, abierta la puerta del divorcio, fácilmente se cede ante muchas tentaciones, sabiendo que queda la solución cómoda de divorciarse. Así se explica el crecimiento inmenso del divorcio en las sociedades en que se implanta: al principio, son pocos casos, y luego se convierte en plaga social de grandes proporciones.

El divorcio no soluciona los problemas humanos que se presentan en el hogar. Muchas veces significa el peor de los males para el cónyuge inocente, inculpable, que al quedar abandonado cae también en los más bajos vicios. Particularmente para la mujer la situación es grave.

Por el contrario, las difíciles situaciones que se producen a veces en la vida del hogar puede solucionarse casi siempre con espíritu de sacrificio, con ideales superiores de moralidad, religión y sentido de dignidad de la vida y del mismo hogar, todo lo cual se echa a rodar con el divorcio. En último término una separación sin ruptura del vínculo, temporal o definitiva, puede ser un mal menor ante situaciones insostenibles.

Los hijos, si los hay, son también víctimas de la desunión de los padres. Sufren también el mal ejemplo de su falta de reciedumbre ante los problemas de la vida, de su flaqueza moral, de su incapacidad de solucionar situaciones difíciles. Quedan muchas veces los hijos con resentimientos imborrables, heredan o absorven del ambiente odios y rencores; todo ello conduce fácilmente al desequilibrio mental. Su educación es incompleta, faltando la vigilancia amorosa de ambos padres y el clima de hogar que constituye el primer elemento de educación.

Admitir el divorcio en las leyes civiles significa, además de violar el Derecho Natural y el Derecho Divino Positivo, ir contra la conciencia de los católicos y de muchos otros hombres rectos que tienen derecho a que sus convicciones sean respetadas por las leyes. Las leyes positivas deben reflejar el concepto de la vida de los mejores ciudadanos; no pueden ajustarse a los caprichos de los más corrompidos o de los fracasados en la vida.

Por estas y muchas razones más toda aquella literatura super-

ficial, en boga el siglo pasado y que en algunos países de América todavía —por un rezago inexplicable— tiene lectores, falsea la realidad de la vida, y los legisladores concientes vuelven sus ojos a las consecuencias graves que el divorcio ha producido en muchos países: disminución de la natalidad, crecimiento de la criminalidad (particularmente el adulterio, el aborto y el infanticidio), pérdida del sentido idealista de la vida, pesimismo, suicidio...

Frente a los argumentos sentimentales de los defensores del divorcio, que sólo miran un aspecto parcial de los problemas humanos, tiene que imponerse la necesidad de ser lógicos con los principios. Si el matrimonio es indisoluble, por exigencia del Derecho Natural y por mandato divino, el hombre no puede alterar impunemente las leyes de la naturaleza y destruirlo con el divorcio.

En cuanto a las difíciles situaciones que se producen en algunos hogares, deben remediarse en todo caso con medios lícitos, que además, suelen ser los verdaderamente eficaces. La supresión del divorcio, ya sería un remedio para muchos de aquellos males, puesto que las personas serían más circunspectas, no se aventurarían tan fácilmente a matrimonios precipitados que con frecuencia fracasan. Una mejor formación, un sentido moral más hondo, un espíritu de sacrificio más desarrollado, un clima de respeto hacia el hogar, religiosidad intensa, equilibrio mental, condiciones económicas favorables, instituciones jurídicas apropiadas, todo ello debe coadyuvar para solucionar la mayor parte de aquellos problemas hogareños.

Nunca se podrá evitar, de todos modos, que ciertos individuos fracasen en el matrimonio, como no se podrá evitar que algunos fracasen en los negocios, otros tengan mala salud o se conviertan en criminales. Pero corresponde también al Derecho disponer medidas adecuadas que, respetando el orden natural, pueden reparar, al menos en parte, las consecuencias perniciosas para los individuos y para la sociedad, de los matrimonios mal avenidos. A veces, esas medidas serán relativas al régimen de bienes y tenderán a resguardar el patrimonio personal de los cónyuges, la subsistencia de los hijos, etc., otras veces, será preciso modificar la capacidad jurídica de los cónyuges, dar mayor libertad a la mujer, o someter al marido a interdicción, etc., en casos extremos se impone la separación temporal o definitiva de los cónyuges, manteniendo en todo caso el vínculo matrimonial.

159.— Clases de divorcio.

Ya hemos señalado la distinción entre divorcio vincular o propiamente dicho, y la separación de cuerpos (que adopta diversas denominaciones). En adelante, al hablar de divorcio, nos referiremos exclusivamente al que disuelve el vínculo conyugal.

Según la concepción que inspire al legislador se suele hablar, aunque sin exacttiud, de "divorcio-sanción", "divorcio-remedio", "divorcio-contrato", "divorcio-acto jurídico". Claro está que como san-

ción o castigo resulta el divorcio absolutamente injusto porque afecta por igual al culpable y al no culpable; como "remedio", hemos visto que nada remedia y sí agrava muchos males; como contrato, desvirtuaría todo el sentido institucional de la familia; y como acto jurídico, es de todos modos un acto contrario a los principios superiores que rigen el derecho.

Una división muy importante es la del divorcio por causales de ley o por mutuo consentimiento. Y podría agregarse una tercera clase, aunque muy rara: el divorcio por voluntad unilateral. Esta última es prácticamente desconocida en el mundo moderno, aunque rigió un poco de tiempo en Rusia a raíz de la revolución soviética, y también se ensayó fugazmente en Uruguay. En cuanto a las causales que la ley señale, puede hacerlo en forma más o menos rígida, dando lugar a la interpretación jurisprudencial en términos así mismo o menos amplios. A este respecto un autor partidario del divorcio reconoce que "con el divorcio rígido (por las causas que la ley señala) se fomenta la realización de faltas y delitos conyugales, como medio para conseguir y justificar la ruptura del vínculo matrimonial". Pero más grave parece dejar al arbitrio de los jueces la estabilidad de la familia. La verdad es que una institución viciada en sus orígenes presenta inconvenientes y malas consecuencias en todas sus formas posibles.

160.— Evolución del divorcio en el Ecuador.

Antes de la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1902, no existió divorcio vincular en el Ecuador. Cabía sí la posibilidad de la separación de los cónyuges, sin destruir el vínculo, y a ella se daba el nombre de divorcio. En el Art. 163 del Código Civil edición de 1889 se reconocía la competencia de la autoridad eclesiástica para resolver sobre tales separaciones, mientras que los efectos civiles del divorcio, esto es, todo lo que concierne a los bienes de los cónyuges, a su libertad personal, a la crianza y educación de los hijos, eran reglamentados privativamente por las leyes y judicaturas civiles. También decía dicho artículo que "La habitación y alimentos de la mujer y las expensas de la litis, que el marido debe suministrar a la mujer durante el juicio de divorcio, se reglarán y decretarán por el juez civil". En esta forma se repartía razonablemente la competencia de las leyes y tribunales civiles y eclesiásticos en tan delicada materia.

Ya conocemos de qué manera violenta y arbitraria se impuso la más impopular de las leyes que se han dictado en el Ecuador: la de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902. Evidentemente el objetivo último de ella no era otro que introducir el divorcio vincular. Sin embargo en el primer proyecto que se presentó en la Cámara de Diputados se consideraba únicamente el divorcio semi-pleno, temporal o definitivo, pero ya en la Cámara del Senado se introdujo en el proyecto el divorcio vincular y por dos causas: 1º el adulterio de la mujer; 2º "la elefancia superviniente y la sífilis proveniente de la disipación".

Esta última era tan manifiestamente absurda y hasta ridícula e imprecisa en su formulación, que quedó únicamente la primera. La única causa, pues, del primer divorcio consentido en el Ecuador fué "el adulterio de la mujer", causa evidentemente injusta e inspirada en un sentido unilateral, puesto que no consideraba la igual gravedad jurídica y moral del adulterio del varón. La misma ley prohibía o inhabilitaba al cónyuge culpable para volver a contraer matrimonio durante diez años a partir del divorcio. También se establecía la necesidad de que el juicio de divorcio tuvieran siempre tres instancias e interviniera necesariamente el Ministerio Fiscal y un defensor de matrimonios. Con estas últimas disposiciones se trataba de revestir de cierta seriedad a los juicios de divorcio e impedir su multiplicación. Pero quedó ya abierta la puerta, y con el correr del tiempo, como suele sueceder, se tendría que llegar a los mayores excesos.

La Ley de 1902 pretendía tímidamente, y sin acertar con los términos adecuados, dejar a salvo los derechos adquiridos: la indisolubilidad de los matrimonios canónicos, y por esto decía el Art. 30: "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".

Bien pronto vinieron las reformas, destinadas a facilitar cada vez más la disolución de la familia. En 1904, se dió efecto retroactivo a la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio, sin respetar los derechos legítimamente adquiridos. La jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar tan poco civilizada norma. La misma Ley de 1904 añadió ya dos nuevas causas de divorcio: "el concubinato público y escandaloso del marido", y "el haberse declarado por sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro cónyuge".

El mismo año 1904 el Ministro de Relaciones Exteriores Valverde propuso por primera vez un proyecto de divorcio por mutuo consentimiento, pero fué desechado. En 1908 fué nuevamente propuesto por un Dr. Vicente Benítez y un Dr. Angel Hidalgo, oscursos representantes de nuestro foro, y fué aprobado con rapidez inusitada en la Cámara de Diputados en sesiones del 31 de agosto y del 2 de septiembre. Juan Benigno Vela, Abelardo Moncayo y otros importantes liberales dieron su voto en contra, en aquel Congreso surgido del fraude electoral y compuesto casi exclusivamente por representantes del bando apoderado del gobierno de la República. En 1910 se aprobó en nueva discución en la Cámara de Diputados con un solo voto en contra —tal era la unanimidad obtenida por el fraude electoral—. En la votación definitiva, sin embargo, hubo 14 votos en contra.

El diputado Sr. Aguilar expuso en ese congreso de 1910, con acierto, "que rara vez o nunca, había verdadero consentimiento *mutuo* para el divorcio, porque el marido arrastraría a la mujer a darlo mediante la fuerza". La experiencia ha demostrado la triste verdad

de aquella afirmación: casi siempre los llamados divorcios por mutuo consentimiento se reducen al más innoble comercio de recíprocas concesiones o ventajas económicas a cambio de una aparente libertad, otras veces, el temor del escándalo sirve de arma de chantaje para imponer el divorcio "por mutuo consentimiento".

La Ley de 1910 redujo también los diez años de espera para poder contraer nuevo matrimonio o solamente dos, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

Una nueva reforma, en 1912, dice en términos inexplicables: "Si la separación de los cónyuges, anterior a la sentencia ejecutoriada de divorcio, ha sido de seis a diez años, las nuevas nupcias pueden verificarse diez meses después de dicha sentencia". Se descubre a primera vista el afán de apresurar las nuevas nupcias, pero no se comprende cómo pudo el legislador señalar un plazo máximo y mínimo de separación anterior al matrimonio, para que solamente hubiera que esperar los diez meses; ¿por qué, no bastaban dichos diez meses, si la separación anterior al divorcio había sido de más de diez años?

El divorcio por mutuo consentimiento originó largos debates en los tribunales, y jurisprudencia contradictoria, pues mientras en algunas ocaciones se consideraba que era preciso que se mantuviera el deseo de divorciarse a pesar de la retractación de la voluntad de uno de los cónyuges durante el juicio. La Corte Suprema en pleno dictó el 17 de junio de 1931 la siguiente resolución para resolver tal controversia: "Si en cualquier estado de un juicio de divorcio consensual, hasta que se firme el fallo de tercera instancia, se manifiesta por parte de uno de los cónyuges, en solicitud presentada en autos, la retractación del consentimiento, se debe negar el divorcio en ese juicio".

El Decreto Supremo 112 de 4 de diciembre de 1935, impuesto por la sola voluntad del Dictador Páez, sin ningún antecedente de opinión pública que lo pudiera justificar, sin que ni siquiera se conociera la víspera su temeraria iniciativa, sin que se meditaran ni discutieran sus pésimas consecuencias, es uno de los que mayor daño han causado a la familia ecuatoriana y a la moralidad pública, a la solidez de la sociedad y el Estado. En este Decreto: a) se estableció el divorcio por el llamado "consentimiento tácito"; b) se suprimió el divorcio no vincular que hasta entonces coexistía con el vincular; c) se estableció un trámite sumarísimo de carácter administrativo, no judicial, para el divorcio por mutuo consentimiento; d) se introdujeron nuevas y absurdas causales para el divorcio; e) se facilitó el nuevo matrimonio de los divorciados estableciendo excepciones en las cuales ya no sería preciso esperar ni siquiera los consabidos trescientos días; f) ya no son necesarias las tres instancias, sino que se tramita el divorcio rápidamente en juicio verbal sumario, sin la necesaria intervención del Ministerio Público.

Con estas reformas realizadas como exprofeso para causar daño a la sociedad ecuatoriana, llegó el divorcio a generalizarse de manera alarmante. Parece increíble pero es verdad que durante los ocho

primeros años de vigencia del divorcio en el Ecuador apenas se produjeron cuatro casos de divorcio, lo que significa que fué una ley repudiada por toda la opinión pública nacional, pero por fuerza del empeño puesto por el propio legislador para desmoralizar al país, se logró llegar a más de dos mil seiscientos divorcios el año 1936. Ante esa calamitosa ola de destrucción familiar, se procuró poner inútiles paliativos a aquellas leyes intrínsecamente malas. El Decreto Supremo 231 de 15 de mayo de 1936 estableció que la prohibición de volverse a casar antes de trescientos días no regiría en el caso de que el matrimonio fuera con el último marido: pensando favorecer así la reconciliación de los divorciados —¡inútil medida, cuando se favorecía por todos los medios el divorcio!—.

Se puede decir que con toda precisión se cumplieron en el Ecuador las palabras del sociólogo positivista Comte: "La facilidad del cambio, lo provoca. La posibilidad de acudir al divorcio, relaja la estabilidad del amor. La facultad de legalizar los resultados de la pasión, induce a saltar las vallas morales que las contienen".

El Jefe Supremo expidió el 24 de marzo de 1938 una nueva ley de matrimonio civil que constituía una tímida reacción contra los increíbles excesos de la de 1935, en especial contra el absurdo "divorcio por consentimiento tácito", que permitía aprovechar de la propia culpa, del propio delito para "demandar" el divorcio; también se procuraba restringir la facilidad de trámite del divorcio exigiendo por lo menos un procedimiento judicial y no la simple declaración ante el Jefe Político, y por primera vez, al cabo de tantos años se volvía la mirada a la desgarradora situación en que quedan los hijos de los divorciados y se establecía que por lo menos se regulara la situación jurídica y económica en que habían de quedar en caso de divorcio de los padres. Sin embargo esta ley bien intencionada, aunque débil, no llegó a regir. Después de dos postergaciones se ordenó la suspención de su vigencia el 6 de mayo.

El Presidente Arroyo del Río desde el primer mensaje al asumir el mando manifestó la necesidad de reformar las leyes disolventes de nuestra sociedad. Entre otras cosas decía: "Si la ley exige para la celebración del matrimonio el requisito de una inscripción anticipada, era cuestión de consecuencia, que exigiese, también, una anticipada inscripción para disolverse". Estos y otros argumentos rigurosamente jurídicos, planteó para obtener que el Congreso aprobara unas reformas que neutralizaran por lo menos en parte las demagógicas disposiciones de 1935. La ley de 1940, en síntesis contiene lo siguiente: a) Supresión del llamado divorcio tácito; b) en cambio se aumentó como 13ª causal de divorcio, "La separación de los cónyuges, con ruptura de las relaciones conyugales, por el tiempo de tres años", no pudiendo demandar por esta causal "sino el cónyuge agraviado"; c) estableció el plazo de dos meses que debe correr entre la demanda de divorcio y la audiencia de conciliación, para dar tiempo a la reflexión en el divorcio por mutuo consentimiento; d) como condición para

que pueda sentenciarse el divorcio e inscribirse la sentencia en el Registro Civil, debe quedar resuelta previamente la situación jurídica y económica de los hijos.

La Ley aprobada por el Congreso Nacional el 6 de noviembre de 1958, por su parte, restableció la institución del divorcio no vincular, con el nombre de "separación conyugal judicialmente autorizada", y aunque no suprime el divorcio vincular, por lo menos deja en libertad para que quienes respetan la indisolubilidad del vínculo puedan recurrir a esta institución en lugar de divorciarse.

En noviembre de 1961 aprobó el Congreso Nacional otras reformas que se inspiran en el deseo de restringir el divorcio, evitando sobre todo algunas corruptelas introducidas en los juicios, como la de citar en un domicilio falso y seguir el juicio en rebeldía del cónyuge falsamente citado, el cual no podía saber siquiera de la existencia de la demanda. Desgraciadamente, en estas reformas se introdujo a último momento y de manera irregular una disposición que desvirtúa el espíritu de la reforma y pone en grave peligro la institución de la separación conyugal. En junio de 1967 la Asamblea Nacional, aprobó una nueva e inusitada forma de divorcio, que significa un regreso parcial a la legislación disolvente de 1935: cualquiera de los cónyuges puede demandar el divorcio por diez años de separación; aún el culpable tiene este derecho: un derecho que nace de la propia culpa!

161.— Causas del divorcio: enumeración y características generales.

Art. 132: "Son también causas de divorcio:

1ª El adulterio de uno de los cónyuges;

2ª Sevicia;

3ª Injurias graves y actitud hostil que manifiesten claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. Estas causas seráa apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse;

4ª 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 dé a luz la mujer 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;

7ª Los actos ejecutados por el marido con el fin de corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos;

8ª El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad

grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable o contagiosa o transmisible a la prole;

9ª El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;

10ª 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 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;

13ª La separación ilegal de los cónyuges con total abstención de las relaciones sexuales entre ellos por más de tres años consecutivos. Por esta causa no podrá demandar el divorcio sino el cónyuge que hubiere sido abandonado.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas".

El Decreto Legislativo de 13 de noviembre de 1961 publicado en el Registro Oficial 78 de 9 de febrero de 1962 modifica el numeral décimo tercero del Art. 132 que en adelante dirá: "La separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales por más de tres años'". Y desde 1967, hay que añadir: por separación de diez años.

Sorprende desde el primer momento el número crecido de causales de divorcio existentes en nuestro Código. En realidad difícilmente se podría encontrar en ningún Derecho alguna causa que no esté contenida en uno u otro de los 13 numerales de nuestro artículo 132. Cierto es, por otra parte, que la tipificación minuciosa hecha por la ley respecto de algunas causales, impide la interpretación extensiva que se produce a veces en tribunales extranjeros; pero desgraciadamente, contrasta con dicha minuciosa descripción de unas causas (por ejemplo la tercera), con la vaguedad e indeterminación de otras (por ejemplo 'sevicia").

Algunas de las causales enumeradas son consideradas por los derechos de otras naciones como aptas para originar el divorcio semipleno o separación de cuerpos, y también el Derecho Canónico las admite (aunque no todas), para la separación no vincular.

Es frecuente que solamente se reconozcan como causas de divorcio actos culpables, pero en nuestro Código encontramos algunos que pueden ser absolutamente inculpables (como la toxicomanía en ciertos casos), y hasta algunos que no son actos sino simples hechos (como las enfermedades).

Una clasificación importante de las causas de divorcio se puede hacer conforme a ser algunas hechos o actos singulares mientras que otras implican repetición o un estado más o menos durable o permanente. Esta clasificación repercute principalmente en la disciplina de la prescripción de las causas de divorcio.

Otra observación de carácter general consiste en que las causales deben servir de fundamento para obtener el divorcio solamente a aquél cónyuge en quien no se halle la causa y que no sea culpable de ella. De otro modo tendríamos el absurdo jurídico de que alguien podría beneficiarse de su propio dolo o culpa. Nuestra ley ha querido formular expresamente esta doctrina, y a través de las numerosas reformas ha empleado términos o expresiones más o menos acertadas, o a veces ambiguas, como cuando ha dicho "cónyuge perjudicado", "cónyuge abandonado", etc., hasta llegar a la actual redacción del Art. 132 que en el último inciso emplea una de las expresiones menos acertadas: "El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se *creyere perjudicado* por la existencia de una o más de dichas causas". Si se interpreta literalmente este inciso, se cae en el subjetivismo más absurdo: cualquiera puede *creerse perjudicado*, pero lo que la ley debe tomar en consideración es el perjuicio real, la culpabilidad o conducta dolosa que producen el perjuicio, y no la apreciación subjetiva de una parte litigante.

Por otra parte, el juez debe apreciar las causales del divorcio según su gravedad relativa, es decir teniendo en cuenta las circunstancias sociales, de cultura, etc. de los cónyuges, pero el artículo 132 hace referencia a esta consideración humana de la situación de los casados solamente en cuanto a las tres primeras causales, y considera la situación de fortuna para la 12ª causal. Es evidente que muchas otras, si no todas, requerirían igualmente una consideración relativa, teniendo en cuenta todos los factores de ambiente y personalidad de los cónyuges.

Los hechos que originan el divorcio deben haberse producido *después* de la entrada en vigencia de las leyes que los consideran causales de divorcio; aunque la ley no lo dice, así se ha pronunciado la jurisprudencia.

Tampoco puede demandarse el divorcio por una causa que ya no figura en la ley, que haya sido derogada. La jurisprudencia afirma que el divorcio solamente puede pronunciarse por una causa jurídicamente existente al momento del juicio.

Para terminar estas observaciones generales sobre las causales de divorcio, conviene advertir que no se encuentra jurisprudencia (al menos, publicada en la Gaceta Judicial), sobre varias de las causales (6ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 12ª), lo cual revela el espíritu irreal, ajeno a las exigencias de la opinión pública, que ha guiado a los dictadores que las han establecido.

como autor o cómplice" es también causal de divorcio (numeral 5º del Art. 132), que en último término se reduce a injurias graves.

Este es otro caso extremadamente raro. En la Gaceta Judicial no se encuentra ninguna sentencia pronunciada por esta causal, lo cual arguye contra el realismo del legislador. Muchas veces la ley entre nosotros no responde a una auténtica necesidad social o a un verdadero movimiento de opinión que la reclame, sino tal vez intereses personales, o afán ingenuo de imitación de legislaciones exóticas.

Considero que en caso de presentarse demandas de divorcio por esta causal habrá de juzgarse con sujeción a los conceptos legales-penales de "tentativa" y de "complicidad". El Art. 16 del Código Penal define así la tentativa: "práctica de actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito". Se supone, pues, que el delito no se ha realizado en su plenitud, aunque sea, por desistimiento oportuno, antes de su consumación. El delito frustrado, en cambio, es aquel en que el efecto principal no se produce por algún factor extraño al delincuente. Siendo generalmente más grave el delito frustrado, resulta ilógico que el legislador solamente considere causa de divorcio la tentativa. En cuanto a la complicidad, el Art. 43 del Código Penal dice: "Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores o simultáneos".

E. En el inciso 7º se señala esta otra causal: "Los actos ejecutados por el marido con el fin de corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos". Esta redacción consta en la edición de 1960, pues antes de la reforma de 1958, el numeral 7º decía: "Los actos ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos, lo cual será apreciado prudentemente por el juez, según las circunstancias de cada caso". Evidentemente las últimas palabras eran un ripio legal, ya que todas las causales deben ser "prudentemente apreciadas". Se añadió, pues, en 1958 una causal más: intento de corromper a la mujer. Antes solamente era causa de divorcio el intento de corromper a los hijos. Una y otra causales son inusitadas.

Más acertado habría sido que el legislador *reemplazara* el "intento de corromper a los hijos", por la nueva causal que se ha *agregado,* puesto que para sancionar la tentativa de corrupción de los hijos y evitar en lo futuro que se repitiera existen otros expedientes legales más propios que el de dejarles sin hogar. Además, ¿qué decir del caso en que *ambos* cónyuges hayan querido corromper a los hijos?

Tampoco tenemos jurisprudencia sobre estas causales. La ley no es adherente a nuestra realidad social.

164.— Causales de divorcio: ciertos defectos físicos o morales.

Las causas de divorcio contenidas en los numerales 8 a 12 del

Art. 132, tienen en común ser defectos físicos o morales o depender de ellos (causal 11ª), por consiguiente conviene estudiarlas juntas.

a) Dice el numeral 8º: "El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable o contagiosa o transmisible a la prole". Antes de la reforma de 1958 decía: "El hecho de adolecer uno de los cónyuges de sífilis, tuberculosis o lepra, en las condiciones y circunstancias en que estas enfermedades son generalmente consideradas como incurables o contagiosas, o que habrían de transmitirse a la prole". La reforma, pues, a extendido la causal u otras enfermedades, no circunscribiéndola como antes solamente a esas tres, pero exige en cambio que la enfermedad sea *grave*. También se ha establecido la forma de prueba de la gravedad, así como las otras circunstancias que conjuntamente con la gravedad dan origen al divorcio. Correspondía más bien al Código de Procedimiento Civil este punto relativo a la prueba por medio de "tres médicos, designados por el juez". Además de grave, la enfermedad debe ser: o incurable, o contagiosa o transmisible a la prole.

En cualquier caso resulta inhumano, además de injusto, que la enfermedad pueda ser causa de divorcio. Si es fin del matrimonio el ayudarse mutuamente, nada más lógico que tal ayuda se haga más necesaria, y por lo mismo más obligatoria, en la enfermedad y en otras circunstancias similares. Pero el legislador en lugar de urgir el cumplimiento del deber, de estimular el sentido noble y leal de fidelidad en las calamidades de la vida, autoriza el proceder canallesco de abandonar al cónyuge enfermo para buscar otro hogar: un hogar sin enfermos. No importa que el cónyuge haya adquirido la enfermedad precisamente por el cumplimiento abnegado de sus funciones, o que la haya adquirido por contagio del demandante: la ley autoriza el divorcio sin limitación. No puede haber disposiciones más inmorales.

Nada dice el legislador en cuanto al tiempo de la adquisición de la enfermedad. Poniéndonos en la injusta posición de aceptar esta causal de divorcio, por lo menos, la lógica exigiría que no pudiera alegarse el divorcio por una enfermedad anterior al matrimonio y que era conocida por el otro cónyuge al momento de casarse. Pero ninguna razonable restricción ha querido poner el legislador, que parece únicamente empeñado en destruir el vínculo indisoluble del matrimonio.

Téngase en cuenta, además, que en la actual redacción basta que la enfermedad sea grave y conjuntamente: incurable, o contagiosa o transmisible a la prole; por consiguiente puede haber divorcio aunque la enfermedad no sea ni contagiosa ni hereditaria. Sobre esta base se ha presentado recientemente una demanda de divorcio "por artristismo" (inflamación de las articulaciones)...

La enfermedad si es contagiosa naturalmente puede exigir la separación. A veces es obligatoria la reclusión en una clínica u hospital, pero aún en tales circunstancias de separación, los deberes de fidelidad, y de ayuda mutua no cesan sino que en cierto modo se hacen más apremiantes. El derecho de muchas naciones civilizadas autoriza por ello

la suspensión y aún la terminación de la vida en común en caso de enfermedades de ese tipo. Así por ejemplo el Código Civil Colombiano en el Art. 155 dice así: "La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquier otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado". Y téngase en cuenta que el "divorcio" al que se refiere el artículo trancrito es el semipleno, o no vincular, que es el único que existe en Colombia.

Como paradoja increíble conviene anotar aquí que es causa de divorcio, según nuestras desafortunadas leyes, cualquier enfermedad grave que reuna los otros requisitos (ser: o incurable, o contagiosa o transmisible a la prole); en cambio, la demencia y la sordomudez no son en ningún caso causa de divorcio, aunque sean a la vez graves y contagiosas, e incurables y transmisibles a la prole. Más aún: ¡la demencia y la sordomudez son las únicas causas legales que convierten al matrimonio civil ecuatoriano en verdaderamente indisoluble! Así lo declara el Art. 146: "El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no puede darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio". Se pretenderá justificar esta disposición diciendo que la acción de divorcio es personalísima y que no podría ejercitarla el representante legal del demente o sordomudo que no puede darse a entender por escrito; pro en el fondo hay algo mucho más serio y grave: el legislador que aparenta guardar este rigorismo formal, ha despreciado el derecho natural, ha hecho caso omiso de la justicia, la moral y el sentido de la dignidad humana al autorizar el divorcio por enfermedades, y entonces no puede sorprendernos que incurra en las más flagrantes y ridículas contradicciones, aunque aparente un rigorismo formal.

b) "El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano". También este numeral 9º sufrió alguna modificación en su redacción, en 1958, pero de menor importancia

La Corte ha declarado en una de las rarísimas sentencias existentes por esta causal, que, no basta demostrar que una persona se ha emborrachado alguna que otra vez para que pueda declararse el divorcio. Se requiere que la ebriedad sea un verdadero vicio habitual: consuetudinario.

Se deben hacer en este caso parecidas reflexiones a las formuladas respecto de la enfermedad. Muchas veces la embriaguez consetudinaria puede ser o provenir de una enfermedad. Otras veces, el origen moral, o por lo menos la circunstancia desencadenante de este vicio puede hallarse en el comportamiento duro, incomprensivo o desleal del otro cónyuge. La ley, sin embargo, no entra a examinar ninguna de estas razones tan humanas y con crueldad e injusticia permite ob-

tener el divorcio en todo caso. Tampoco se ha previsto (era lo mínimo que se podía prever!), el caso de quien a sabiendas se ha casado con una persona ebria consuetudinaria. Otro tanto dígase de los toxicómanos.

c) "10º La impotencia o la deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges que vuelva imposible la procreación". Este numeral debería considerarse, en todo caso, como incluído ya en el 8º, o sea en los casos de enfermedades graves y contagiosas o incurables o hereditarias.

No es claro si el legislador ha querido referirse a una sola cosa o a dos. En otras palabras la partículo "o" da sentido ambiguo á la frase: ¿es lo mismo "impotencia" que "deformación orgánica que haga imposible la procreación", o por el contrario, se ha querido distinguir dos casos y señalar dos causas distintas de divorcio? Sea de ello lo que fuere, ni en una forma ni en otra son frecuentes estas demandas que repugnan con el menor sentido de la dignidad humana, además de entrañar toda la grave injusticia que apreciamos al hablar del divorcio por enfermedad.

También hemos examinado ya en qué forma tan oscura e inexacta trata nuestra ley el problema de la impotencia como causa de nulidad del matrimonio. Esto agrava la dificultad de interpretación de este numeral 10º; pero en todo caso hay que pensar que si es condición jurídica para que pueda pronunciarse el divorcio la de que exista matrimonio válido, entonces la impotencia considerada causa de nulidad tiene que ser en algo diferente a la impotencia considerada como causa de divorcio, ya que de otro modo sería imposible ningún divorcio por esta causal. Debemos, pues, suponer, que la impotencia a la que se refiere el Art. 132, debe ser impotencia adquirida después del matrimonio. La mujer particularmente puede quedar impotente precisamente después de cumplir el sagrado deber de la maternidad, y la ley con inaudita injusticia autoriza el divorcio aún en ese caso.

Si entendemos que "deformación orgánica que haga imposible la procreación" es una causa distinta de la impotencia, entonces tendríamos que muchos casos de simple esterilidad (frecuentes en la mujer que da a luz mediante ciertas intervenciones quirúrgicas), sería también causa de divorcio: otra de las más injustificables e inmorales causas de divorcio.

d) "1ª La condena ejecutoriada a tres años de prisiónn, por lo menos, por delito". Defectos morales o causas un tanto incidentales pueden ocasionar la condena a prisión. También cabe el error del juez y la condenación injusta. Pero para el divorcio basta el hecho objetivo de la sentencia ejecutoriada. Aunque haya indulto, porque se considere que el sentenciado lo merece, sin embargo el divorcio tendrá que pronunciarse en contra suya.

Parece natural no considerar ofendido al cónyuge que al casarse conocía la vida criminal de su consorte. Pero nuestra ley guarda silencio al respecto.

e) "12ª El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos en relación a su fortuna". He aquí otro defecto moral que origina el divorcio, pero mucho menos grave que la toxicomanía, la ebriedad o los crímenes que pueden dar lugar a sentencia de prisión por más de tres años; por consiguiente, esta causal es mucho menos justificable que las anteriores. También podrían hacerse las mismas observaciones referentes a que el legislador no ha tomado en cuenta el tiempo en que se origina el vicio (antes o después del matrimonio), ni si ha sido o no conocido por el otro cónyuge antes de casarse, ni tampoco se considera la posibilidad de que el demandante tenga igual vicio, y aún que haya sido quien indujo al consorte a adquirirlo. Todas estas lagunas agravan la injusticia de la ley.

Hay que tener en cuenta que para evitar los graves males que puede originar el vicio del juego en uno de los cónyuges, hay numerosos remedios legales en nuestras leyes, y caben aún otros más, sin necesidad de recurrir al divorcio por un motivo que resulta fútil en comparación de los desastrosos efectos de la ruptura del vínculo. Se puede privar de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, se puede poner en interdicción al cónyuge disipador, se puede pedir la exclusión de bienes, se puede disolver la sociedad conyugal, se puede llegar hasta la separación conyugal judicialmente autorizada, etc., mediante cualquiera de estos sistemas, según los casos, se evitarían las consecuencias de que "uno de los cónyuges arriesgue habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos..." Más cuantioso, sin duda, es el valor del hogar.

165 — *Causales de divorcio: la separación ilegal.*

El abandono ilegal del hogar es sancionado de diversas maneras según los países. Es frecuente que existan sanciones de distinto tipo que se acumulen: civiles y penales. En algunos países se castiga con multa (Francia), o con prisión (Argentina, España, etc.), En el plano civil, lo más frecuente, es que se sancione con pérdida del derecho de alimentos, de gananciales y aún de herencia, y la posibilidad de revocar las donaciones hechas. Algunas de estas disposiciones existen en el Ecuador. A través de todas estas medidas, se inclina a los ciudadanos a cumplir su deber. En cambio, la separación ilegal, como causa de divorcio, estimula la inmoralidad, el abandono del hogar, o la realización de actos que provoquen el abandono por parte del otro cónyuge, a fin de tener pretexto para el divorcio. No es, pues, razonable, admitir el divorcio por esta causal.

Los países que admiten el divorcio por separación de los cónyuges, en todo caso, suelen exigir: a) que la separación sea ilegal; b) que dure más del tiempo fijado por la ley; c) que quien demande el divorcio no sea el culpable de la separación; d) a veces, se exige que

preceda orden del Juez de volver al hogar, y que no se haya cumplido tal orden (tal sucede por ejemplo en el derecho Suizo). Exigiendo todas estas condiciones, por lo menos, se pretende eliminar los casos de mayor arbitrariedad e injusticia.

Nuestra ley ha sufrido muchas reformas al respecto. La de noviembre de 1961 (R.O. 78 de 9 de febrero de 1962) que dice en el Art. 2º: "El numeral 13º del artículo 132 del Código Civil dirá: La separación de los cónyuges con inexistencia de relaciones conyugales por más de tres años".

Indudablemente la última reforma no fué bien meditada. En los considerandos de la Ley se habla de proteger el orden público y dar mayor seguridad o firmeza a los juicios; y no se compadece con tales objetivos la disposición transcrita. Se ha suprimido la palabra "ilegal", de lo cual podría deducirse que también la separación legal (esto es la judicialmente autorizada) sería causa de divorcio. Pero no se puede admitir que el ejercicio de un derecho sea causa de divorcio. Una institución legal como la separación conyugal judicialmente autorizada no puede equipararse al adulterio, el atentado contra la vida, etc., y producir los mismos efectos que esos crímenes: servir de causa para el divorcio.

La reforma de 1961 ha suprimido también la palabra "consecutivos". En estricta lógica cabría, pues demandar el divorcio por separación de más de tres años discontinuos, es decir, sumando períodos, aunque fueran breves, de separación. Tampoco esto es razonable ni admisible.

Que el legislador no quiso llegar a estas consecuencias, se deduce, sobre todo de la lectura del artículo 3º de la ley de 1961: "Al último de los artículos contenidos en el Art. 9º de la ley reformatoria de 15 de setiembre de 1958, como sustitutivos del párrafo tercero, Título VI del Código Civil, agréguese "o que el juicio de divorcio fuese intentado por el cónyuge que no demandó la separación judicialmente autorizada, pero asimismo con un plazo de por lo menos un año". Difícilmente se podrá hallar un ejemplo de redacción legal más oscura, imprecisa, absurda e inaplicable.

En primer lugar el artículo transcrito se refiere a la ley de 15 de setiembre de 1958, pretende modificar esa ley. ¡Pero dicha ley ya no estaba en vigencia en 1961! Efectivamente, la codificación del Código Civil de 1960, dejó sin vigencia aquella ley, la incorporó a este cuerpo de leyes, y el artículo al que quiso referirse el legislador de 1961, era sensillamente el Art. 184 del Código Civil, y no "el último de los artículos contenidos en el Art. 9º de la Ley reformatoria..."

El transcrito artículo 3 está redactado en términos poco menos que ininteligibles, o por lo menos incorrectos y ambiguos. Al final, contiene esta expresión: "pero asimismo con un plazo de un año por lo menos"; y no se sabe a qué se refiere este plazo, ni cuando comienza a correr. Probablemente quiso decir el "inventor" de este artículo, que la acción de divorcio no podrá proponerse sino un año después de

ejecutoriada la sentencia de separación conyugal. Y si este es el sentido de tan misteriosas palabras, habría que entender igualmente que la separación ilegal que en un caso haya dado lugar a la separación conyugal judicialmente autorizada, puede servir nuevamente de fundamento para una nueva acción: la de divorcio, que se podría proponer un año más tarde. Es probablemente ese el sentido de la oscura disposición; pero si ese es el sentido, entraña grave falta de lógica, porque la misma causa vendría a producir dos efectos distintos y aún antagónicos (separación sin ruptura del vínculo, y divorcio).

Pero más grave todavía resulta la incongruencia de que solamente el cónyuge que no demandó la separación sea el que podría aducir aquella nueva causa de divorcio: la separación legal. Evidentemente el cónyuge demandado con la separación conyugal será la más de las veces el culpable; y si la separación se aprueba en sentencia, será indudablemente porque el demandado ha sido realmente culpable; pues bien, *solamente el culpable* tendría derecho de demandar después el divorcio! Parece que se ha creado así en el Ecuador una causal de divorcio única en el mundo: una causal que solamente puede ser alegada por el culpable de la misma. La lógica nos lleva a esta conclusión absurda, porque en realidad el legislador no obró ni habló con lógica.

Como no se puede tolerar un agravio tan atroz a la justicia, como es imposible que la culpabilidad origine derechos, que el criminal tenga derechos que se niegan al inocente, la Corte Suprema ha rectificado, en parte al menos, tan lamentable decreto legislativo. Hay ya sentencias de cada una de las tres Salas de la Corte, que interpretan este "jeroglífico legal" en un sentido que pone a salvo por lo menos lo más elemental de la justicia: no puede demandar el divorcio el cónyuge culpable de la separación.

De la confusa situación legal creada por la reforma de 1961, y de la jurisprudencia posterior que ha tratado de remediar este mal, podemos sacar en claro lo siguiente: a) actualmente la separación ilegal de más de tres años puede servir de causa de divorcio que puede demandar el cónyuge no culpable de dicha separación; b) la misma separación ilegal, o abandono, puede servir también para demandar la separación conyugal judicialmente autorizada; asimismo, sólo el cónyuge inocente, no culpable, puede usar de esta causa; c) la misma separación que ha servido para demandar la separación conyugal, no puede alegarse después para demandar el divorcio; d) en el estado de separación conyugal judicialmente autorizada sí pueden surgir nuevas causas que pueden originar el divorcio, y que en todo caso solamente podrían servir al cónyuge no culpable por esas mismas causas.

La jurisprudencia desde antes de estas inconsultas reformas ha sentado el principio de que se requiere, para obtener el divorcio, total ruptura de las relaciones conyugales durante tres años o más, *ininterrumpidos*. No creo que se pueda romper esta jurisprudencia a pretexto de los términos ambiguos de la última reforma legal.

La última reforma de 1967 agrava enormemente este complejo

estado de cosas, pues permite pedir el divorcio, a cualquiera de los cónyuges, una vez que hayan pasado diez años de la separación.

166.— Extinción de las causales de divorcio.

Las causas concretas que existan y permitan demandar el divorcio a una persona, se extinguen: a) por prescripción; b) por reconciliación; c) por renuncia; d) por la separación conyugal judicialmente autorizada; e) por muerte; y f) por haberse vuelto demente o sordomudo uno de los cónyuges.

a) El Art. 144 indica expresamente esta forma de terminar la acción de divorcio, y por consiguiente, se extingue la causa que le podría dar origen. Dice así:

Art. 144: "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.

Por la del numeral 2º, desde que se realizó el hecho.

Por las de los números 3º, 4º, 8º, 9º 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".

Llama la atención de inmediato que en la enumeración de las causas de divorcio y su prescripción, no figuran las de los numerales 10º y 13º del artículo 132. En cuanto a la separación por más de tres años no prescribe nunca por su misma naturaleza: si dura más de tres años, la separación no deja de ser causa de divorcio, se podría decir que es cada vez más grave causa; y si termina, entonces, hay reconciliación y termina la causa de inmediato, sin que haya lugar a la prescripción. Pero resulta inexplicable, en cambio, que no se haya dispuesto nada respecto de la prescripción de la causal 10ª o sea "la impotencia o la deformación orgánica... etc.". No se puede imaginar que el legislador haya querido atribuir solamente a esta causa el carácter de imprescriptible. Debe ser un olvido; un olvido, desde luego, imperdonable. Resultaría que una persona que sufrió una deformación orgánica y que luego curó y pudo engendrar, sin embargo, podría ver disuelto su matrimonio por divorcio, incluso muchos años después de la curación...!

Por lo demás es lógico que la prescripción comience a correr en el momento en que se tiene conocimiento de la causa cuando dicha causa consiste en un hecho singular y que ha estado o puede estar oculto; cuando la causa es un hecho inocultable, evidente (como la sevicia), la prescripción comienza a correr el momento mismo en que se produce, puesto que en ese mismo momento se tiene también conocimiento del hecho; y en aquellas causas que constituyen un estado (la enfermedad, vicios, etc.), solamente cuando cesa o termina tal estado comienza a correr el plazo de prescripción. Es decir: se puede demandar el divorcio, desde luego, durante el estado de enfermedad, etc., y hasta un año después de que terminó, pero no después.

Si es inhumano e injusto que pueda obtenerse el divorcio por enfermedades o vicios como el de los juegos de azar, la ebriedad, etc., todavía lo es más que se pueda demandar el divorcio por esas causas aún después de desaparecidas —durante un año—, por el simple hecho de haber existido, y contra el cónyuge ya curado o reformado.

En cuanto a la prueba de la fecha en que se tuvo conocimiento de la causal, tendría que correr a cargo de quien alega la prescripción, y desde luego puede ser muy difícil aquella demostración, ya que el conocimiento de algo, es un hecho interno.

b) La reconciliación es un modo típico de extinguirse la acción de divorcio proveniente de la 13ª causal, pero que no se ve inconveniente para que se extienda a las otras causas, y así parece apoyarlo la jurisprudencia.

Art. 145: "La acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges; sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reuna las circunstancias determinadas en este Título".

Para ser causa de divorcio la separación debe ser de más de tres años continuos, por consiguiente, si se rompe la continuidad por la vuelta al hogar común de ambos cónyuges, cesa inmediatamente esa causa de divorcio, pero si se vuelven a separar, al cabo de tres años contados desde la nueva separación podrá el cónyuge abandonado demandar el divorcio. Se trata, pues, de una causa que puede reiterarse, y aunque se extinga la causal de divorcio una vez, puede reaparecer, o mejor, volverse a producir.

Si bien la reconciliación es modo específico de extinguir la causal 13ª de divorcio, sin embargo, puede también dar fin a otras causales. Una interesante sentencia de la Corte Suprema, da pié para concluir lo dicho: "Del proceso consta el acta de transacción celebrada en el juicio penal entablado contra A. V. por lesiones a la expresada Sánchez, y en la cual *las actuales partes se perdonaron recíprocamente las ofensas* que se hubiesen irrogado y acordaron prevenir acusaciones y disgustos que pusiesen en peligro la armonía conyugal. En virtud de tal acta, demostrativa de que la mayor responsabilidad correspondía al marido, quedaron implícitamente destruídas las causales que en cuanto a esos hechos podía uno de los cónyuges fundar la acción de divorcio. Por lo tanto sólo cabe basar esta acción en hechos nuevos".

c) Se puede renunciar a una causa concreta de divorcio que ya se haya producido. Esta renuncia puede ser expresa y formal, o tácita. También es una forma de renuncia, el desistimiento de la demanda, o el abandono de la instancia.

Nuestra ley ha prohibido, en cambio, la *renuncia genérica a la acción de divorcio,* en el Art. 143 que comienza así: "La acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio son irrenunciables".

Pero de esa misma prohibición genérica, se deduce que sí se puede renunciar a la *acción concreta,* a *una causal ya producida.* Esta renuncia no está prohibida por la ley y mira a sólo el interés personal

del renunciante, por lo mismo, tal renuncia es válida conforme al artículo 11 del Código Civil. La sentencia transcrita más arriba confirma también este criterio, puesto que en la reconciliación hay un perdón de injurias, equivalente a la renuncia (tácita) de la causal de divorcio.

La prohibición genérica de renunciar a la acción de divorcio, contenida en el artículo 143, debería suprimirse puesto que implica una injusta restricción de la libertad. No se justifica esta limitación de la libertad: no es de interés público que los cónyuges se divorcien, no es interés de la sociedad que las familias se disuelvan.

Además la prohibición de renunciar a la acción de divorcio va contra la libertad de conciencia, puesto que quienes consideran indisoluble el matrimonio (los católicos y muchos otros que no lo son), tienen derecho a contraer un vínculo que ante la ley civil esté también revestido de indisolubilidad.

En algunos países, como en Portugal, no sólo se permite renunciar a la posibilidad de divorciarse, sino que se presume de derecho tal renuncia si los cónyuges son católicos. En esta forma, la ley no cierra los ojos ante el dato social de innegable importancia consistente en las creencias religiosas de los ciudadanos.

La permisión de renunciar al divorcio no afectaría, por otra parte a nadie, puesto que es simple facultad: posibilidad, que se puede usar o no usar, sin imponerla a nadie.

No se diga que también el divorcio es simplemente facultativo. No admite comparación una "facultad" con otra. Si dos cónyuges renunciaran al divorcio, estarían ejerciendo un legítimo derecho: el de dar la debida solidez legal al vínculo que según su conciencia es indisoluble. Si simplemente no ejercitan la acción de divorcio, el vínculo civil continúa con la misma inseguridad y sujeto a cualquier veleidad de los mismos cónyuges.

Permitir la renuncia de la acción de divorcio redundaría sin duda en una mayor estabilidad de la familia ecuatoriana, lo que equivale a decir, en mayor paz y tranquilidad sociales, en mayor prosperidad y bienestar del Estado mismo.

Debería permitirse la renuncia bilateral o simplemente unilateral: por escrito, o de palabra ante testigos; en cualquier tiempo: antes del matrimonio que se va a celebrar, al celebrarlo, o posteriormente. Mientras mayor libertad, más respeto a la persona humana.

d) La separación conyugal judicialmente autorizada puede también extinguir una o más causas de divorcio. Efectivamente, el Art. 184 del Código Civil dice así:

Art. 184: "En el estado de separación conyugal judicialmente autorizada, no se podrá intentar juicio de divorcio, salvo que este fuere por mutuo consentimiento o por causa distinta de la que fundamentó aquella, o que sobreviniere una nueva causa".

Y es muy lógico que sea así, puesto que la causa que ya ha pro-

ducido un efecto jurídico no debe producir arbitrariamente otro nuevo y más grave efecto.

Además, según el Art. 878 del Código de Procedimiento Civil, si se presentan demandas de separación conyugal y de divorcio, por la misma causa, antes de abrirse la causa a prueba, el juez debe tramitar solamente la de separación y ordenar el archivo de la de divorcio. Y el Art. 879 del Código Procedimiento Civil ordena al juez buscar la reconciliación de los cónyuges, y si no es posible "que queden simplemente separados por declaración judicial", en esta forma, el juicio de divorcio puede desembocar en una separación judicial, y las correspondientes causas para el divorcio quedan extinguidas desde que producen este nuevo, distinto y menos grave efecto.

e) La muerte de uno o ambos cónyuges extingue la acción de divorcio, por disposición expresa del Art. 147:

Art. 147: "Toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta y cualquiera que fuere el estado del juicio".

En este caso, la extinción abarca tanto a la acción misma, como a sus causas, genéricas o concretas. Queda claro que se produce en cualquier estado del juicio; y solamente cabría la duda sobre si se podría inscribir en el Registro Civil la sentencia ya ejecutoriada de divorcio, por parte de los herederos del cónyuge muerto después de la ejecutoria. Como la ley no dice nada al respecto, habrá que estar a su espíritu y de acuerdo con él, parece que no se podría inscribir después de la muerte la sentencia ejecutoriada, puesto que, como es lógico, se trata de dar preminencia a la forma natural de terminar el matrimonio, que es la muerte.

También parece evidente que la declaración de muerte presunta termina la acción de divorcio, ya que se equiparan sus efectos, en términos generales, a los de la muerte natural.

f) "El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no puede darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio", dice el Art. 146, creando así la curiosísima situación consistente en que el único matrimonio civil verdaderamente indisoluble en nuestro país es el del demente o sordomudo...

En cuanto al matrimonio que es declarado nulo, durante el juicio de divorcio, no se puede decir que presente otro caso de "extinción de la acción de divorcio", porque propiamente, en tal circunstancia no ha habido derecho a la acción de divorcio, por faltar la base o presupuesto indispensable: el matrimonio válido.

167.— Trámite del divorcio por causales.

Las primeras leyes de divorcio (1902, 1904, 1910, 1912), y en relación con ellas, el antiguo Código de Enjuiciamiento Civil, establecían el trámite en juicio ordinario, con tres instancias necesarias, y la intervención del Ministerio Público y un Defensor de Matrimonios.

Con estas formalidades se pretendía, por lo menos, obstar a la excesiva precipitación de los cónyuges para disolver el hogar.

La Ley de 1935 estableció el trámite verbal sumario, sin los otros requisitos, y permitiendo aún el allanamiento a la demanda. Además, como si ese trámite no fuera ya suficientemente rápido e informal, se podía obtener el divorcio por mutuo consentimiento mediante una declaración y acta firmada ante el Jefe o Teniente Político. Quedamos así a la altura de la situación creada en Rusia a raíz de la Revolución Soviética, y que precisamente en aquel país en aquellos años alarmaba tanto a las autoridades comunistas que les llevó a reformar el sistema al año siguiente, en 1936. Pero en el Ecuador perduró ese infame expediente, hasta la ley de 1940. De todos modos, pérdura hasta hoy el trámite verbal sumario y la posibilidad de terminarlo en una sola instancia, aún por allanamiento, y sin la intervención de funcionario especialmente encargado de velar por la estabilidad de la familia.

Sin entrar en mayores detalles y consideraciones que pertenecerían más bien al Derecho Procesal Civil, examinaremos a continuación los principales aspectos del trámite del divorcio, muchos de los cuales están impropiamente regulados por el Código sustantivo y no por el adjetivo, como habría sido más técnico.

a) Derecho de comparecer en juicio de divorcio. Son partes del juicio de divorcio, exclusivamente los cónyuges.

La mujer comparece por sí misma en el juicio de divorcio, sin necesidad del consentimiento del marido, y por propio derecho. Así lo reconoce el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil, y de manera más genérica el Art. 160 del Código Civil.

Los cónyuges no podrían en ningún caso estar representados por su representante legal: no cabe que el marido represente a la mujer para litigar contra él mismo; tampoco puede representar el padre o la madre de ninguno de ellos, porque por el matrimonio quedaron emnacipados; en cuanto al curador general si uno de ellos lo tuviere, solamente puede "autorizar" al menor para el divorcio, por disposición del Art. 131. Conviene analizar este artículo en relación con el 133. He aquí sus textos:

Art. 131: "El cónyuge menor de dieciocho años necesitará para el divorcio la autorización de su curador general o, a falta de éste, la de un curador especial".

Art. 133: "En los juicios de divorcio el menor de diez y ocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial".

Nótese que ambos artículos se refieren al menor de dieciocho años, confiriendo así tácitamente capacidad jurídica especial para el juicio de divorcio al menor de edad que ya hubiere cumplido 18 años. Esto es muy inconveniente: mientras más grave sea un acto, mientras más serias sean sus consecuencias, el derecho debe exigir mayores requisitos, y en cuanto a la edad, es lógico que se ponga un límite más

alto; por eso, para el divorcio se debería exigir en todo caso la mayoría de edad, y quizá una edad superior. Es ilógico conceder una capacidad especial al menor de edad, para facilitar que disuelva el hogar.

Los dos artículos transcritos no son compatibles entre sí, en caso de referirse uno y otro al divorcio en general, por lo cual hay que concluir que el 131 se aplica sólo en el divorcio por mutuo consentimiento, y el 133 en el divorcio por las causales de ley. El contexto justifica esta interpretación, pero habría sido acertado decirlo de modo expreso.

b) Competencia. Supuesta la competencia del juez ecuatoriano, según los principios de Derecho Internacional Privado, corresponde ésta al juez del domicilio del demandado. Pero si es la mujer la demandada, no se sigue la regla del Art. 63 según la cual la mujer casada sigue el domicilio del marido, ni tampoco se considera como domicilio de la mujer el de la residencia "acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, sino simplemente "el lugar de su residencia actual", según el Art. 140:

Art. 140: "La demanda de divorcio se propondrá ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador.

Para los efectos de este artículo se tendrá por domicilio de la mujer el lugar de su residencia actual, aun cuando el marido estuviere domiciliado en otro lugar".

Según la reforma de 1961, si se sigue el juicio de divorcio atribuyendo al cónyuge demandado un domicilio que no tuvo al momento de la presentación de la demanda, se puede entablar la acción de nulidad de la sentencia hasta dentro de un año de ejecutoriada, y durante ese año ninguno de los ex-cónyuges puede volver a casarse.

c) Prevalencia de acciones. Si se presentan demandas de divorcio de uno a otro cónyuge por causas diversas, deben seguir ambas acciones su curso. Si se presenta por parte de uno demanda de divorcio, y por parte del otro demanda de separación conyugal, por causas diversas, también cada una se tramita separadamente, sin obstar la una a la otra.

Pero si se presentan por la misma causa más o menos simultáneamente (esto es, antes de que en ninguno de los juicios se haya llegado a abrir la causa a prueba) acciones de divorcio y de separación conyugal, el juez ordenará que se archive la de divorcio y tramitará la de separación conyugal (Art. 878 del Código Procedimiento Civil).

Si después de abierta a prueba la causa de separación, el otro cónyuge presenta demanda de divorcio por la misma causa, no puede tramitarse la de divorcio. Igualmente si el juicio de divorcio entró ya en el término probatorio, el otro cónyuge no puede intentar por la misma causa acción de separación conyugal; pero en cambio, por vía de conciliación pueden los cónyuges terminar el pleito conviniendo solamente en separarse, y el Art. 879 del Código Procedimiento Civil

ordena que el juez procure esta solución si no es posible la total reconciliación de los cónyuges, y prefiriéndola, en todo caso al divorcio.

d) Citación. El decreto legislativo de 13 de noviembre de 1961. (R.O. 78 de 9-II-62), tan desafortunado en otros aspectos, estableció medidas apropiadas: a) la citación se hará por regla general como ordena el Art. 95 del Código Procedimiento Civil, esto es, en persona o por medio de tres boletas dejadas en el domicilio del demandado, cerciorándose de que vive allí; b) "Cuando no sea posible determinar la residencia del cónyuge demandado, la citación con la demanda se hará expresando esa circunstancia, por tres veces, en un periódico del lugar del juicio así como en uno de la capital de la provincia donde se celebró el matrimonio. De no haberlo, la publicación se hará en uno de los del cantón o provincia cuya cabecera o capital estuviere más cerca al uno o al otro"; c) El cónyuge que no hubiere sido citado legalmente, puede pedir la nulidad de la sentencia de divorcio, dentro del año siguiente a su ejecutoria.

e) Allanamiento a la demanda. Para remediar abusos la ley de 1958 introdujo en el Código de Procedimiento Civil el artículo que hoy lleva el Nº 880, que en los juicios de divorcio se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada. Así se quiere evitar las actitudes colusorias de los cónyuges que están de acuerdo en divorciarse y no quieren esperar ni siquiera a que se cumplan los cortísimos plazos exigidos para el divorcio por mutuo consentimiento. Además, se debe tener en cuenta que la estabilidad del matrimonio interesa a la sociedad toda y no solamente a los cónyuges, y por eso, nada más lógico, que se pida la prueba de la verdadera existencia de alguna de las muchas causales que la ley ha dispuesto para que se obtenga el divorcio. Esta disposición que ya figuraba en el Código de Procedimiento Civil, fué también introducida en el Código Civil por el Decreto Legislativo de 1961, haciendo salvedad de los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, en los que propiamente no hay nada que probar.

f) Recursos. Desde el D. S. de 1935 ya no son necesarias las tres instancias en el juicio de divorcio, aunque sí continúa esta exigencia para las causas de nulidad del matrimonio. Así lo establece el Art. 142:

Art. 142: "Las causas sobre la validez o nulidad del matrimonio tendrán siempre tres instancias e intervendrá en ellas, como parte, el Ministerio Público.

En las de divorcio, los recursos se regirán por lo dispuesto en la ley para el trámite verbal sumario".

Evidentemente el orden público, el respeto a la dignidad del matrimonio, exigirían reformar la ley en el sentido de que en todo juicio de divorcio fueran necesarias las tres instancias.

El Art. 908 del Código Procedimiento Civil, *permite* apelar, incluso para tercera instancia, pero "el superior fallará por el mérito de los autos", de modo que no cabe presentar nuevas pruebas.

g) Representación de los hijos durante el juicio. Las numerosas leyes que a principios del siglo se empeñaron en destruir la solidez

de la familia, no tuvieron en cambio el menor empeño en resolver algo sobre la lastimera situación en que quedan los hijos de padres divorciados. El legislador calló ante este hondo problema humano: prefirió ignorarlo criminalmente. En 1935 aparecen los primeros síntomas de preocupación: una fría disposición por la que se pretende proteger el derecho a los alimentos cóngruos de los hijos; nada más. Tampoco importa a cargo de quien deba quedar, quien ejercerá la patria potestad, quien velará por su educación. Sólo en 1940 se dictan disposiciones tendientes a solucionar esos problemas, aunque en forma muy defectuosa.

En todo caso, hoy día, los hijos menores de edad, deben estar representados en el juicio de divorcio de sus padres, por medio de uno o más curadores *ad-litem* "cuya designación hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos" (Art. 130). Claro que los hijos no son *parte* en el juicio de divorcio, pero como su situación jurídica, económica y vital debe resolverse en esos juicios, es lógico que haya quienes intervengan en su favor, en protección de sus intereses, tristemente olvidados por los padres que se empeñan en dejar sin hogar a los hijos.

h) Situación en que deben quedar los hijos. Actualmente, a partir de la reforma en 1940, es necesario que en el mismo juicio de divorcio se regule la situación en que deban quedar los hijos de los padres que se divorcian. Se entiende por tal situación: lo relativo a su cuidado personal, o sea, con cual de los padres van a vivir; lo relativo a su mantenimiento económico; y (desde 1958) a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad. Todo esto debe quedar regulado en la audiencia de conciliación o se resuelve en la sentencia, y en ningún caso se puede inscribir la sentencia en el Registro civil si no se ha dispuesto sobre aquellos aspectos. Al hablar de los efectos del divorcio en cuanto a los hijos, veremos en detalle cuál es la situación jurídica en que quedan.

i) La audiencia de conciliación. En el trámite verbal sumario, la audiencia de conciliación tiene singular importancia, porque es en ella cuando se contesta a la demanda, verbalmente, allanándose u oponiendo las correspondientes excepciones. Pero en el juicio de divorcio, tiene todavía mayor trascendencia, puesto que en ella el Juez debe poner "especial empeño por conseguir que se reconcilien los cónyuges o, por lo menos, queden simplemente separados por declaración judicial".

Desgraciadamente la misma ley autoriza a los cónyuges para comparecer por medio de procuradores, lo cual hace las más de las veces absolutamente ineficaz el intento de conciliación. Otros derechos, por ejemplo, el francés, exigen la comparecencia personal de los cónyuges, y el Código de Procedimiento (Art. 877) además les prohibe hacerse asistir de abogados o de procuradores que generalmente no favorecen el acuerdo de las partes litigantes; y finalmente el mismo Código francés da potestad al Juez para aplazar la audiencia para dentro

de 20 días, y a través de todas estas medidas se procura restablecer la paz del hogar. En cambio, nuestra ley permite la comparecencia por medio de procuradores, y en la práctica esto es lo más frecuente: se reunen los abogados de las partes y resuelven rápidamente seguir adelante el juicio. Además, aunque es obligación del juez asistir y presidir la audiencia, procurando la reconciliación, es frecuente que intervenga en nombre suyo el secretario del juzgado, o un amanuence, simplemente para recoger las declaraciones de las partes y sentar el acta que luego firma el juez; así se pierde una oportunidad de lograr el restablecimiento de la armonía entre los cónyuges, y el juicio de divorcio queda destituído de aquel mínimo de seriedad que sería preciso.

En la audiencia de conciliación puede ya regularse la situación en que han de quedar los hijos, y otras cuestiones, por ejemplo, relativas a los bienes, a la protección de los intereses de la mujer durante el juicio, etc., sin perjuicio de que siga adelante la causa de divorcio. Si no se resolviere nada respecto a los hijos, el Art. 148 ordena que el juez "convocará una junta en la que volverá a buscarse el acuerdo". Entendemos que esta junta puede celebrarse en cualquier momento, en cualquier estado del juicio, y que debe realizarse con la comparecencia de los guardadores de los menores de edad.

j) Pruebas. Dada la singular naturaleza del juicio de divorcio, sería preciso que el legislador abordara este tema con detalle, pero no lo ha hecho. No parece, por ejemplo, que en estos juicios debiera admitirse la confesión de parte. En cambio el testimonio de los parientes y otras personas allegadas, puede tener un valor excepcional, aunque debe ser apreciado por el juez con extraordinaria cautela. El Código Suizo en esto parece acertado: las declaraciones de parientes, de cualquier naturaleza que sean, no vinculan al juez; el juez aprecia libremente las pruebas (Art. 158).

k) Inscripción de la sentencia. No basta que la sentencia de divorcio se ejecutoríe, para que surta sus efectos, sino que se requiere su inscripción en el Registro Civil. Esta inscripción equivale a ejecución de la sentencia, aunque precisamente a raíz de ella puedan exigirse otros actos de ejecución: entrega de los hijos, entrega de bienes, liquidación de la sociedad conyugal, si no se ha verificado dentro del mismo juicio de divorcio, etc. El Art. 148 lo dispone así:

Art. 148: "La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina de Registro Civil correspondiente.

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.

Para el efecto, el juez convocará una junta en la que volverá a buscarse el acuerdo.

De la sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial, una

vez inscrita, se tomará razón al margen del acta de inscripción del mismo dejando constancia en autos del cumplimiento de este requisito".

Esta disposición origina que, aunque sea obligatorio arreglar la situación de los hijos en la audiencia de conciliación, sin embargo, si se dicta sentencia sin que haya quedado resuelto ese punto, la sentencia no es nula, si bien, tampoco es todavía ejecutable. Así se ha manifestado la jurisprudencia.

Desde la reforma de 1961, además, los divorciados no pueden volver a contraer matrimonio dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, de modo que ese efecto especial de la sentencia de divorcio queda también suspenso durante un año.

1) Nulidad de la sentencia de divorcio. En general no se puede pedir que se declare nula una sentencia ejecutoriada sino antes de que el vencedor pida su ejecución. Sin embargo, a partir de la reforma de 1961, se ha hecho una excepción importante a este principio, porque se puede inscribir la sentencia de divorcio, y sin embargo, se puede intentar la acción de nulidad dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia. No importa tampoco que la sentencia haya sido dictada en última instancia por la Corte Suprema (cfr. Art. 322 del Código Procedimiento Civil), porque los términos del Decreto Legislativo son absolutos.

En cambio, el motivo o causa por el cual se puede pedir la nulidad de la sentencia de divorcio, dentro del año, no puede ser otro que el de haberse citado la demanda en un falso domicilio. Y en todo caso, no cabe nulidad si el cónyuge mal citado, de todos modos ha comparecido oportunamente a contestar la demanda. Esta acción de nulidad, tiene por objeto proteger al demandado y evitar que pueda seguirse el juicio sin que tenga posibilidad de defenderse.

168.— *Divorcio por mutuo consentimiento.*

No es tan frecuente como el divorcio por causales de ley, el divorcio por mutuo consentimiento, en el mundo moderno. En el Ecuador se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento por la ley de 26 de setiembre de 1910, que permitía además a los divorciados celebrar nuevo matrimonio dos años después del divorcio por mutuo consentimiento (mientras en el divorcio por causales, debían esperar diez años para contraer nuevo matrimonio).

El Decreto Supremo de 4 de diciembre de 1935 facilitó extraordinariamente el divorcio por mutuo consentimiento: bastaba declarar la voluntad de terminar el vínculo, por parte de ambos cónyuges, ante el Jefe o Teniente Político y sentar el acta correspondiente, y sin ninguna espera ni formalidad, quedaba perfeccionado el divorcio. Incluso los menores de edad podían divorciarse así, y solamente los menores de 18 años necesitaban para ello "autorización" de un curador especial. Esta forma inaudita de divorcio se suprimió en 1940.

La Ley de 5 de octubre de 1940 estableció el trámite para el divorcio por mutuo consentimiento, que con leves modificaciones introducidas en 1958, nos da el texto (excesivamente largo e informe) de los actuales artículos 129 y 130 del Código Civil:

Art. 129: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, 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:

1º Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2º El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio;

3º La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos".

Art. 130: "Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez Provincial les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deban quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, con todos los cargos, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a la reglamentación siguiente, en lo relacionado con la destinación de los hijos:

1º 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;

2º Los hijos púberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan;

3º 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;

4º Tampoco se confiará a la madre el cuidado de los hijos si el divorcio se ha decretado por adulterio de la mujer, por amenazas graves y frecuentes contra la vida del marido, o por

tentativa contra la vida del marido, en el que la mujer hubiera sido declarada autora o cómplice;

5º 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 igualmente grave y contagiosa, o fuere toxicómana, o hubiere sido condenada a sufrir una pena de tres o más años de prisión o reclusión;

6º El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue del cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad;

7º 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 del 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 arriba citados como suficiente para privar a la madre del cuidado de los hijos, podrá también ser privado de ese cuidado;

8º En el caso de que ambos padres se hallaren inhabilitados para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres, correspondería la guarda legítima, según las reglas dadas en el Art. 409. A falta de todas estas personas, el juez señalará el asilo o institución en que deban ser internados, fijando, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre para atender a la crianza y educación de los hijos; todo lo cual se resolverá a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El cobro de tal pensión se hará por apremio, en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible de recurso de apelación, pero sólo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también, susceptible de recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo.

El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventile definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cón-

yuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos".

a) Ya hemos examinado, a propósito del juicio de divorcio por causales, el problema de la comparecencia de los cónyuges: deben comparecer por sí o por medio de procuradores; si son menores de edad pero ya han cumplido 18 años, tienen capacidad especial para estar en juicio por sí solos, y si aún no han llegado a los 18 años requieren en el divorcio por mutuo consentimiento "autorización" de su curador general o especial (Art. 131), mientras que en el juicio por causales deben ser "representados" por el curador.

El Art. 129 no exige expresamente que el poder especial sea conferido por medio de instrumento público, mientras que el Art. 116 sí pide para el matrimonio que se confiera el poder especial para el matrimonio por acto ante Notario, y parece lógico que también para el divorcio por mutuo consentimiento se exija igual formalidad. La ley, una vez más resulta incompleta y defectuosa.

Así como se exige para el matrimonio la prueba de la identidad de los contrayentes y otros particulares, mediante la declaración de dos testigos, también sería prudente la misma solemnidad para su disolución por mutuo consentimiento, evitando así suplantaciones y procurándose de este modo garantizar por lo menos la apariencia de un "libre y espontáneo consentimiento", que la práctica demuestra que no existe nunca el llamado divorcio "por mutuo consentimiento", ya que la realidad profunda es la de que hay un cónyuge que impone al otro el divorcio en esta forma, usando de la presión económica, del chantaje, o abusando simplemente de la ignorancia e ingenuidad.

b) Juez competente es el del domicilio de la mujer. Aunque no se dice de modo expreso que la mujer puede tener domicilio distinto del marido, se da esto por supuesto, y parece aplicable la norma del caso del divorcio por causales: la simple residencia de la mujer equivale a domicilio, aunque no tenga la intención de permanecer en ella. Sólo si la mujer está fuera de la República, es competente el juez del domicilio del marido.

Hay jurisprudencia declarando la nulidad del proceso por no haberse probado el domicilio del cual depende la competencia del juez. Tal resolución es muy lógica, porque la estabilidad del matrimonio sigue siendo una cuestión de orden público y no cabría que por un acuerdo colusorio pudieran los cónyuges obtener un divorcio válido declarado por juez incompetente.

c) El trámite es el verbal sumario, lo mismo que en el divorcio por causales, pero con algunas peculiaridades. Una sentencia ha declarado que no puede convertirse el divorcio planteado por causales, en un divorcio por mutuo consentimiento.

Una de las diferencias de trámite consiste en que la audiencia

de conciliación no puede reunirse antes de dos meses de presentada la demanda y requiere nueva petición de los cónyuges o sus procuradores.

En la audiencia de conciliación el juez debería procurar la reconciliación (Art. 138, Art. 1133, etc.), pero ya sabemos que la comparecencia por medio de procuradores y la no asistencia personal del juez, suelen frustrar este intento. En la misma audiencia se debe resolver necesariamente lo relativo a la situación en que quedarán los hijos, y si no se resuelve, el juez debe abrir un término de prueba de seis días para establecer los hechos que conducirán a determinar a cargo de quien debe quedar la prole.

Se discutió mucho sobre si este trámite judicial constituía un caso de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, y en consecuencia (cuando se exigían tres instancias) si podía pronunciarse la sentencia disolviendo el matrimonio en el caso de que uno de los cónyuges retirara su consentimiento, o si por el contrario, la retractación del consentimiento ponía fin a la acción en cualquier estado de la causa. Hubo sentencias contradictorias en esta materia. Hasta que la Corte Suprema en pleno resolvió el 17 de junio de 1931 que: "Si en cualquier estado del juicio de divorcio consensual hasta que se firme el fallo de tercera instancia, se manifiesta por parte de uno de los cónyuges, en solicitud presentada en autos, la retractación de su consentimiento, se debe negar el divorcio en ese juicio".

En lo demás, el trámite es sustancialmente igual al divorcio por causales.

169.— Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos.

Ya sabemos que las primeras leyes de divorcio ni siquiera mencionaban a los hijos, y por primera vez en 1935 se hizo referencia solamente al derecho de alimentos; en 1940 se introdujo una minuciosa reglamentación para regular la situación económica y jurídica en que quedan los hijos de divorciados; esa ley era muy defectuosa, y en parte, al menos se corrigieron sus errores en la de 1958.

En sus lineamientos generales podemos decir que actualmente rigen estos principios: a) debe prevalecer la convención de los padres respecto del futuro de los hijos; b) a falta de convenio, resuelve el juez de conformidad con reglas rígidas; c) la situación en que quedan los hijos puede modificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres, o sus cambios de fortuna, etc.; d) en todo caso, la regulación de esta situación es condición imprescindible para que el divorcio pueda inscribirse y surtir sus efectos civiles.

a) Lo que los padres convengan en la audiencia de conciliación o después, decide la situación de los hijos. Bien pueden convenir algo que no sea conveniente para los hijos, el juez no tiene en este caso facultad de modificar lo convenido. La ley le da poderes al juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres. Esto desde luego es altamente inconveniente: los padres que no tienen escrú-

pulo en dejar a sus hijos sin hogar, no merecen la confianza absoluta de la ley; el juez debería poder modificar lo resuelto por los padres, aunque estén ellos plenamente de acuerdo.

Respecto del ejercicio de la patria potestad, desde 1958 se ha concedido que la ejerza aquel de los padres que tiene a su cuidado los hijos, y se trata de una disposición muy práctica, ya que de otro modo podía ser uno el que tuviera los hijos bajo su cuidado y otro el que gozara del usufructo de sus bienes y quien tuviera que representar o autorizar a los hijos para cualquier acto jurídico, con los inconvenientes que naturalmente tenían que presentarse.

Pero también pueden los padres, esta vez sí con autorización del juez, conferir la patria potestad no al cónyuge a cuyo cuidado quedan los hijos sino al otro cónyuge (Art. 286 del Código Civil), y esta posibilidad quita la excesiva rigidez que antes de 1958 tenían estas reglas. Bien puede suceder que los hijos queden por ejemplo a cuidado de la madre por ser ella la más apta para cuidarlos y educarlos, y que sin embargo, no pueda materialmente ejercer la mujer la patria potestad por falta de preparación para los negocios y la administración de los bienes de los hijos.

Al final del Art. 130 se dice "Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos". Esta frase es muy ambigua. Puede referirse a la representación en el juicio de divorcio, representación ejercida por uno o más curadores; puede referirse a la representación después del juicio, y que correspondería normalmente a quien ejerza la patria potestad. Tal vez esta oscura norma permite nombrar un curador adjunto al padre o madre que ejerzan la patria potestad y confiarle a él la representación en ciertos casos. No creo, en cambio que se pueda dividir totalmente la patria potestad, confiriendo a un padre la administración y usufructo de los bienes y al otro la represenatción de los hijos, ya que desvirtuaría el concepto de patria potestad.

El Código de Menores, en el Art. 54 permite al Tribunal de Menores suspender o declarar terminada la patria potestad cuando la persona que la ejerza se halle en cualquier circunstancia que coloque al menor en peligro material o moral. Esta regla suaviza el rigor del Código Civil, y podría evitar los abusos de los padres que convinieran dejar a los hijos a cuidado del menos apto para cuidarlos y educarlos, pero en la práctica la intervención del Tribunal de Menores suele ser ineficaz. Además, se supone que para tomar aquellas medidas, se deben dar situaciones verdaderamente extremas, y muchos casos, menos graves quedan sin ningún remedio.

¿Qué pasa con los hijos adoptivos en caso de divorcio de los padres adoptantes?. La ley guarda silencio. Posiblemente, pueden los adoptantes resolver con igual libertad sobre la situación de estas infelices criaturas. Sería lógico que el juez pudiera privar a ambos divorciados del cuidado de los hijos adoptivos con mayor facilidad que aquella con la que se les puede privar de sus hijos propios; a veces, podrían

volver al seno de su familia de sangre, otras, quizá confiarse al cuidado de otra persona extraña o de una institución benéfica.

Muchos autores, como por ejemplo Carnelutti, consideran que debe prevalecer el interés de la formación de los hijos, y que no es razonable que se acepte sin discriminación cualquier convenio de los padres. Debería corregirse ese defecto del Código Civil.

La Asamblea Nacional Constituyente, el 22 de febrero de 1947, dictó una resolución en el sentido de que la madre que tuviera hijos bajo su cuidado, no podrá sacarlos del territorio de la República, sin el consentimiento del padre. Esta resolución está publicada en R. O. Nº 833 de 14 de marzo de 1947. Sin embargo, no ha sido recogida en la recopilación del Código Civil de 1950 ni en la de 1960, por lo que no se la puede considerar vigente. Sería sin embargo conveniente consagrar esa prudente regla.

b) Así como en el caso de convenio entre los padres peca el Código de excesivamente libertal y confiado, en cambio se pasa al extremo opuesto cuando no hay ese acuerdo y da al juez normas rígidas para resolver la situación de los hijos: 1) Los impúberes hombres o mujeres, y las hijas de toda edad deben quedar al cuidado de la madre; 2) Los varones menores adultos escogen aquel de los padres a cuyo cuidado deben quedar; 3) Las dos reglas anteriores se alteran por inhabilidad física o moral del padre a cuyo cuidado deberían quedar, o por pasar aquel a nuevo matrimonio; 4) a falta de padres se entrega los hijos a quien debería ejercer la guarda legítima; 5) a falta de todos los anteriores "el juez señalará el asilo o institución en que deban ser internados".

En las cinco reglas anteriores se resume el largo y defectuoso Art. 130 en lo referente a los hijos, cuando los padres no llegan a un acuerdo. Pero hay que observar que dicho artículo se refiere más precisamente a *algunas* causas de inhabilidad física o moral de los cónyuges y no a todas. Así por ejemplo, enumera la "sífilis, tuberculosis o lepra u otra enfermedad igualmente grave y contagiosa", sin introducir aquí la reforma que al respecto se introdujo en el Art. 132, respecto de las enfermedades como causa de divorcio. Tampoco guarda equidad el Código, pues, mientras a la madre se le *debe* privar del cuidado de los hijos, en esos casos previstos, en cambio, al padre únicamente se le *puede* privar del cuidado. En el un caso el juez tiene que obrar necesariamente, en el otro, sin razón alguna, hay solamente una facultad discrecional.

Pero el error más grave de la ley consiste en dejar que los varones que han cumplido los 14 años y no tienen aún 21, sean ellos mismos quienes elijan aquel de los padres a cuyo cuidado deban quedar. Absurda es la disposición, puesto que en materia de gravísima trascendencia se da capacidad jurídica a quienes no la tienen para asuntos de menor importancia. Asurda la ley que deja a la resolución de los jóvenes, lo que debería resolver el juez meditando maduramente y con los debidos datos e informes. Fácilmente los menores sufrirán el in-

flujo prevalente de uno de los padres y resolverán lo que éste les diga, y así se puede imponer la voluntad del más hábil o enérgico. También es fácilmente previsible que los hijos resuelvan quedarse con el padre menos exigente, el que menos les controlará, con grave perjuicio de su educación. Y no hay que ponderar el conflicto psicológico y moral, superior a su edad, que esta inhumana ley puede crear, obligando a postergar el cariño de uno de los padres y escoger al otro, lo cual no puede realizarse sin agravio del preterido.

c) El cónyuge que se vuelve a casar pierde el cuidado de los hijos, según el defectuoso artículo 130. No se ha previsto el caso de que ambos se vuelvan a casar, en el cual ambos perderían el cuidado de los hijos. También aquí se requeriría una reforma en el sentido de que en caso de volverse a casar uno de los padres, el otro pudiera pedir que se le entregue el cuidado de los hijos, siempre que él a su vez no haya contraído matrimonio y sea persona hábil moral y jurídicamente, para cuidar de los hijos.

Las inhabilidades físicas, morales o legales que sobrevengan autorizan a cambiar el cuidado de los hijos. También se puede cambiar solamente lo relativo a los gastos de mantenimiento de los menores, que el juez debe repartir entre los padres en proporción a sus posibilidades. La ley sería más justa si tuviera en cuenta en este punto también la culpabilidad o inocencia del padre.

En cuanto al caso de inhabilidad de ambos padres, hasta 1958 la ley disponía inhumanamente que los hijos debían ser necesariamente internados en un asilo. Queriendo corregir esta rígida norma, en 1958 se estableció que se confiará en tal caso los hijos a "la persona a quien a falta de los padres, correspondería la guarda legítima", y esta norma también resulta demasiado absoluta: esa persona puede tener ya una familia numerosa, una avanzada edad (abuelos, tíos, etc.), una situación hogareña difícil, y no resulta equitativo que la ley le imponga la pesada carga de cuidar de los hijos de su pariente divorciado. Sería mejor que el juez *pudiera* confiar los hijos a quienes están llamados a ejercer la guarda, o a otras personas que reunan condiciones humanas favorables para hacerse cargo de los menores; bastaría que la ley ordenara *preferir* a los parientes aptos que quieran y puedan hacerse cargo de esos huérfanos creados por la ley y la dureza de los padres.

170.— Efectos del divorcio respecto de los cónyuges.

a) El principal efecto del divorcio respecto de los cónyuges, es la ruptura del vínculo civil, dejándoles en aptitud de contraer nuevas nupcias.

Este efecto, y los demás por regla general que admite excepciones, se produce solamente desde la inscripción en el Registro Civil. No basta, pues, que la sentencia esté ejecutoriada.

Además, en lo relativo a la posibilidad de contraer nuevas nupcias, se requiere que transcurra por lo menos un año desde "la media

noche del día en que quedó ejecutoriada la sentencia". Esta regla obliga a ambos cónyuges desde la reforma de 1961 (R.O. 78 de 9 de febrero de 1962), que deroga tácitamente las disposiciones del Art. 128 del Código Civil que permitían al varón contraer inmediatamente nuevo matrimonio, y a la mujer, solamente después de 300 días, salvo complicadas e irreales excepciones que también están tácitamente derogadas.

b) El divorcio da fin a la sociedad conyugal, conforme al Art. 1820 del Código Civil. Además el Art. 135 permite que la mujer solicite en el mismo juicio de divorcio la liquidación de la sociedad conyugal:

Art.135: "La mujer tendrá derechó a solicitar que en el mismo juicio de divorcio se liquide la sociedad conyugal y se fije la cantidad que se le ha de entregar de conformidad con el artículo anterior".

Este efecto es tan importante que ha llegado a sostenerse que la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en la liquidación de la sociedad conyugal; pero este parecer es inexacto. En realidad la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en su inscripción en el Registro Civil, y desde ese momento se producen sus efectos, más o menos importantes, pero simples efectos.

El Art. 135, además, simplemente *permite* que la mujer, y sólo ella, pida la liquidación de la sociedad conyugal, en el mismo juicio de divorcio, pero, como la jurisprudencia lo ha aclarado muy bien, esto no significa que *deba* necesariamente liquidarse la sociedad conyugal dentro del mismo juicio; antes bien, puede liquidarse la sociedad conyugal después del divorcio y en juicio aparte. Más aún, la liquidación es una consecuencia de la terminación de la sociedad conyugal, y ésta no termina por iniciarse el juicio de divorcio, sino cuando la sentencia se ejecutoría e inscribe, por consiguiente es más lógico que se produzca la liquidación después del divorcio, y si se tramita durante el divorcio, solamente surtirá sus efectos en el caso de que la sentencia declare el divorcio y se ejecutoríe e inscriba.

La liquidación de la sociedad conyugal puede realizarse con cierto efecto retroactivo. En Francia, se retrotraen los efectos al momento en que se presentó la demanda de divorcio. En nuestro sistema, por lo menos los Art. 137 y 139 dan cierto efecto retroactivo a la liquidación, porque ordenan que no tenga parte el marido, y que no se consideren ingresados en la sociedad conyugal por consiguiente, los bienes excluídos por la mujer y los que, aún sin ser excluídos, hubiere administrado separadamente, en el caso de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales por más de tres años. He aquí dichos artículos:

Art. 137: "En la liquidación de la sociedad conyugal que se verifique a consecuencia del divorcio, el marido no tendrá parte alguna en los bienes adquiridos por la mujer como administradora de sus bienes propios que hubiere excluído anteriormente de la administración del marido".

Art. 139: "Si se disolviere el vínculo matrimonial por la cau-

sal de separación con ruptura de las relaciones conyugales, para la liquidación de la sociedad conyugal no se tomará en cuenta los bienes que hubiera adquirido el cónyuge agraviado con su trabajo exclusivo, pues, en este caso, dichas adquisiciones se considerarán como patrimonio personal de tal cónyuge".

c) Con el divorcio, al disolverse el vínculo civil, cesan los deberes de convivencia, protección, obediencia, sucesión legítima y los derechos y deberes conexos con ellos, como el domicilio legal de la mujer, etc. Lógicamente, que como en esto la ley civil se aparta de los dictados del derecho natural, sí subsisten esos deberes como obligación moral. Este es uno de los casos en que la ley crea graves problemas de conciencia, por apartarse de las normas de la justicia natural.

d) El cónyuge inocente puede revocar las donaciones que hubiere hecho al otro cónyuge, según lo dispone expresamente el Art. 136:

Art. 136: "El cónyuge 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".

Resulta difícil precisar qué deba entenderse por "otro delito de igual gravedad". En el plano penal, sería el sancionado con la misma pena. Pero entre las causas de divorcio, aparte de las ya enumeradas en el Art. 136, solamente creo que debe considerarse "de igual gravedad", en un sentido civil, amplio, los actos ejecutados por el marido con el fin de corromper a su mujer (numeral 7º del Art. 132), ya que las demás causales de divorcio, no implican siquiera *delito* del un cónyuge contra el otro.

Aunque no lo dice expresamente la ley, parece razonable que no habría lugar a la revocatoria de las donaciones si el divorcio se declara reconociendo culpabilidad en ambos cónyuges. El que puede revocar es únicamente el "inocente", o sea aquel que no ha sido culpable.

Las cosas donadas deberán restituirse, siguiendo las reglas generales, y probablemente debe considerarse poseedor de mala fe al cónyuge condenado. Habría sido preciso que la ley aclarara este punto.

e) Desaparecen por el divorcio las prohibiciones, restricciones de la capacidad y más consecuencias similares, del matrimonio. Por esto, si la mujer es mayor de edad, será normalmente capaz. Los robos, estafas, etc. de uno a otro, ya no quedan impunes. Pueden celebrar cualquier contrato los ex-cónyuges entre sí.

f) Si ambos cónyuges han arrendado el edificio del hogar común, el juez tendrá que decidir a cargo de quién deba quedar.

g) La mujer pierde el derecho de usar el apellido de su ex-marido.

A pesar del divorcio, el matrimonio continúa produciendo algunos efectos en el futuro. Tenemos una especie de ultraactividad de la institución jurídica disuelta por el divorcio:

1. Es dudoso si el ex-cónyuge puede ser testigo en materia pe-

nal respecto de asuntos inculpados al otro. El Art. 70 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al "cónyuge", pero parece lógico pensar que el divorciado continúa con la inhabilidad, o que por lo menos, no podría ser obligado a testificar contra el otro, si no quiere hacerlo. El Art. 237 del Código de Procedimiento Civil, plantea igual duda respecto del testimonio en materia civil. Por lo menos, parece evidente que el ex-cónyuge no podría ser testigo imparcial en lo relativo a hechos ocurridos durante el matrimonio, aunque tal vez sí pueda admitirse su testimonio en lo referente a cosas sucedidas después de disuelto el vínculo civil, es decir, cuando ya no es cónyuge.

2. La afinidad que se haya establecido por el matrimonio, conforme al Art. 26 del Código Civil), no desaparece con el divorcio, y las inhabilidades que de ella derivan, así mismo permanecen.

3. Aunque el derecho de alimentos termina con el divorcio, sin embargo, la ley protege especialmente a la mujer asegurándole su cóngrua sustentación hasta con la quinta parte de los bienes del marido, salvo que ella sea la culpable del divorcio por algunas de las causales de ley. Esa quinta parte de los bienes (u otra parte menor, según la situación económica de la mujer), equivalen a una provisión alimenticia, aunque no tiene los caracteres de periodicidad y otros del derecho de alimentos.

Más justa parece en esto la ley alemana que no extingue el derecho de alimentos, sino cuando el ex-cónyuge se vuelve a casar.

También sería razonable que se previera en nuestra ley el caso inverso, el del marido inocente que quede sin bienes para su cóngrua sustentación y sin posibilidad de trabajar, por ejemplo en el caso del divorcio sentenciado por enfermedad grave del mismo marido, o peor aún, si ha dado lugar al divorcio la mujer, por adulterio, etc. Pero la ley nada dice al respecto:

Art. 134: "En todo divorcio la mujer que carece de lo necesario para su cóngrua sustentación 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 hubiere declarado por cualesquiera de las causas determinadas en el Art. 132 y 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 conyugal con el marido.

Esta asignación de *hasta* la quinta parte de los bienes del marido, en favor de la mujer inculpable del divorcio, tiene una semejanza con la porción conyugal, como lo afirma una sentencia de la Corte Suprema con mucho acierto, y por ende, debe tomarse como punto de referencia la situación económica de la mujer al momento en que se pronuncia el divorcio, sin que los posteriores cambios de fortuna puedan acrecentar o disminuir ese derecho, aunque no se haya hecho efectivo inmediatamente.

La redacción del Art. 134 es bastante defectuosa y por lo mismo da lugar a algunas dificultades de interpretación. La expresión: "divorcio que se declare o se hubiere declarado", podría dar margen a que se piense que aún el divorcio por mutuo consentimiento puede ser calificado por el juez como producido por la culpa de la mujer, ocasionando así la pérdida de su derecho, pues de otro modo, no se explica que el legislador hable de divorcio "que se declare o se hubiere declarado"... También las palabras "sociedad conyugal con el marido", no tienen razón de ser en nuestro sistema jurídico en el cual no cabe otra sociedad conyugal que la que se establece entre cónyuges.

Aparte de los efectos generales del divorcio, que acabamos de señalar, existen otros efectos especiales del divorcio producido por determinadas causas. Ya sabemos que en los casos de adulterio, sevicia, atentado contra la vida, el cónyuge inocente puede revocar las donaciones hechas al otro cónyuge. Por otra parte, el divorcio por adulterio hace imposible que el adúltero contraiga matrimonio con su correo en el delito (Art. 109, 2º), mientras sí puede celebrar matrimonio con otra persona. La ley civil es excesivamente rígida en este punto, pues no admite dispensa alguna. Sin embargo esta inflexible ley puede fácilmente ser burlada: si los cónyuges convienen en divorciarse por mutuo consentimiento, ya que en este caso no podrá acusarse el adulterio, y no estando probado, tampoco podrá impedirse el nuevo matrimonio con el adúltero.

Cabe preguntarse, finalmente, si el divorcio puede extinguir la acción de nulidad del matrimonio ya comenzada, o impedir que se proponga tal acción. Como la acción de nulidad es irrenunciable y afecta al orden público, considero que no se extingue por el divorcio. Además, la ley no lo dice de modo expreso. Si bien es cierto que contra esta opinión puede algarse el principio de que el matrimonio no puede volver a disolverse estando ya disuelto. De todos modos, parece que la declaratoria de nulidad, que puede producirse una serie de efectos retroactivos, sí interesa y podría intentarse con éxito, después del divorcio, ya que no se trata de disolver nuevamente el matrimonio, sino de establecer judicialmente cuál es la causa de tal disolución, con sus respectivas consecuencias, que en uno u otro caso son o pueden ser muy diversas.

171.— El divorcio en el Derecho Internacional Privado.

Los principales problemas que plantea el divorcio en el derecho Internacional Privado son: a) La competencia del juez o tribunal; b) La ley aplicable al derecho de divorciarse; c) La posibilidad de renunciar a la acción según una u otra ley; d) La ley aplicable a las causales; e) La ley aplicable al trámite; f) Los efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio.

a) El artículo 140 del Código Civil parece atribuir una competencia exclusiva y generalísima a los jueces ecuatorianos para los jui-

cios de divorcio: "La demanda de divorcio —dice— se propondrá ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador". Por consiguiente, el elemento de conexión que adopta nuestra ley es el domicilio.

Pero no creo que pueda interpretarse el referido artículo según su tenor rigurosamente literal.

Más bien, hay que pensar que el Art. 140, *supone* que exista competencia internacional de un juez ecuatoriano, y sobre tal suposición, indica cuál de los jueces de esta nación es el competente. Por consiguiente, no siempre bastará como elemento de conexión el domicilio, será preciso algo más, por ejemplo que ese domicilio sea *actual* (aunque haya simultáneamente otro en el exterior), o bien que el cónyuge o parientes (hijos), sean ecuatorianos, y por lo mismo, resulte aplicable a esta "relación de familia" el Art. 14 del Código Civil.

El Art. 149, con más precisión, y más de acuerdo con los principios generales del Derecho Internacional, señala un caso en que sí es únicamente competente el juez ecuatoriano: cuando se trata del matrimonio de ecuatoriano que además haya sido celebrado en el Ecuador:

Art. 149: "Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos".

La competencia exclusiva del juez ecuatoriano supone, pues, que uno o ambos cónyuges sean ecuatorianos, y conjuntamente con este vínculo de conexión, además, que el matrimonio se haya celebrado en el Ecuador. Por consiguiente, si falta uno de los dos elementos, sí puede ser competente el juez extranjero: concretamente en estos casos: si ambos cónyuges son extranjeros, o si el matrimonio no se celebró en el Ecuador; y desde luego, si se trata de disolver el matrimonio contraído por extranjeros en el extranjero.

Respecto del último caso planteado, o sea del divorcio de extranjeros casados en el exterior, la Corte Suprema resolvió en pleno, el 16 de mayo de 1955 (G. J. IX, 2, p. 141) lo siguiente: "Que en los juicios de divorcio, promovidos por extranjeros casados en el exterior, para que el juez ecuatoriano que conozca de aquellos asegure su competencia por razón del domicilio matrimonial, los cónyuges deben justificar plenamente en el proceso que ambos han obtenido el permiso definitivo de residencia otorgado por la Dirección de inmigración y extranjería, y que realmente han establecido dicho domicilio en el territorio ecuatoriano, de acuerdo con las reglas determinadas en el Art. 50 y siguientes del Código Civil". Solamente, afirmado así el domicilio de hecho y de derecho en el Ecuador, y que afecta a ambos cónyuges (domicilio matrimonial), adquiere competencia el juez ecuatoriano en estos casos. Y aún así, no creo que sea una competencia excluyente, sino que al contrario, también los jueces extranjeros podrían

ser competentes, y habría por lo mismo lugar a la prevención de competencia.

b) En cuanto al derecho mismo de divorciarse, o sea al carácter disoluble del matrimonio, el Derecho Internacional Privado universalmente adopta el principio de la "acumulación de estatutos", es decir, que se permite el divorcio únicamente si lo admiten conjuntamente tanto la ley que rigió la celebración del matrimonio, como la ley del lugar en que se pretende obtener el divorcio.

La acumulación de estatutos ha sido adoptada por las más importantes convenciones internacionales sobre esta materia, así como la de La Haya de 1902, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Sánchez de Bustamante, nuestro Tratado con Colombia, de 1903, etc.

La estabilidad del matrimonio es una cuestión de orden público internacional y por esto no puede disolverse por divorcio un matrimonio tanto si lo prohibe la ley de lugar donde se sigue el juicio (lex fori), cuanto si lo impide la ley que rige el mismo matrimonio. Esta última a su vez puede ser la nacional de los cónyuges o bien la del lugar en que se celebró, o más frecuentemente, ambas, puesto que suelen combinarse, conforme a los tratados y principios de Derecho.

Estos principios están parcialmente consagrados también en nuestro Código Civil: dice el Art. 106:

Art. 106: "El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas".

El artículo transcrito implica, pues, la acumulación de estatutos en el caso de disolución en el Ecuador del matrimonio celebrado en el exterior. No considera el caso inverso, o sea la acumulación de estatutos en los divorcios pronunciados en el exterior; pero si bien el Código Civil no lo ordena, en virtud del Código Sánchez de Bustamante, y de los principios generales de Derecho, incluído el de reciprocidad, es necesario afirmar que también en este caso inverso rige la acumulación.

Ciertamente que este artículo 106 ha quedado muy desvirtuado por la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902 y sus reformás posteriores que han destruído de hecho el carácter indisoluble del matrimonio ante la ley civil. A pesar de que se continúa definiendo como contrato "indisoluble" y "por toda la vida", sin embargo, el matrimonio civil ecuatoriano no es realmente lo que la definición afirma. Por consiguiente resulta difícil comprender que el Art. 106 pueda tener aplicación: ¿qué matrimonio no puede disolverse en el Ecuador? En principio, todos son disolubles (salvo el extraño caso del matrimonio del demente o del sordomudo). Por consiguiente, este artículo que cuando fué redactado por Don Andrés Bello tenía pleno sentido y razón de ser: estaba destinado a proteger un principio de orden público, el de la indisolubilidad, hoy ha llegado a desempeñar otra función de menor importancia, aunque inspirada todavía en un

tenue afán de defender a la familia. Ahora debe entenderse esta regla en el sentido de que las causales, el trámite, las condiciones jurídicas para obtener el divorcio en el Ecuador no pueden ser otras que las señaladas por las leyes ecuatorianas; si se aplica una ley extranjera, será solamente en cuanto coincida o no se oponga a nuestra legislación.

En cuanto al divorcio en el extranjero, conforme a las leyes extranjeras, no está prohibido por nuestra ley, pero sus efectos quedan notablemente limitados por lo dispuesto en el Art. 105.

c) La acción de divorcio, en principio, debe ser renunciable. Nada más lógico que quien quiera dar mayor estabilidad al vínculo civil de matrimonio, pueda hacerlo usando de su justa libertad, y conformándose así a lo que el mismo Derecho Natural establece.

En algunos países se permite expresamente la renuncia. En otros, incluso se presume la renuncia en ciertas circunstancias, por ejemplo en el derecho portugués, en el austríaco, etc. por el hecho de contraer matrimonio católico, se entiende renunciada la acción de divorcio. Sin razón alguna que lo justifique, nuestra ley prohibe la renuncia a la acción de divorcio, como si fuera interés público o protección de los individuos, el que su matrimonio quede sujeto a la eventualidad de destruirse.

Se plantea el problema de si puede renunciarse a la acción de divorcio en un país que lo permita, y como consecuencia de ello, si se queda en la imposibilidad de plantear dicha acción también en otro país que considere irrenunciable la acción. Concretamente: ¿puede un ecuatoriano renunciar a la acción de divorcio (cosa que prohibe el Art. 143 del Código Civil) en el exterior, en un país que permita la renuncia?, y si se ha renunciado, ¿puede intentarse el divorcio en el Ecuador?

El Dr. Lovato, defensor apasionado del divorcio, considera, sin embargo que la renuncia hecha en el exterior sí surtiría efecto.

d) Las causales del divorcio se suelen regir por la ley personal de los cónyuges. Así lo establece el Código Sánchez de Bustamante en el Art. 52: "El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio, se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges". Nótese que se adopta en este punto concretamente como ley personal la del domicilio, a diferencia de lo que se resuelve en otros puntos en cuanto a ley personal, en el C. S. de B. Esta disposición tiende a evitar los actos en fraude de la ley: el que se obtenga un domicilio con el exclusivo fin de divorciarse según la legislación menos rigurosa del lugar escogido.

Las causales del divorcio pueden también regirse por el criterio de la acumulación de estatutos, o sea, en forma que se exija que dichas causales figuren tanto en la ley del juez como en la personal de los cónyuges, si esta es distinta de aquella. Precisamente, este principio inspira nuestro artículo 105:

Art. 105: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas".

Con este artículo como con el 106 se pretende resguardar, —considerándola cuestión de orden público—, la estabilidad del vínculo matrimonial. Si en un país extranjero existe una forma de divorcio, o más exactamente, una causal de divorcio, no admitida por la ley ecuatoriana, ese divorcio en el extranjero no tiene sino muy limitados efectos en nuestro país, porque no puede admitirse la violación de nuestro orden público, aunque sea con el pretexto de la aplicación de una ley extranjera competente.

El Código Sánchez de Bustamante dispone en forma similar, inspirado en los mismos principios, que: "cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal". Es decir que cada nación puede fijar dentro de esos límites, qué elementos considera de orden público, para darles una validez absoluta.

Desde luego, no podría divorciarse alguien en el Ecuador, por alguna causa no contemplada por nuestras leyes. Según el Art. 54 del Código Sánchez de Bustamante las causales del divorcio, por ser de orden público internacional, se rigen por la ley territorial (sin perjuicio de la acumulación, como hemos visto), y por lo tanto, sólo las causales contenidas en nuestras leyes permiten obtener el divorcio en el Ecuador.

Pero, además, los hechos que originan el divorcio deben haberse producido *después* de haberse obtenido el domicilio en el Ecuador, para que puedan alegarse ante nuestros tribunnales. Así lo exige la doctrina del fraude de la ley, y lo acepta el C. S. de B.

Para hacer más eficaces estos principios, la Corte Superma en sesión plenaria aprobó esta resolución el 14 de junio de 1954: "Que los Jefes de Registro Civil se abstengan de anotar el divorcio declarado por un juez de otra nación, y, en general cualquier fallo sobre estado civil, mientras no se les notifique la sentencia ejecutoriada del juez ecuatoriano que autorice dicha anotación para los efectos consiguientes, so pena de la responsabilidad del funcionario respectivo" (G. J. IX, 2, p. 240). En tal forma, la extraterritorialidad de la sentencia extranjera queda limitada por las exigencias del orden público internacional. El juez ecuatoriano debe examinar si el fallo extranjero se ajusta a lo prescrito por nuestra ley, y solamente en ese caso, autorizará la anotación del divorcio, con lo cual entrará a producir sus efectos. Estos divorcios, desde luego, no pueden ser de ecuatorianos que se hubieren casado en el Ecuador, pues, en tal caso, ningún valor tendría la sentencia extranjera conforme al Art. 149; luego se trata de

ecuatorianos casados en el exterior, o de extranjeros que hubieren contraído matrimonio en cualquier lugar.

Pero, para los extranjeros que se hubieren casado en el exterior, existe otra declaración obligatoria de la Corte Suprema, de fecha 23 de setiembre de 1955: "Que no pueden inscribirse legalmente las sentencias de *divorcio* concernientes a matrimonios celebrados en el extranjero y por extranjeros, por no existir en el Registro de Matrimonios la partida correspondiente a tales matrimonios, a cuyo margen debería anotarse la sentencia" (G. J. IX, 2, p. 242).

e) En cuanto al *trámite* del divorcio en el Ecuador, tiene que someterse plenamente a la ley de este país, sean quienes sean los litigantes, y con independencia del lugar del matrimonio y de las leyes que haya que aplicar a la cuestión de fondo. Es un principio universalmente admitido que las leyes procesales son rigurosamente territoriales.

Solamente podría haber lugar a la aplicación incidental de una ley extranjera en materia procesal, respecto de ciertos actos, principalmente pruebas, que tengan que verificarse en el exterior, y que se obtengan mediante un deprecatorio a jueces o autoridades extranjeras. Por ejemplo, si en un juicio de divorcio en el Ecuador, se requiere el testimonio de personas que están fuera del país, una inspección, exhibición de documentos en el extranjero, etc., el juez deprecado se ajustará a sus propias leyes en cuanto a la forma de recibir esas pruebas u otros actos deprecados. Pero en cuanto se rinda esa prueba y haya de surtir efecto en el Ecuador, debe ajustarse al nuestro, como lo ordena el Art. 17 del Código Civil.

f) En principio el divorcio puede y debe producir efectos extraterritoriales, pero la necesidad de defender el orden público, limita tales efectos. Principalmente se reconoce el derecho de no admitir que el divorcio extranjero habilite para contraer nuevo matrimonio en el exterior. Esto último está expresamente admitido en las convenciones de La Haya de 1902 y 1905, en los Tratados de Montevideo, en el Código Sánchez de Bustamante, etc. Nuestro artículo 105 se conforma exactamente a esos principios generalmente admitidos.

Por tanto, según nuestra ley, el divorcio en el extranjero, que no se ajuste a nuestras leyes, sí puede producir algunos efectos en el Ecuador, por ejemplo, la liquidación de la sociedad conyugal, la pérdida del derecho de herencia, alimentos, domicilio, etc., "pero no habilita a ninguno de los dos cónyuges (aunque sea extranjero) para casarse en el Ecuador, mientras viviere el otro cónyuge" (Art. 105). Más exacto sería decir: "mientras no se disolviere el matrimonio conforme a la ley ecuatoriana", puesto que, podría intentarse un divorcio válido en el país, o la declaración de nulidad o de muerte presunta.

En cuanto a los efectos del divorcio respecto de los hijos, el Código Sánchez de Bustamante da preferencia a lo que acuerden los padres sobre la situación y cuidado de ellos. Si no hay dicho acuerdo, se aplica la ley personal común de los cónyuges, si la hay; en su defec-

to, la del cónyuge de buena fe; y finalmente, la del varón a falta de toda otra (Art. 49).

CAPITULO XVI

EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

172.— Diversos sistemas respecto de los efectos personales.

Los efectos jurídicos del matrimonio se producen principalmente en el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges y en el de sus bienes.

En cuanto a los efectos personales, los diversos sistemas legales admiten muchas variaciones entre los extremos opuestos consistentes en que el matrimonio no produzca ninguna modificación en la situación o estatuto personal de los cónyuges, o bien, por el contrario, que influya profundamente en él.

Cuando se producen tales alteraciones jurídicas, éstas suelen afectar fundamentalmente a la mujer, para unificar en una u otra forma su situación a la del marido, o en todo caso, para dar a éste una posición prevalente en el hogar. Así, es frecuente que las leyes impongan a la mujer casada el apellido del marido, su domicilio, su nacionalidad, etc. Pero lo más importante modificación suele ser la disminución o aún la anulación de la capacidad jurídica de la mujer casada. Nuestro sistema, como veremos, ocupa un término medio entre los extremos, y dada la evolución sufrida por nuestras leyes, sobre todo en este siglo, se ha aproximado cada vez más al principio de la no modificación del estatuto de la mujer por el matrimonio.

El Art. 142 de nuestra Carta Política de 1945 —de tan efímera duración—, declaraba que "el matrimonio se fundamenta en el principio de la igualdad de derechos de ambos cónyuges". Esta vaga fórmula dió lugar a graves dudas sobre la interpretación de nuestras leyes. El Dr. Ramón Balarezo consideraba que en consecuencia del precepto constitucional quedaba derogada la norma del Código Civil según la cual la mujer debe seguir al marido donde éste traslade su residencia, y que así mismo, ya no tendría la mujer obligación de obedecer a su cónyuge. En cuanto a los bienes consideraba simplemente imposible de aplicar en la práctica el referido precepto constitucional, Y la Academia de abogados aceptó este criterio.

Derogada la Constitución del 45, se volvió al régimen tradicional, y como por una parte no era evidente la derogación de las disposiciones referidas del Código Civil, y por otra parte el nuevo sistema jurídico inaugurado por la constitución de 1946-47 dejó vigentes todos los códigos y leyes (incluído el civil), no cabe duda que hoy

rigen aquellas discutidas normas del Código Civil. La Constitución de 1967 ha vuelto a afirmar la igualdad fundamental de marido y mujer, pero falta todavía la aplicación de este principio mediante la adecuada legislación.

173.— Definición de la potestad marital.

El artículo 156 define la potestad marital así:

Art. 156: "Potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer".

Art. 155: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido".

Comparando estos dos artículos resalta el hecho de que la definición de la potestad marital hable exclusivamente de *derechos* del marido, y no mencione a las correspondientes obligaciones. Sería, sin duda, preferible que la definición hiciera referencia expresa tanto a los derechos como a las obligaciones, inseparables de aquellos. Sin embargo, tal vez, puede explicarse esta omisión, si se tiene en cuenta que el Art. 156 se refiere a "derechos que las leyes conceden", es decir, a los derechos rigurosamente positivos, mientras que en el Art. 155 se han mencionado las obligaciones de los cónyuges, obligaciones anteriores a toda ley positiva, naturales y que se desprenden de la esencia misma del matrimonio.

La potestad marital constituye, pues, el principio jurídico positivo, del cual derivan los derechos concretos del marido. Como toda "potestad", es un haz, un conjunto, de derechos, que luego se precisan. Pero su fundamento más remoto está precisamente en las obligaciones contraídas. Podríamos decir que el marido —como todo sujeto— tiene derechos, porque tiene obligaciones.

En cuanto a las obligaciones de los cónyuges, unas son comunes a ambos e iguales y recíprocas, mientras que otras son peculiares de cada uno. Son iguales y recíprocas: la fidelidad, el socorro y la ayuda en todas las circunstancias de la vida. Obligación propia del marido es la de protejer a su mujer, y obligación exclusiva de la mujer, la de obediencia al marido. De estas fundamentales obligaciones derivan otras que son consecuencia necesaria, como la de convivir.

174.— La fidelidad.

Los cónyuges están obligados "a guardarse fe", dice el Art. 155, y esta obligación de la fidelidad recíproca, dimana de la naturaleza misma del matrimonio que es "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", como dice la magistral definición de nuestro artículo 91.

El deber de la fidelidad trasciende el campo puramente jurídico para penetrar de lleno en el exclusivamente moral. La fidelidad conyugal, en efecto, abarca un conjunto de obligaciones espirituales, de afecto, sentimientos, actitud y obras a los que el derecho no alcanza sino indirectamente. De todos modos, hay también una "fidelidad legal", exigible jurídicamente y que podría sintetizarse en la obligación positiva de tratar en todo al otro cónyuge como cónyuge, y en la obligación negativa de no tratar a nadie más que al cónyuge como a cónyuge. Sólo el cónyuge tiene derecho de realizar con el otro los actos propios de la procreación, sólo el cónyuge tiene derecho a la estrecha convivencia propia de marido y mujer, sólo el cónyuge goza de una determinada posición frente a la sociedad, sólo él tiene una ingerencia típica en los asuntos del otro consorte, de cualquier índole que estos sean, etc... Naturalmente, el Derecho sanciona positiva y negativamente estas obligaciones de múltiples maneras, pero la más importante es la sanción al adulterio, por ser éste también la violación más grave de la fidelidad conyugal.

La obligación de tratar al cónyuge como tal, implica, entre otras importantes cosas, el deber de no negarse sin justa causa a los actos propios de la procreación. El Derecho Canónico declara nulo el matrimonio en el cual se hubiera excluído desde el momento de contraerlo, el derecho a tales actos; y aunque nuestra ley positiva civil no hace esta declaración expresamente, sin duda, se desprende de la definición misma del matrimonio contenida en el Art. 91, y, en todo caso, se acepta también la nulidad del matrimonio en el caso de impotencia, y por lo mismo quien voluntariamente se determinara a actuar como si fuera impotente, no contraería matrimonio válido. La negación temporal del "debito conyugal" en cambio, es únicamente una injuria, si no hay una causa razonable que la justifique (enfermedad por ejemplo).

También resulta contraria a la fidelidad conyugal y a la principal finalidad del matrimonio el llamado "bird control" o control de la natalidad, aunque la ley civil hasta ahora ha guardado absoluto silencio al respecto, probablemente por no haberse previsto la difusión que en nuestros días han alcanzado los inmorales procedimientos para burlar a la naturaleza, o también por la dificultad de dictar normas positivas sobre materias tan íntimas, y en las cuales solamente un acendrado sentido moral puede guiar con rectitud la conducta humana.

En cuanto al adulterio tiene en nuestra ley sanciones civiles y penales. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años. Pero la eficacia de la sanción penal del adulterio queda prácticamente frustrada por la disposición del Art. 13 del Código de Procedimiento Penal que solamente permite intentar la acción al cónyuge ofendido "después de que se hubiere pronunciado el divorcio por esta causa", es decir que para sancionar al adúltero primeramente hay que dejarle libre del matrimonio al cual no ha sido fiel, lo cual es una incongruencia.

En el plano civil son sanciones del adulterio: la separación

conyugal judicialmente autorizada; el divorcio; la pérdida del derecho a la quinta parte de los bienes del marido que confiere el Art. 134 a la mujer "en todo divorcio", menos en los casos en que se pronuncia por su culpa; la revocatoria de las donaciones que le hubiere hecho el otro cónyuge, también en el caso de divorcio: la pérdida del derecho a tener bajo su cuidado a los hijos menores en el caso de separación o de divorcio; y la pérdida del derecho a los alimentos cóngruos, por tratarse de injuria gravísima.

No es preciso insistir en que el divorcio es una "sanción" mas bien ilusoria que real, y que a veces al menos, puede ser una especie de "premio" para el delincuente que queda libre y autorizado para contraer nuevas nupcias civiles.

175.— Obligación de cohabitar.

Ya la definición del Art. 91 señala el deber y derecho de los cónyuges de vivir juntos, puesto que es ese uno de los fines mismos del matrimonio. El Art. 157 precisa más este deber y derecho:

Art. 157: "El marido tiene derecho de obligar a la mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia. Cesa este derecho cuando su ejercicio acarrea peligro inminente a la vida de la mujer.

La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa".

Como se ve, es una de aquellas obligaciones recíprocas: ambos cónyuges están obligados a vivir juntos, y ambos podrían violar la obligación legal; pero la mujer cumple su obligación y goza de su derecho en forma subordinada a la voluntad del varón, pues es éste quien señala el lugar del domicilio y residencia común. La sujeción de la mujer parece un tanto exagerada en nuestro Código por cuanto se le dispensa de tener que seguir al marido únicamente en caso de "peligro inminente para la vida". Dada la igualdad de marido y mujer, que la nueva Constitución declara, será preciso moderar el rigor de esta regla.

Se plantea Fueyo la pregunta de si puede terminar el deber de convivencia por acuerdo bilateral de los cónyuges, lo cual en la práctica sucede con relativa frecuencia. El mismo autor contesta acertadamente que, no es legal ese pacto, porque va contra el orden público, porque la obligación de habitar en común es de Derecho necesario. Podríamos añadir, que ese pacto sería muchas veces como una renuncia de derechos que no afectan sólo al interés individual de los renunciantes sino también a los de terceras personas, particularmente de los hijos, que tienen derecho al hogar unido de los padres.

De la obligación de cohabitar deriva inmediatamente el que la mujer tenga también el domicilio legal donde tiene su domicilio el marido. Recordemos que dicho domicilio legal de la mujer casada, se mantiene mientras el marido conserva el domicilio, o mejor, mientras

"reside" en el Ecuador, y siempre que la mujer no esté judicialmente separada. Aparte de esto, la mujer puede tener un domicilio especial para ciertos actos, sea adquirido expresamente con el consentimiento del marido, como en el caso de la mujer que ejerce el comercio o una profesión o industria, o bien, en el caso de divorcio, en el cual se la considera domiciliada allí donde tenga su residencia simplemente, aunque no haya el ánimo de permanecer, y mucho menos, la voluntad o consentimiento del marido.

Presenta dificultades la forma de exigir jurídicamente el cumplimiento de la obligación de cohabitar. Es lógico que esta obligación se cumplirá sin mayor dificultad (aunque a veces exija sacrificio; un sacrificio gustoso) cuando existe verdadero amor. Pero si los cónyuges no han sabido conservar ese esquivo tesoro, la convivencia resultará algo muy duro y difícil de mantener, entonces el cónyuge consciente de su responsabilidad y que quiera salvar el hogar, ¿cómo podrá exigir la convivencia, si el otro se niega a ella?

En nuestro derecho tenemos también varias medidas para hacer efectivo el deber de la cohabitación:

a) El Art. 170 del Código de Procedimiento Penal autoriza excepcionalmente el allanamiento de la residencia de cualquier habitante de la República, en el caso —entre otros— de haber sido raptada o plagiada la mujer casada y hallarse en la casa que se trata de allanar y "el marido reclame la entrega de la mujer".

b) En el caso de divorcio o de separación conyugal judicialmente autorizada, en los cuales cesa la obligación de convivir, sin embargo, conserva el marido todavía por algún tiempo el derecho de controlar o determinar el lugar en donde ha de vivir la mujer —si está encinta—, para asegurar mejor la prueba sobre la paternidad del hijo que esté ya concebido; por esto, el Art. 216 del Código Civil autoriza al marido para pedir que la mujer "sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza". El juez ordenará esta residencia forzosa de la mujer, siempre que la petición del marido sea razonable.

c) El marido que "voluntaria y arbitrariamente ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado", pierde el derecho de propender contra ella la acción de adulterio, por disposición del Art. 480 del Código Penal.

d) La privación de alimentos a la mujer que abandona el hogar está consagrada por la jurisprudencia. Pero si tiene justa causa para la separación "puede compelerse al marido a alimentarla lejos del hogar conyugal", dice una sentencia de la Corte Suprema.

e) El Código del Trabajo en el Art. 360 dispone que "la viuda que por su culpa hubiere estado separada de su marido durante los tres últimos años, por lo menos, a la fecha de la muerte" pierde su derecho a las indemnizaciones laborales del marido.

f) En muchos países se ha discutido si cabe una acción judicial directamente dirigida a obligar a la mujer a que vuelva al hogar.

Raros son entre nosotros los casos en que un marido haya re-

currido a la acción de la justicia para pedir que la mujer vuelva al hogar. Pero han sido aceptadas tales acciones por nuestros tribunales.

g) El abandono ilegal del hogar es causal de divorcio, cuando dura más de tres años. Como ya hemos estudiado, esta causal solamente puede ser alegada por el cónyuge inculpable, a pesar de la oscuridad introducida en la ley por la reforma de noviembre de 1961; y desde 1967 se puede demandar el divorcio al cabo de 10 años de separación, también por parte del cónyuge culpable.

h) El mismo abandono ilegal es causa de separación conyugal judicialmente autorizada, con la diferencia de que es suficiente que haya durado nueve meses.

i) La mujer abandonada adquiere para sí los bienes que gane en cualquier forma durante la separación ilegal de la que no es culpable, y por tanto, esos bienes no entran en la liquidación de la sociedad conyugal (Art. 139 del Código Civil). Igualmente, si el cónyuge agraviado es el marido, la mujer que lo ha abandonado no tiene derecho a los gananciales adquiridos por su consorte durante el abandono. Esta sanción es muy razonable, y parece ser propia de nuestro derecho. Solamente puede presentar dificultades en cuanto a la prueba, cuando se trata de establecer qué bienes han sido adquiridos durante la separación.

En el plano del Derecho Internacional Privado, tenemos la disposición del Art. 45 del Código Sánchez de Bustamante: "Se sujetará al derecho territorial la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente". Por consiguiente un extranjero en el Ecuador puede recurrir a todas las medidas antes indicadas para exigir en este país el cumplimiento de la obligación de convivir, cualquiera que sea la nacionalidad del otro cónyuge, y aunque ninguno tenga su domicilio en el país. La regla del Código Sánchez de Bustamante se compagina perfectamente con la territorialidad de las leyes de orden público, y con la territorialidad afirmada de modo genérico en el Artículo 13 de nuestro Código Civil.

176.— Deberes de socorro y ayuda mutua.

Otra de las finalidades esenciales del matrimonio, puesta de relieve justamente en la definición del Art. 91, consiste en que los cónyuges se deben socorro y ayuda mutua "en todas las circunstancias de la vida". El Art. 91 habla precisamente de "auxilio" mutuo, y esta palabra comprende tanto el socorro como la ayuda que el Art. 155 señala separadamente y los comentaristas y la jurisprudencia, suelen también distinguir.

"El socorro, dice Claro Solar, consiste en la prestación, en especie o en dinero, de las cosas necesarias para la vida. Es la prestación de alimentos que uno de los cónyuges debe al otro". En cambio, se suele entender por "ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida", algo mucho más amplio, que va desde el apoyo moral, sentimen-

tal, de consejo y compañía, hasta el cuidado material de la persona, del hogar, los hijos, y los negocios o trabajo del otro cónyuge, en una palabra, la ayuda mutua consiste en la compenetración total de las dos vidas para hacer una sola y afrontar todos los problemas de la existencia como si ambos fueran uno solo.

El Art. 360 del Código Civil señala al cónyuge como la primera persona a quien se deben alimentos, y el 363 precisa que dichos alimentos son cóngruos, esto es, los que sirven para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a la posición social. El deber de prestar alimentos se cumple normalmente en el hogar común; y cuando se abandona injustificadamente dicho hogar, se pierde el derecho de alimentos.

La negativa de cumplir las otras obligaciones, de ayuda mutua, constituiría una ofensa al cónyuge, con sus respectivas consecuencias jurídicas.

Por desgracia, en el Ecuador, al haberse establecido las numerosísimas causales de divorcio que contempla el Art. 132, se ha quitado eficacia jurídica al precepto natural y civil de la ayuda mutua "en todas las circunstancias de la vida" (Art. 155 Código Civil). Efectivamente, en lugar de urgir el cumplimiento de ese deber sagrado, inícuamente permite nuestra ley el abandono del cónyuge en las circunstancias más penosas de la vida, cuando más necesitaría de aquella ayuda del otro.

177.— Protección del marido a la mujer.

La organización de familia es jerárquica: el marido ocupa el lugar prevalente, es la cabeza, pero esta posición de superioridad, le impone deberes peculiares, y el principal de ellos es el de proteger a su cónyuge.

La protección debe ejercerse en todos los planos, desde el físico hasta el moral, desde la protección de la honra, la vida, la salud de la mujer, hasta la protección de sus intereses económicos. Un aspecto que cobra particular relieve en el Derecho, es el de la protección judicial, o sea valiéndose de las acciones y defensas ante los tribunales o juzgados. El marido está obligado a proporcionar a la mujer los medios económicos para dichas acciones judiciales (son las "litis expensas"), aunque la mujer quiera litigar precisamente contra el marido. En los juicios de divorcio, de separación conyugal, de oposición del marido a la exclusión de bienes, etc., la mujer puede pedir desde el primer momento, que el juez señale el monto de las litis expensas y ordene al marido su pago. En el caso de juicio de alimentos, además de fijarse provisionalmente desde un comienzo una pensión alimenticia transitoria, también se deben ordenar las litis expensas, si quien demanda es la mujer casada.

Ya hemos estudiado las medidas que puede tomar el marido

para proteger la vida de la mujer y de la criatura que lleva en su seno, en el caso de divorcio o de separación conyugal.

La protección de la mujer obliga también a no abandonarla, y el marido que la abandona o el que condesciende o autoriza la corrupción de la mujer, por incumplir ambos deberes pierde el derecho de acusar el adulterio de su consorte.

El incumplimiento del deber de protección de los intereses o bienes de la mujer, da lugar a una serie de medidas que se pueden tomar, y que estudiaremos al hablar de la sociedad conyugal. Durante el juicio de divorcio las medidas para resguardar los intereses de la mujer, son amplísimas, porque se supone que el marido no solamente estará inclinado a no resguardar tales intereses sino que él mismo puede perjudicarlos.

El deber de protección se rige en el Derecho Internacional Privado, según el Art. 43 del Código Sánchez de Bustamante, por la ley personal común de ambos cónyuges, y si no la hubiere, por el derecho personal del marido.

178.— Obediencia de la mujer.

De la misma organización jerárquica de la familia, se sigue la obligación de la mujer de obedecer al marido, que expresamente señala el Art. 155, y que no puede creer que haya desaparecido en virtud del precepto constitucional sobre igualdad de los cónyuges.

Sería imposible precisar en qué cosas y hasta qué punto se extiende la obediencia de la mujer al marido. El derecho concreta algunos aspectos nada más. Ya sabemos que debe obedecer en cuanto al lugar de residencia (Art. 157); debe también obedecer en lo relativo al ejercicio de profesión u oficio y sobre todo la ley precisa la obediencia de la mujer en cuanto a los gastos y negocios jurídicos, ya que sanciona con la nulidad relativa aquellos que haga contra la voluntad del marido o sin su autorización.

En cambio es evidente que la mujer goza de plena libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad política, de opinión en cualesquiera cuestiones sociales, económicas, etc. y cualquier prohibición o restricción que pretendiera imponer el marido en estos aspectos, no sólo violaría los más elementales derechos humanos, sino que significaría también transgreción de precisos postulados de la Carta Constitucional.

Muchos detalles de la vida práctica se regulan más por las costumbres que por el derecho.

179.— Nacionalidad de la mujer casada.

A lo largo de nuestra agitada vida política hemos fluctuado entre el sistema que hace cambiar la nacionalidad a la mujer extran-

jera que se casa con ecuatoriano, y el contrario, o sea aquel por el cual el matrimonio no hace variar la nacionalidad de los cónyuges.

Actualmente la Carta Política prescribe en el Art. 13 que ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges.

Pero la Ley y Reglamento de Extranjería permiten a la mujer extranjera que se casa con ecuatoriano adquirir la nacionalidad de su marido en una forma extraordinariamente fácil. Basta que manifieste su voluntad de ser ecuatoriana, y que pierda realmente la nacionalidad anterior, o la haya perdido, el momento del matrimonio, y con sólo esto, adquiere nuestra nacionalidad. Si no ha manifestado su voluntad de ser ecuatoriana, al casarse, también puede hacerlo después, pero en este caso se requiere que se dirija al Ministerio de Relaciones Exteriores, pruebe la pérdida de la nacionalidad de origen, y aquel Departamento del Estado debe declarar que ha adquirido la nacionalidad ecuatoriana.

180.— Nombre de la mujer casada.

Según la nueva Ley de Registro Civil, la mujer casada debe llevar el apellido del marido precedido de la preposición "de". Pierde este derecho por el divorcio, pero no por enviudar.

181.— Otros efectos personales del matrimonio

Hay otros efectos personales del matrimonio que en una u otra forma podrían encuadrarse en alguna de las obligaciones que ya hemos analizado, pero que, por pertenecer a otras ramas del derecho, distintas de la civil, merecen enumerarse aparte.

En el plano del procedimiento Civil, el matrimonio origina un impedimento peculiar para el testimonio. Se tacha de parcial el testimonio del marido contra la mujer o viceversa, y es muy natural, dada la estrechísima unidad de los cónyuges, que los convierte casi en una misma persona (cfr. Art. 237 Código Procedimiento Civil).

El Código Penal exime de represión el encubrimiento del cónyuge sindicado (Art. 45). Tampoco puede el cónyuge declarar penalmente contra el otro, y el juez que obligare a hacerlo será reprimido con prisión de seis meses a tres años (Art. 179 C. P.). El cónyuge no puede acusar delitos del otro, salvo los cometidos contra él o sus parientes (Art. 20 Código Procedimiento Civil); el delito de adulterio puede ser acusado por el cónyuge, y en este caso, sólo por él (Art. 94 C. P.). Ciertos actos delictivos en general dejan de serlo si los ejecuta el cónyuge, así el ocultamiento de personas perseguidas o condenadas por delitos (Art. 415 C. P.), el consentimiento para que un médico practique un aborto para salvar la vida de la madre (Art. 423), etc. En otros casos, la circunstancia de existir matrimonio agrava el delito, así en homicidio del cónyuge, está penado con reclusión mayor extraordinaria (Art. 428). Algunas de estas disposiciones se encuen-

tran también en el Código de Procedimiento Penal, así el Art. 13 indica que sólo el cónyuge puede acusar el adulterio, el Art. 70 prohibe el testimonio del cónyuge, etc.

En el Derecho Administrativo, el matrimonio produce incompatibilidad entre los cónyuges para desempeñar simultáneamente cargos públicos en la misma oficina o dependencia del Estado.

En lo fiscal, el matrimonio da derecho a rebaja en varios impuestos, sobre todo en el de la renta, y en el de las donaciones, herencias y legados. En la actual Ley del Impuesto a la Renta, con sus reformas, se establece el impuesto tomando en cuenta las rentas del marido y de la mujer conjuntamente.

Muchas otras disposiciones legales tienen en cuenta el matrimonio, por ejemplo, en el Código de Comercio, en el Código del Trabajo, en la Ley General de Bancos, etc., pero se refieren sobre todo a la capacidad de la mujer casada, y se examinarán en su lugar.

182.— Incapacidad relativa de la mujer casada.

En el Título VI del Libro I no se dedica un artículo especialmente a declarar que la mujer casada es relativamente incapaz, esto se dice categóricamente en el Art. 1500, allá en el Título II del Libro IV. Pero en este Título VI de "las obligaciones y derechos entre los cónyuges", se ponen las bases jurídicas de las cuales deriva dicha incapacidad. El Art. 156 define la potestad marital como "conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer"; en el 155 se afirma la obligación de la mujer de obedecer al marido; el 159 establece que "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer", y en los artículos siguientes se describe todo lo que la mujer no puede realizar por sí misma: comparecer en juicio (Art. 160), celebrar contratos (161), realizar actos o negocios jurídicos (Arts. 162, 164); también se habla de los actos que la mujer puede realizar por sí misma: los testamentarios (Art. 163), los autorizados por el marido o por el juez, y ciertas acciones judiciales; trata también este título de los efectos de los actos realizados por la mujer, y finalmente, de las excepciones que alteran profundamente el sistema volviendo a conceder a la mujer parte de la capacidad que perdió con el matrimonio, o toda ella. En esta forma, el Título VI del Libro I nos da una idea bastante completa de la incapacidad jurídica de la mujer casada. Todo esto tendrá que modificarse profundamente para cumplir el precepto constitucional de igualdad.

La incapacidad de la mujer casada se desenvuelve fundamentalmente en el ámbito judicial y en el contractual. Fueyo observa que: "es preciso considerar que el Art. 137 (nuestro 161 Código Civil) limita la capacidad de la mujer casada para obligarse respecto de una determinada fuente de las obligaciones, que es el contrato, no incluyéndose, en consecuencia, las demás fuentes. Luego, puede obligarse con

motivo de un cuasicontrato en el cual sea el elemento pasivo de la relación; como también por haber cometido un delito o cuasidelito civil. Finalmente, la mujer se obligará en los casos de obligaciones emanados directamente de la ley, como las de pagar los impuestos al Estado, o una pensión alimenticia. Para ello tampoco se requiere la autorización del marido".

Por cuanto dispone el Art. 762 del Código Civil, la mujer casada, como los demás incapaces, aunque no puede administrar libremente lo suyo, sí puede adquirir posesión de bienes muebles, sin la necesidad de autorización alguna, "pero no puede ejercer los derechos de poseedora sino con la autorización que competa". Esta posibilidad de adquirir la posesión a la par que imposibilidad de usarla jurídicamente, demuestra el carácter protector de la incapacidad de la mujer casada.

La incapacidad de la mujer casada según expresa disposición del Art. 1737 se entiende establecida en beneficio de ella misma y del marido. Por esto, siendo nulidad relativa, solamente la misma mujer, el marido o sus sucesores en el derecho pueden pedir la nulidad de los actos realizados sin autorización que subsane la nulidad.

Por otra parte, como nadie puede beneficiarse de su propio dolo, la mujer casada que, ocultando su condición de incapaz, celebrara un contrato, quedaría sometida a reparar el daño que pudiera ocasionar su ocultación dolosa. Una aplicación de esto, tenemos en el Art. 2240 a propósito del contrato de depósito: se declara que el depositario incapaz está sometido a las penas que las leyes imponen en caso de dolo.

El mismo carácter de protección, que no excluye totalmente la responsabilidad de la mujer, se revela en el hecho de que para establecer a quien obliga los actos no autorizados de la mujer casada, se entra a investigar a quién han beneficiado, y si han acrecentado o enriquecido el patrimonio de la mujer, ella responde hasta el monto de la ganancia.

En igual sentido arguye la observación de Planiol y Ripert, referente a la validez de los actos de conservación realizados por la mujer casada: "Los actos que tienen por objeto conservar los derechos de la mujer casada, sin aumentar en nada sus cargas ni sus obligaciones, pueden ser ejecutados por ella sin autorización. Es un punto de principio que los actos de conservación puedan ser ejecutados libremente por los incapaces.

183.— Incapacidad contractual de la mujer casada.

En términos generales, la mujer casada no puede realizar por sí misma, sin autorización del marido ningún contrato. Esto se desprende del Art. 161, aunque deba reformarse conforme a la Constitución:

Art. 161: "La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, 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".

El Art. 168, además señala que "para la enajenación o hipoteca de bienes raíces de la mujer casada se observará lo dispuesto en el Título De la Sociedad Conyugal". Ambos artículos se refieren a la "enajenación o hipoteca", pero el segundo, solamente cuando se trata de bienes raíces, para los que rigen efectivamente, reglas especiales. Pero no cabe duda de que además de la enajenación e hipoteca, también se prohiben a la mujer casada todos los demás gravámenes reales: la mujer no podría establecer una servidumbre pasiva sobre un inmueble, ni constituir a favor de otras personas derechos de usufructo, uso o habitación. Claro que todos estos gravámenes y derechos se establecen a través de contratos (o por acto testamentario, y entonces están permitidos a la mujer casada), y por ser contratos resultan prohibidos. También pueden ser considerados en cierto modo como actos de enajenación, porque se desprende de la propiedad parte de las facultades que son inherentes a ella.

La mujer no puede celebrar contratos sin autorización del marido, con ninguna persona. Pero además, no puede celebrar contratos con el propio marido, excepto el de mandato (Art. 200).

La incapacidad de la mujer casada trae como consecuencia que no puede hacerse a ella un pago liberatorio de lo que se debe al marido, salvo que tenga mandato de él:

En cuanto a la prohibición de remitir una deuda, es natural que no pueda efectuarla la mujer por equivaler a una donación, y además, la regla del Art. 161 no resulta sino una aplicación concreta del principio más general sentado en el Art. 1705 del C. Civil: "La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella".

El contrato de mandato, ha dado origen a interesantes discusiones. Por una parte, es el único contrato que pueden realizar entre marido y mujer, en cualquier sentido, es decir, tanto puede ser mandante o mandatario el marido o la mujer. Por otra parte, el Art. 2183, 8º establece que el mandato termina por el matrimonio de la mandataria. Esto plantea la duda de si terminará también el mandato si la mandataria se casa precisamente con su mandante; y no parece lógico que en este caso termine el contrato porque está precisamente permitido el mandato entre cónyuges.

En cambio, si la mujer es quien ha conferido un mandato y después contrae matrimonio, no establece la ley que deba terminar ese contrato por el matrimonio, pero probablemente podría revocarlo el marido. Esta opinión sostiene el Dr. Carlos Arroyo del Río en un interesante alegato, y en igual sentido se expresa el Dr. Víctor Manuel

Peñaherrera, pero actualmente, con la nueva Constitución, tendríamos que dar la solución opuesta.

184.— Capacidad para actos testamentarios.

La incapacidad de la mujer casada asegura la unidad de dirección de los asuntos del hogar y protege los intereses de la mujer, por eso, no tendría sentido que se extendiera también a los actos que surtirán efecto después de la muerte de la mujer, entonces ya no hay unidad para salvaguardar ni interés que proteger. Así dispone el Art. 163.

Art. 163: "La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario que haya de surtir efecto después de la muerte".

Son actos testamentarios: la factura de testamento u otorgamiento de testamento, en el cual se puede constituir herederos, legatarios, se pueden hacer asignaciones, establecer cargas, condiciones, rentas, servidumbres u otros derechos, reconocer hijos ilegítimos, etc.; también es acto testamentario el otorgamiento de un codicilo, o sea complemento de un testamento; igualmente la revocatoria total o parcial del testamento anteriormente hecho. Por fin, se asimilan a los actos testamentarios las donaciones por causa de muerte, y deben hacerse en la forma propia de los actos testamentarios, salvo entre cónyuges (Art. 1193), por consiguiente la mujer no necesita la autorización del marido. Estas donaciones por causa de muerte son siempre revocables, y tampoco para su revocación necesita la mujer de autorización marital.

La incapacidad de la mujer casada se diferencia en varios aspectos de la incapacidad relativa de otras personas; así, por ejemplo, el Art. 1278 del Código Civil indica que la mujer puede pedir autorización al juez, a falta de la del marido, para aceptar o repudiar una asignación hereditaria, a diferencia de las demás personas que requieren de representante legal. Además, el marido, por su parte, para repudiar una herencia de la mujer necesita del consentimiento de ésta (siempre que no sea demente o sordomuda), o en su defecto, requiere autorización de la justicia (Art. 1289 del Código Civil). Reglas semejantes rigen las donaciones (Art. 1464).

Si la mujer acepta una donación, herencia o legado con autorización del marido (Art. 1303) o del juez (Art. 171) debe hacerlo con "beneficio de inventario". El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado (Art. 1300). Por el contrario, si no se goza de este beneficio, el heredero que acepta sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto, a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda (Art. 1298 del Código Civil).

185.— Actos personalísimos de familia.

Parece evidente que los actos personalísimos que afectan al estado civil de la mujer casada o de sus hijos que no sean del actual marido, pueden realizarse sin necesidad del consentimiento de éste. Así se desprende de la capacidad que la ley concede a la mujer para varias acciones judiciales relativas al estado civil y *a fortiori*, debe tener capacidad para los actos no judiciales.

Considero que la mujer puede realizar los siguientes actos por sí misma: reconocer hijo ilegítimo, aceptar o repudiar el reconocimiento como hija legítima que hagan respecto de ella sus padres.

En el juicio de impugnación de la legitimidad de un hijo, debe citarse también a la madre, pero no se le obliga a parecer en el juicio (Art. 212). De todos modos, en este juicio ella no representa al hijo menor, a quien debe darse para tal efecto un guardador. Sin embargo, si se quiere, la madre puede intervenir en el juicio, en salvaguarda de sus propios intereses y de los del hijo, aunque éste tenga su propio representante para el juicio.

En cambio, la mujer casada puede por sí sola intentar la acción, para ser reconocida o declarada ella misma como hija ilegítima, puesto que se trata de una acción personalísima y según el artículo 305, ni el marido puede intentarla sino con el consentimiento de la mujer (siempre que no sea ésta demente o sordomuda). Por el contrario, la mujer casada no puede representar a su hijo ilegítimo en el juicio de investigación de la paternidad, aunque en otros casos de incapacidad de la mujer soltera (por razón de la edad) sí puede actuar en calidad de representante. El Art. 302 prohibe razonablemente esa intervención en juicio de la mujer casada, porque resultaría altamente desdorosa para el marido, además de que supondría la previa impugnación de la legitimidad del hijo, por parte del marido, siempre que el hijo haya nacido ya en el tiempo en que exista el matrimonio o hasta 300 días después de disuelto.

No puede la mujer casada adoptar sin consentimiento del marido. Pero en este punto, la ley exige algo más: el consentimiento unánime de los dos cónyuges, de tal suerte que tampoco el marido puede adoptar sin el consentimiento de la mujer.

186. Comparecencia de la mujer casada en juicio.

Si la mujer casada es relativamente incapaz y debe normalmente estar representada o autorizada por el marido para todo acto jurídico, es lógico que tampoco pueda comparecer en juicio por sí sola, y así lo establece el Art. 160:

Art. 160: "Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí ni por procurador, sea demandando o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa penal

en que se proceda contra la mujer, en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

El marido, sin embargo, estará siempre obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones o defensas judiciales.

La mujer casada puede también comparecer en juicio, sin autorización del marido, en representación de los hijos que estén bajo su patria potestad o en los casos de representación de sus hijos legítimos en causas contra el padre, o de estar autorizada por este Código o por ley especial."

Por lo dispuesto en la nueva Constitución, este artículo deberá reformarse, pero mientras esto no suceda, está vigente.

El inciso segundo, que se refiere a las litis expensas que debe en todo caso el marido a la mujer, bien podría figurar en otro artículo, pues no tiene mucha relación con lo demás.

Aparte de ello, se nos ha indicado la forma en que el marido tiene que autorizar para estos actos judiciales a la mujer: debe necesariamente ser por escrito. Basta desde luego, escritura privada, no se pide escritura pública.

La regla general, es pues, la de la incapacidad para estar en juicio. Y esta incapacidad de la mujer casada se produce automáticamente por el matrimonio de tal forma que afecta también a los juicios iniciados antes, cuando era soltera. Tampoco puede evadir la incapacidad, actuando por medio de procurador: si ella no puede comparecer por sí misma, mal podría comparecer por medio de un representante voluntario; sólo puede comparecer por medio de su representante legal, que es el marido, o con la autorización de él.

Los casos de excepción que señala el artículo 160 se reduce a cuatro capítulos: 1) juicios entre marido y mujer; 2) juicios en los que la mujer interviene en nombre de los hijos legítimos; 3) juicios para los que está autorizada por leyes especiales; 4) las causas penales contra la mujer.

En cuanto al primer caso, juicios contra el marido, —sea ella la actora o la demandada,— es evidente que no podría exigirse autorización del varón ya que entonces quedaría la mujer totalmente al arbitrio de él y podría frustrarse la posibilidad de la defensa legal.

La mujer casada puede intervenir en juicio en nombre de sus hijos, solamente si éstos son legítimos: bien del actual matrimonio, o de otro matrimonio anterior, pero en ningún caso, en nombre de hijos ilegítimos. Su representación proviene de una de dos causas: o porque ejerce la patria potestad (por ej. de hijos de anterior matrimonio, o del actual, si el marido ha sido privado o suspenso en el ejercicio de la patria potestad, como en los casos de separación, larga ausencia, etc.); o, el otro caso: la mujer no ejerce la patria potestad, pero debe representar extraordinariamente a los hijos legítimos que tienen que litigar contra su propio padre. El caso más frecuente será el de reclamaciones de alimentos.

Respecto de las leyes especiales las más notorias son las leyes penales y de policía, según las cuales la mujer puede comparecer en juicio *como demandada*, no como actora, aún sin la autorización del marido. Es natural que no deba contarse con la anuencia del marido, pues de otro modo se aseguraría la impunidad de la mujer casada. Las leyes penales y de policía son de orden público y no pueden quedar sujetas a la voluntad particular; la vindicta pública tiene que hacerse efectiva, aunque el marido no quisiera que su mujer fuera castigada.

Otro caso importante es el de las leyes sociales que dan capacidad especial a la mujer, incluso para comparecer en juicio. Tal cosa sucede con el Código del Trabajo y la Ley del Seguro Social.

En el mismo Código Civil, desde luego, se establecen las excepciones más importantes, en las cuales la mujer sí tiene capacidad para estar en juicio: 1, si se ejerce profesión liberal; 2, si tiene otra profesión o industria (respecto de esas materias); 3, si ejerce el comercio; 4, si tiene separación parcial de bienes; 5, si está excluída de bienes; 6, si está judicialmente separada; 7, si ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal; 8, si está autorizada por el juez, a falta de autorización del marido; y 9, en algunos otros casos más especiales (como cuando ella pide su reconocimiento como hija ilegítima, interviene en el juicio de impugnación de la legitimidad de un hijo, o administra el patrimonio familiar, etc.).

187. La autorización del marido.

La incapacidad relativa de la mujer casada puede subsanarse por parte del marido sea representándole él y actuando en nombre de la mujer, o bien, autorizándole a ella para que por sí misma actúe con tal autorización. Si el marido ni representa ni autoriza a la mujer, ella puede, en ciertos casos, recurrir al juez, y, entonces, la autorización judicial resulta el tercer remedio de la incapacidad de la mujer casada.

La autorización del marido puede ser anterior al acto realizado por la mujer, y entonces es autorización propiamente dicha. Pero también puede el marido confirmar lo hecho por la mujer sin su previa autorización, en cuyo caso tenemos la ratificación, o autorización *a posteriori*.

Tanto la autorización propiamente dicha como la ratificación pueden ser expresas o tácitas. También pueden ser generales o especiales para un acto concreto o para un grupo o categoría de actos.

Naturalmente, según la clase de actos o contratos la ley exige especiales solemnidades en unos casos, o no exige ninguna para otros casos. En términos generales podemos decir que la autorización si ha de ser expresa normalmente debe hacerse con iguales exigencias de forma que el acto para el que se da: si se trata de un acto que no requiere de forma alguna solemne, tampoco lo requerirá la autoriza-

ción; si debe el acto hacerse constar por escrito, igualmente la autorización deberá ser escrita; si requiere de escritura pública, también la autorización debe hacerse por ese medio.

La autorización tácita no puede desprenderse de cualesquiera conducta, sino que solamente puede presumirse en aquellos casos previstos por la ley, pues así lo dispone el inciso 2º del Art. 162. Sin embargo, esto no significa que las preseunciones de autorización contenidas en la ley no admiten prueba en contrario.

La autorización del marido a la mujer para que administre sus bienes puede ser total. En cambio, en las capitulaciones matrimoniales se puede estipular solamente que la mujer administre separadamente "una parte de sus bienes", o "una cantidad determinada de dinero". La diferencia radica en que la autorización dada por el marido durante el matrimonio puede revocarse en cualquier momento, mientras que no sucede lo propio con lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, que tiene carácter inmutable; de allí que la ley reconozca mayor libertad de acción con relación a la autorización dada por el marido durante el matrimonio.

En general la autorización para un acto lleva consigo la capacitación para realizar todos los medios natural y ordinariamente destinados para ese fin. Así, si el marido autoriza a la mujer para comprar una propiedad, automáticamente la mujer puede celebrar la escritura pública, pagar los impuestos, inscribir la escritura, entrar en posesión material de la cosa, etc. En cambio, una autorización general no sirve para determinados actos especiales que no se relacionen necesariamente con el negocio autorizado en términos amplios.

Hay que tener en cuenta que el marido puede autorizar a la mujer para actos relacionados con bienes de ella. Si la mujer va a realizar un acto respecto de los bienes sociales o del marido, necesita verdadero mandato o poder del marido, quien es el administrador de ellos, y más aún, quien se considera "dueño" de esos bienes frente a terceros. Pero desde 1967 —por la disposición constitucional de igualdad— las cosas tendrán que ordenarse de otra manera: probablemente mediante una administración conjunta de marido y mujer.

Examinemos ahora, en qué casos se presume la autorización tácita del marido. Para las materias civiles, dichos casos están señalados en el Art. 172, y son los siguientes: 1º la compra de cosas muebles que la mujer haga al contado; 2º la compra al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia; 3º la compra de cosas muebles, aunque no sean de consumo ordinario, si se han empleado en el uso de la mujer o de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido.

Si tuviéramos en cuenta sólo el tenor literal del Art. 172 y lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 162 ("no podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos que la ley ha previsto"), podríamos pensar que no cabe ningún otro acto de la mujer con autorización tácita del marido, fuera de los tres mencionados. Pero resulta

que en muchos otros casos será muy difícil distinguir si hay sólo autorización tácita o también expresa del marido, porque éste interviene en una u otra forma en el acto. Efectivamente, el mismo Art. 262 dice en el inciso 1º que "La autorización del marido debe ser otorgada por escrito, o interviniendo él mismo, expresa y directamente en el acto". Necesariamente tenemos que entender que esto se refiere a aquellos actos que tienen una forma más o menos solemne. Pero, ¿cómo podríamos pensar que la mujer puede comprar al fiado objetos de consumo ordinario, y en cambio no pudiera alquilar al fiado esos mismos objetos? ¿cómo podría la mujer comprar al fiado aún objetos de uso extraordinario, de lujo —"joyas, galas, muebles preciosos" dice el Art. 172—, y en cambio no pudiera vender al contado objetos de uso ordinario que han dejado de tener utilidad para el hogar, como ropas usadas por ejemplo? Evidentemente, se impone una interpretación algo más extensiva del Art. 172, y en apoyo de ella tenemos también la última parte del Art. 166 que dice: "La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiesten de un modo inequívoco su aquiescencia"; ahora bien, estos hechos no se especifican, pueden ser muy variados —en número indefinido—, y no parece que si después de ejecutados los actos de la mujer la simple conducta del marido sirve para ratificarlos y darlos valor, en cambio no pueda tácitamente aprobar por anticipado esos mismos actos Si por ejemplo la mujer adquiere un automóvil y al marido lo usa, lleva los chicos a la escuela, lo matrícula, paga los impuestos y reparaciones, etc., es evidente que ha ratificado con su conducta la compra hecha por la mujer. En cambio, ¿tendremos que considerar que para autorizar previamente a la mujer para esa adquisición, deba el marido darle permiso "por escrito o interviniendo él mismo, expresa y directamente en el acto", como pide el Art. 162? Parece que efectivamente si el marido, *antes* del acto tiene una conducta que inequívocamente manifiesta su autorización ésta debe bastar, aunque no entre en ninguna de las precisas previsiones de la ley: el marido, por ejemplo, promete prestar a otras personas ese automóvil, construye un garage, dice que lo va a comprar, verbalmente autoriza a la mujer, etc., en tal caso, parece evidente que también existe suficiente autorización, y asimismo, en otros casos semejantes.

En cambio, la apreciación de qué deba entenderse por gastos ordinarios o "consumo ordinario de la familia" (Art. 172), es algo que tiene que apreciarse con prudencia de conformidad con los usos y costumbres, no sólo generales de una sociedad determinada, sino tomando en consideración la situación social y económica de cada familia. Lo que es gasto ordinario para una familia de alta clase económico-social, será totalmente extraorinario para otra más modesta.

En ciertos casos la autorización debe revestir peculiares solemnidades, así, la autorización para comerciar debe conferirse a la mujer casada por medio de escritura pública (Art. 12 del Código de Comercio), la cual además tiene que inscribirse (Art. 30 del Código de Co-

mercio). Pero también cabe la autorización tácita: si la mujer ejerce públicamente el comercio "mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contrate con la mujer" (Art. 12). La revocación de tal autorización debe hacerse con aprobación del Juez provincial del domicilio de la mujer, y también por escritura pública, inscrita, y mediante publicación por la prensa (Art. 20 del Código de Comercio).

Cualquier autorización del marido, expresa o tácita, general o especial, puede ser revocada. Y la revocatoria puede ser también total o parcial, es decir, cabe la posibilidad de restringir la autorización, permitiendo en adelante solamente algunos de los actos anteriormente consentidos.

En todo caso, la revocación no surte efecto retroactivo. Los actos ya cumplidos por la mujer si son válidos continúan siéndolo después de que se le revoca la autorización; sólo en adelante ya no podrá realizarlos por sí sola. Nada limita la posibilidad de que el marido autorice y revoque varias veces o muchas veces a su mujer los mismos o parecidos actos.

Naturalmente la revocatoria para que pueda afectar a terceros que contratan con la mujer tiene que estar al alcance de su conocimiento. Si con mediana diligencia un tercero podía y debía conocer la revocación, no puede quejarse ni reclamar por el perjuicio que le sobrevenga de la anulación del acto. Pero si, empleando esa mediana diligencia de un hombre prudente no resultó posible conocer que el marido había revocado su autorización, parece evidente que el tercero bien puede exigir que se le indemnice por el perjuicio sufrido, ya que la mujer debe obrar de buena fe, y no puede considerarse que la tenga si oculta su incapacidad.

187. Ratificación.

La ratificación tiene por objeto sanear la nulidad relativa, eliminando la posibilidad de que se declare esa nulidad. Por consiguiente la ratificación es posible hasta el momento anterior en que se ejecutoríe la sentencia de nulidad.

Solamente una persona capaz puede ratificar, ya que precisamente la ratificación tiene por objeto completar la capacidad imperfecta con que ha actuado un relativamente incapaz. También cabe ratificación de actos con consentimiento viciado, imperfecto, pero aquí no nos ocupamos sino del caso de la mujer casada en cuanto tal.

La ratificación puede ser expresa o tácita. También puede extenderse a todos los actos, ser general, o referirse sólo a alguno o algunos de los realizados por la mujer, y entonces será más o menos especial.

"La ratificación tácita —dice el Art. 1748— es la ejecución voluntaria de la obligación contratada". Pero para el caso de la mujer unida en matrimonio, el concepto de ratificación tácita por parte

del marido es más amplio; tenemos la norma del Art. 166 según la cual no solamente el cumplimiento voluntario de la obligación constituye ratificación, sino todo "hecho que manifieste de modo inequívoco su aquiescencia". Por ejemplo el usar cosas compradas por la mujer, configura una ratificación tácita del marido.

La ratificación produce efecto retroactivo. Así se afirma en el Art. 712 del Código Civil respecto de la tradición originariamente nula, la cual se convalida retroactivamente. Otro tanto establece el Art. 744 respecto de la convalidación de un título que en principio fue nulo, y que mediante la ratificación adquiere valor legal que se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título. También la ratificación de actuaciones en juicio tiene efecto retroactivo (Art. 391 del Código de Procedimiento Civil). La doctrina general de la ratificación nos enseña que produce efectos retroactivos, y por los ejemplos que acabamos de citar se demuestra que en nuestro sistema jurídico se sigue dicha doctrina universalmente admitida.

Quien puede ratificar es el marido, y no el juez. Mientras que el marido puede o bien autorizar previamente los actos de la mujer, o bien ratificarlos después de ejecutados, en cambio el Juez solamente puede autorizar, mas no ratificar.

¿Puede ratificar sus actos la misma mujer una vez que ha desaparecido la incapacidad? En otras palabras, terminado el matrimonio (por viudez, divorcio, etc.), o si la mujer se separa judicialmente, excluye sus bienes o llega a tener capacidad por cualquier otra causa, ¿tiene también capacidad para sanear la nulidad de los actos relativamente nulos ejecutados por ella cuando era relativamente incapaz? —Considero que es preciso distinguir, si las consecuencias del acto solamente le afectan a ella entonces podrá sin duda ratificar; pero si el acto obliga en alguna forma al cónyuge, ex-cónyuge, o los sucesores en su derecho, en tal caso no cabe que ella por sí sola pueda ratificar, porque perjudicaría o podría perjudicar a aquellas otras personas en beneficio de quienes *también* se ha establecido la nulidad relativa de los actos no autorizados de la mujer casada. Realmente la ratificación equivale a una renuncia al derecho de pedir la nulidad, y como no se pueden renunciar sino los propios derechos y no los ajenos, por esta razón la misma mujer no puede ratificar sino en tanto en cuanto no afecta con su ratificación a derechos de otros.

189. Representación de la mujer por el marido.

El marido, como hemos dicho, no solamente puede autorizar o ratificar los actos de la mujer, sino que también puede actuar en nombre de ella, puesto que es su representante legal. Esta representación legal se desprende de la potestad marital, es una de sus atribuciones más importantes. El Art. 33 ya nos dice que el marido es representante legal de la mujer, y en el 159 se da por entendido que el marido

representa a la mujer desde el momento del matrimonio, momento en que asume la administración de la sociedad conyugal y de los bienes de la mujer.

Pero la representación del marido no se extiende a los actos personalísimos: no puede hacer testamento en nombre de la mujer, etc.

Hay todavía otros actos que, aunque no son de índole personalísima, requieren sin embargo la necesaria intervención o consentimiento de la mujer para que el marido pueda realizarlos. Unos son actos que afectan a la familia en su conjunto, tal el caso de la adopción de menores, que las personas casadas solamente pueden realizar de común acuerdo; otros son los que afectan a la propiedad de los bienes raíces, que la ley trata de proteger al máximo.

Nuestro sistema exigía antes autorización del juez para que pudieran enajenarse o hipotecarse los bienes raíces de la mujer, pero esa disposición se derogó en 1936 y en su reemplazo se estableció que para dichos actos se requiere el consentimiento expreso de la misma mujer.

El Decreto de 1º de julio de 1936 exige la intervención conjunta de ambos cónyuges para la enajenación o hipoteca de inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, los cuales, mientras no se demuestre lo contrario, pertenecen no a la mujer o al marido, sino a la sociedad conyugal.

El consentimiento de la mujer para enajenar bienes raíces puede retractarse antes de que se realice el contrato, ya que la ley exige precisamente que se manifieste ese consentimiento en el mismo contrato. Así lo ordena el Art. 1806: "No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con la voluntad de la mujer, manifestada en al respectivo contrato, y no será necesaria la autorización judicial, aunque ella fuese menor de edad." Y el Art. 1808 exige también el consentimiento de la mujer para enajenar otros bienes de la mujer (aunque no sean raíces), que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie. En cuanto a los bienes sociales, es el Art. 1811 el que dispone que: "Los bienes inmuebles de la sociedad conyugal, adquiridos a título oneroso, durante el matrimonio, no podrán ser enajenados ni hipotecados sino con el consentimiento y la intervención de ambos cónyuges. Se presume el consentimiento tácito y no será necesaria la intervención de la mujer para la enajenación o hipoteca de los bienes comprendidos en el inciso precedente, cuando la mujer se encuentre fuera del país por lo menos tres años antes de que se realice la enajenación o hipoteca de tales bienes". Una original disposición contenida en el Art. 4 del Decreto Supremo 435 de setiembre de 1963 (R. O. 58 del 18 de setiembre de 1963), establece también una presunción de consentimiento de la mujer para la hipoteca de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cuando dicho gravamen se establece a favor de las Juntas de Asistencia Social, y se justifica esta rara presunción diciendo que es "porque los

beneficios del arrendamiento a que acceda la hipoteca ingresan a dicha sociedad conyugal".

Cuando la mujer no puede dar aquel consentimiento por estar en interdicción o hallarse ausente sin que se espere su pronto regreso (dando lugar a la curaduría de bienes del ausente), entonces se suple su consentimiento por el del Juez; así lo disponen los artículos 1807 y 169, precisando este último dos condiciones más que deben cumplirse: oír al Ministerio Público y probarse que la enajenación o hipoteca tienen utilidad manifiesta para la mujer:

Art. 169: "Si la mujer casada, que debe prestar su consentimiento para un contrato relativo a sus bienes, estuviere en interdicción, o en el caso del Art. 514, el Juez, oído el Ministerio Público, suplirá el consentimiento, previa comprobación de la utilidad manifiesta para la mujer".

El Art. 840 del Código de Procedimiento Civil repite: "Para la enajenación o hipoteca de bienes 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". Cabe observar que aquí se habla en general de "bienes de mujeres casadas", sin exigir como lo hace el Código Civil, que se trate de "bienes que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie".

El Art. 696 del Código de Procedimiento Civil exige también el consentimiento expreso de la mujer casada para que sea válida una partición judicial de bienes en la que ella tenga parte. Y el Art. 1810 del Código Civil requiere ese consentimiento para arrendamientos a largo plazo (más de cinco u ocho años).

190. Autorización del juez.

Nos referimos aquí a la autorización judicial conferida a la mujer casada en el estado normal, o sea cuando tiene el marido la administración ordinaria de la sociedad conyugal. El caso de autorización judicial requerido por la mujer que ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal se estudiará más adelante.

La mujer puede recurrir al juez y éste puede conceder su autorización en lugar del marido en dos casos: a) cuando el marido no quiere autorizar a la mujer, y b) cuando el marido no puede dar su autorización. En uno y otro, el juez suple la autorización siempre que se reunan ciertas circunstancias complementarias; veámoslas.

a) Cuando el marido puede autorizar a la mujer pero le niega el permiso, la mujer puede recurrir al juez siempre que: 1º no haya justo motivo para la negativa del marido y además, 2º de tal negación se siga perjuicio para la mujer. Por consiguiente, el marido será oído por el juez, y si demuestra que su falta de asentimiento es razonable, entonces el juez no podrá suplir la autorización del marido; serían causas razonables por ejemplo: que el marido va a realizar otro negocio similar o mejor con los bienes de que desea disponer la mujer; que lo

propuesto por la mujer sea perjudicial para los intereses de ella misma, o de la familia común; que exista una razón de orden moral que impida hacer ese negocio aunque pudiera ser económicamente ventajoso, etc. Pero no basta, como queda dicho, que la negativa no sea justificable, sino que, además, la mujer debe probar que de la falta de autorización se seguirá un perjuicio a la mujer; este perjuicio puede consistir en un lucro cesante o en un daño emergente; por ejemplo, si la mujer desea enajenar algo para cumplir una obligación que no puede satisfacerse de otra manera y que en caso de mora ocasionará multas o intereses superiores a lo que puede producir la cosa que desea enajenar.

b) El juez puede autorizar a la mujer casada también en "caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real o aparente, cuando de la demora se siguiere perjuicio" (Art. 167). Los términos empleados por la ley son aquí muy amplios y comprenden cualquier "impedimento del marido": pueden ser impedimentos jurídicos, como los producidos por la interdicción del marido, o físicos, como en el caso de enfermedad o de ausencia. ¿Qué deberá entenderse por "ausencia aparente", posiblemente se refiere al caso del deudor que se oculta, quien es considerado como ausente, pudiendo procederse al nombramiento de curador de bienes del ausente (Art. 515), y tal vez, también podría asimilarse el caso del preso o detenido, aunque esté en la misma localidad, si dicha privación de la libertad le impide actuar en un acto jurídico o autorizar "por escrito (si es analfabeto, etc.), o interviniendo personalmente en el acto".

En el caso de ausencia del marido, la autorización judicial puede ser tanto para negocios propios de la mujer, como también para los del marido y de la sociedad conyugal.

La autorización dada por el juez no puede ser general —a diferencia de la conferida por el marido que sí puede ser general—, y esto porque el juez debe concederla con conocimiento de causa.

Cuando se trata de actos de comercio, el Código de la materia admite igualmente la autorización judicial para la mujer, "si el marido es menor de edad o tiene prohibición de administrar sus bienes, o está ausente".

El juez que autoriza no adquiere ninguna responsabilidad ni solidaria ni subsidiaria con la mujer autorizada, pero sí puede resultar responsable por los daños y perjuicios que se sigan si ha dado la autorización ilegalmente.

191. Responsabilidad por los actos de la mujer.

"Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado... Así el marido es responsable de la conducta de su mujer", dice el Art. 2337 del Código Civil.

Efectivamente, como el marido debe protección a la mujer, y

ésta debe obediencia al marido, es él, el principal responsable de los actos realizados por ella. Si el marido, además, autoriza a la mujer, ella actúa como ejerciendo un mandato del marido y por eso, las consecuencias jurídicas del acto afectan fundamentalmente al marido. Desde luego, nos referimos a las responsabilidades civiles (en sentido amplio que comprende lo comercial, laboral, etc.), y no a las de orden penal; en el plano criminal, la mujer responde de sus propios delitos, y no su marido.

Sin embargo, la mujer no es irresponsable en materia civil, sino que también puede asumir ella, algunas veces, las consecuencias de sus propios actos. Es preciso distinguir los varios casos siguientes: a) La mujer actúa sin autorización ni del marido ni del juez; b) Tiene ella autorización del marido; c) Ha obtenido autorización del juez por impedimento del marido; d) Le ha autorizado el juez, contra la voluntad del marido que se negaba a concederle su autorización; e) Actúa la mujer en los casos de excepción, en los que tiene plena capacidad jurídica.

a) Si la mujer casada, en la situación normal de relativa incapacidad, realiza un acto jurídico sin autorización ni del marido ni del juez, el acto es nulo con nulidad relativa. Por tanto, el marido puede rechazar toda responsabilidad, negarse a cumplir cualquier obligación contraída así por su mujer. También la misma mujer puede pedir la declaración de nulidad de ese acto, y por lo mismo, rehuir el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Pero si la mujer obra de mala fe —ocultando su condición de mujer casada, o fingiendo una situación de excepción por la cual tendría capacidad— dicha conducta fraudulenta no le exime de reparar todo perjuicio, con sus propios bienes, al tercero a quien haya perjudicado.

b) Cuando la mujer actúa con la autorización del marido, obliga primera y principalmente al marido. Los bienes del marido responden por este acto en que la mujer actúa como mandataria del marido. Solamente si de ese acto se sigue un beneficio particular para la mujer, entonces responde también ella, subsidiariamente y sólo hasta el monto de la utilidad que le reporta el acto. Se entiende que la mujer se beneficia si su patrimonio personal aumenta o si la utilidad enriquece a su familia propia, por ejemplo a hijos de anterior matrimonio.

c) Si el juez concede autorización a la mujer "por impedimento accidental del marido en casos urgentes", hay que distinguir dos posibilidades: si puede presumirse el consentimiento del marido, entonces él es el responsable y la mujer solamente puede serlo hasta el monto de la utilidad particular; pero si, dadas las circunstancias, no era razonable suponer que el marido habría autorizado, entonces no responderá él sino hasta el monto del beneficio personal suyo o de la familia común. Por ejemplo, si el marido negó anteriormente el consentimiento a su mujer para un negocio semejante y la mujer aprovecha de una ausencia temporal del marido para alcanzar autorización del juez aduciendo que el negocio es urgente, no podrá luego la mujer

exigir que el marido responda con sus bienes de los resultados de este asunto.

d) Cuando el marido no está impedido, sino que voluntariamente niega su aquiescencia y la mujer consigue que el juez le autorice, entonces responde principalmente la mujer; y el marido con sus bienes, solamente puede estar obligado hasta el monto del beneficio que le reporte a él o a la familia común. Se entiende que el marido se beneficia si se acrecienta su patrimonio, el de su propia familia (por ejemplo de un hijo ilegítimo, o de anterior matrimonio), o bien, si la mujer descarga al marido de gastos que él estaba obligado a realizar, como son los de mantenimiento del hogar común.

La mujer obliga solamente sus bienes, si es que acepta una herencia sin beneficio de inventario y con autorización del juez. En este caso no distingue la ley, si la autorización judicial se da contra la voluntad del marido o por su impedimento temporal; es pues, en uno y otro caso, pero siempre que no haya beneficio de inventario y la autorización sea judicial.

Otro caso especial es el de la mujer que ejerce un albaceazgo, que también se obliga sólo ella, y esto aunque la autorización provenga del marido o del juez.

e) Si la mujer actúa con plena capacidad porque está separada judicialmente, o tiene exclusión total de bienes, o exclusión o separación parcial de bienes y el acto se refiere a los bienes separados o excluídos, si ejerce una profesión liberal, comercio u otra profesión con la autorización del marido, entonces ella es responsable y sus bienes responden de sus actos. En todos estos casos, el marido puede voluntariamente asumir también responsabilidades, pero mediante un acto expreso, accediendo como garante, aval, o en cualquier forma similar.

192. Nulidad de los actos no autorizados.

La nulidad de los actos de la mujer casada que no ha contado con autorización del marido ni del juez, es nulidad relativa, y por serlo se sanea mediante la ratificación o por el transcurso del tiempo, con la prescripción. Además, esta nulidad no obra de pleno derecho sino que se requiere que sea declarada judicialmente, y no puede declararse de oficio sino a petición de parte; precisamente: de aquella parte a favor de quien se ha establecido la nulidad relativa.

A quien se trata de proteger con la nulidad relativa es a la propia mujer y a su hogar, por esto, el Art. 173 establece que solamente la misma mujer, el marido o sus herederos pueden alegar la nulidad relativa proveniente de la falta de autorización:

Art. 173: "No puede oponerse la nulidad fundada en la falta de autorización sino por la mujer o por el marido, o por sus herederos".

En cuanto al marido, considero que solamente puede proponer la acción o excepción de nulidad, mientras es marido, y siempre que

no haya separación judicial, si el acto acarrea responsabilidad a la mujer exclusivamente (que será lo normal, puesto que no hay autorización), y solamente podría alegar la nulidad el marido separado judicialmente o el ex-marido cuando la validez del acto de la mujer produciría directo perjuicio al marido.

Desde luego, no puede alegar nulidad la otra parte que haya contratado con la mujer casada no autorizada.

Los herederos pueden alegar la nulidad, pero entendemos que solamente de aquellos actos que en una u otra forma afecten a los bienes hereditarios. Mal podrían alegar, por ejemplo, la nulidad de un gravamen impuesto sobre una cosa que ha pasado ya a propiedad de terceras personas, y que no les signifique a los herederos ninguna obligación o responsabilidad.

193. Excepciones a la incapacidad de la mujer casada.

Las principales excepciones generales a la incapacidad de la mujer casada y las reglas que de ella derivan, se encuentran enumeradas en el Art. 175:

Art. 175: "Las reglas de los artículos precedentes sufren 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."

Aparte de estos casos, hay que añadir:

5º—El caso de suspensión de la potestad marital por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, prolongada ausencia o desaparecimiento del marido (Art. 170);

6º—El caso de la mujer que ejerce el comercio, que no puede asimilarse al de ejercicio de otras "profesiones, industrias u oficios";

7º—La mujer casada mayor de 18 años tiene capacidad para celebrar contratos de trabajo, y en consecuencia, para contraer obligaciones y ejercer derechos provenientes de los mismos, e inclusive para comparecer en juicio (Art. 30, 3 Código del Trabajo);

8º—La mujer casada afiliada al Seguro Social se considera capaz para: a) lo relativo a sus imposiciones; b) la percepción de beneficios; c) los actos que ejecute y contratos que celebre con la Caja en su calidad de afiliada (Art. 112 de la Ley del Seguro Social Obligatorio);

9º—Los depósitos de ahorro hechos personalmente por la mujer casada, se conservan en beneficio exclusivo de ella, y pueden ser retirados por ella junto con sus intereses, sin intervención del marido (Art. 181 de la Ley General de Bancos),

10º— Si se embarga la cuota del marido en bienes de la sociedad conyugal, la mujer debe ser la depositaria de dicha cuota (si bien

puede excusarse), y entonces ella administra libremente (Art. 487 del Código de Procedimiento Civil);

11º—La mujer administra el patrimonio familiar que hubiere constituído con bienes propios de ella (Art. 857 y 864 del Código Civil).

De estas excepciones hablaremos con detenimiento después que se haya tratado de la organización y funcionamiento ordinario de la sociedad conyugal.

CAPITULO XVII

EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Sección 1ª: Regímenes Matrimoniales.

194.—Clasificaciones de los diversos sistemas.

Los regímenes de bienes en el matrimonio, admiten diversas clasificaciones, según los criterios que se adopten para establecerlas. Una división de primaria importancia es la que toma como base el grado de libertad de que se dispone para elegir y modificar el régimen de bienes.

Siguiendo dicho criterio podemos distinguir aquellos sistemas que imponen un régimen determinado, los que permiten escoger entre varios, y los que autorizan para que los contrayentes, por sí mismos, regulen en todos sus detalles los aspectos jurídicos relativos a sus bienes en el matrimonio. En el mundo actual prácticamente sólo los dos últimos sistemas son aceptados.

Además, en los sistemas en los que se permite escoger la regulación que los contrayentes deseen, la ley puede establecer un régimen supletorio, o no establecerlo. Generalmente sí se fija por el derecho el régimen supletorio para el caso de que los contrayentes no hagan uso de su libertad y por consiguiente no escojan ningún sistema. El régimen supletorio suele ser uno solo, como pasa en nuestro país, pero también pueden existir varios, aplicables según las circunstancias, como sucede en Alemania.

También tiene relación con este primer criterio de libertad, la clasificación de los regímenes de bienes, no ya por su origen —legales o convencionales—, sino por la posibilidad más o menos amplia de modificación durante el matrimonio.

Durante el siglo pasado se impuso universalmente el concepto de que el régimen de bienes, una vez contraído el matrimonio, ya no

puede modificarse, al menos por convención entre los cónyuges. Pero esto que antes se consideraba como un axioma indiscutible, ha sufrido numerosas excepciones. Ya el Código Civil Alemán permitió modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio. Luego, la institución de los llamados "bienes reservados", introducida en Francia en 1907 significó una alteración tal vez más profunda, como también nuestra Ley de Emancipación Económica de la Mujer Casada, de 1911. En Chile se permite desde 1943 pactar libremente la separación de bienes, que origina la disolución de la sociedad conyugal, durante el matrimonio.

Desde otro punto de vista, esto es, considerando la estructura misma y funcionamiento de los regímenes de bienes, estos se clasifican por los autores de muy diveras maneras. Pero en todo caso, podemos decir que esta clasificación tiene los extremos opuestos de la comunidad de bienes y de la separación de bienes.

Entre los dos polos señalados, caben numerosas categorías intermedias y variadas combinaciones. De allí la variedad de criterios para establecer las clasificaciones; porque, lo que para unos constituye un nuevo tipo, para otros es simple variante.

Somarriva señala cinco regímenes fundamentales: el de comunidad; el de separación de bienes; el sin comunidad; el dotal; y el de participación en los gananciales.

Planiol y Ripert distinguen en el sistema jurídico francés, cuatro regímenes que pueden escoger los esposos: el de comunidad, el régimen sin comunidad, el de separación y el dotal. Aparte de estos cuatro, tratan de los "bienes reservados", que constituye un verdadero quinto régimen. Además, todos ellos admiten variantes, y modificaciones establecidas en las capitulaciones matrimoniales.

El Código Civil Alemán admite cinco regímenes: El de administración y disfrute por parte del marido; el de separación; el de comunidad universal; el de comunidad de adquisición y ganancias; el de comunidad de muebles y ganancias; siendo los dos primeramente nombrados los supletorios legales.

195.— Regímenes de comunidad.

Entendemos por regímenes de comunidad, todos aquellos en los que se forma un patrimonio social con aportes más o menos amplios de ambos cónyuges. El más típico régimen dentro de este tipo, es el de la sociedad conyugal propiamente dicha.

El régimen de comunidad puede ser legal o convencional. Así, por ejemplo en Francia se distingue el "régimen de comunidad legal", de otros de comunidad que pueden establecerse en las capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, el de comunidad universal.

En todo caso, lo esencial es la existencia del patrimonio común, que se destina a sostener las necesidades del hogar. No es, en cambio, esencial la división de dicho patrimonio entre el marido y la mujer

(o sus herederos), al terminar la comunidad, aunque es una característica natural. Igualmente la administración por parte del marido y la incapacidad consiguiente de la mujer casada, son consecuencias naturales, porque pueden modificarse; efectivamente, la administración puede también ser conjunta, y la mujer puede tener capacidad general, o por lo menos dentro de ciertos límites.

En cuanto a la amplitud de los bienes que comprende, la comunidad puede ser universal o parcial, y dentro de esta, caben las comunidades de muebles y gananciales, o sólo de muebles, o sólo de gananciales; en cambio no se estila comunidad solamente de inmuebles.

En la comunidad universal entran al patrimonio común todos los muebles de los cónyuges que tuvieran tanto al momento del matrimonio, como aquellos que adquieren después para formar el único patrimonio. Este régimen se ha implantado en Brasil, Holanda, Portugal, Noruega y algún otro país.

En la mayor parte de los países latinoamericanos, cuyo derecho está fuertemente influenciado por el Francés, se puede pactar la comunidad universal. Tal sucede en el Ecuador, conforme al artículo 2079 que prohibe toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Desde luego, dicha sociedad universal, solamente podría establecerse mediante las capitulaciones matrimoniales, y como en la práctica se usan muy poco, se puede decir que este sistema es entre nosotros más teórico que práctico.

Puede limitarse la sociedad únicamente a los bienes muebles que los contrayentes aportan al momento de casarse y a los que posteriormente adquieran a título gratuito. Este sistema responde a una concepción económica hoy día superada. En otras épocas podía ser cierto el axioma "res mobilis, res vilis", y por tanto, si se quería que la sociedad contara únicamente con un reducido activo, indispensable apenas para mantener las necesidades primarias del hogar, podía resultar práctico el sistema. Hoy, en cambio, los bienes muebles pueden ser de gran cuantía, y juegan un papel preponderante en la economía, y por lo mismo, una sociedad de sólo bienes muebles tendría que buscar otra justificación; y no se alcanza, entonces a ver por qué habrían de reducirse los efectivos de la sociedad únicamente a los muebles adquiridos a título gratuito, excluyendo a los ganados a título oneroso. Por estas razones, este régimen es hoy día muy raro, aún como convencional, y desde luego, como sistema legal supletorio.

La sociedad limitada a los gananciales, comienza sin ningún aporte inicial, y solamente se alimenta de las adquisiciones de los cónyuges, sea por medio de su trabajo, o como usufructuarios de sus bienes. Cada uno conserva su patrimonio, pero todo lo que ganan, a cualquier título derivado de su propiedad (frutos, acrecimientos, productos, etc.), o de su esfuerzo, sirve para mantener el hogar común y hacer frente al pasivo de la sociedad. Este es el régimen legal español, que tiene sus antecedentes en las costumbres castellanas.

Naturalmente se pueden combinar los dos sistemas antes indi-

cados y se forma así una sociedad de muebles y gananciales. Precisamente los Códigos latinoamericanos son afectos a este sistema, tomado como legal supletorio.

Planiol y Ripert ponen de relieve las ventajas de este sistema, equilibrado y prudente: "La adopción de la sociedad de gananciales ofrece diversas ventajas —dicen—: Sustrae de la partición de los bienes personales y hereditarios de los esposos, y, por consiguiente, asegura la conservación de los bienes de las familias; adapta el régimen de comunidad al desarrollo económico de los valores mobiliarios; cumple del mejor modo posible la idea de colaboración que constituye el fundamento de los regímenes de comunidad, haciendo partir esa colaboración del momento mismo del matrimonio, es decir, del momento en que de hecho comienza".

Podría, quizá, agregarse, que la posibilidad existente en nuestros códigos, de matizar el sistema, sea haciendo entrar otros bienes más (inmuebles apreciados en dinero para ser restituídos al liquidarse la sociedad, etc.), da aún mayor flexibilidad al régimen legal que podemos llamar latinoamericano.

Finalmente, nuestro régimen distingue un activo absoluto y otro relativo, del mismo modo que un pasivo absoluto y otro relativo; es decir, derechos y obligaciones que ingresan al patrimonio de la sociedad conyugal con carácter definitivo, o con carácter provisorio, dando lugar a una recompensa a favor del cónyuge aportante o de la sociedad (si ésta paga las deudas); todo esto acrecienta el valor del instrumento jurídico adaptado con admirable sabiduría por el genio de Don Andrés Bello a las realidades sociales de América.

Cierto que también presenta inconvenientes este régimen: si uno de los esposos aporta cuantiosos bienes mobiliarios, éstos se repartirán al terminar la sociedad, en concepto de gananciales, y él perdería la mitad de los mismos. Pero el remedio se encuentra en la misma ley, que permite excluir estos bienes de la comunidad, o entregarlos apreciados para que sean restituídos en especie, o bien se puede pactar que se entregue su valor íntegro al disolverse la comunidad.

La sociedad conyugal, con la mayor o menor extensión que pueda tener, no es persona jurídica. Para algunos es una simple indivisión, para otros es una comunidad propiamente dicha, o un simple patrimonio "afectado", esto es, destinado al objeto de mantener el hogar. Pero cualquier calificación que se dé a la sociedad conyugal, en todo caso, constituye un delicado sistema jurídico *sui generis,* cuyas reglas no pueden asimilarse ni a las de la sociedad ni a las del mandato u otro contrato semejante. Las relaciones entre los cónyuges siguen unos principios, y las relaciones con terceros son sensiblemente distintas; respecto a terceros el marido es considerado "dueño" de los bienes sociales; esos mismos terceros cobran sus créditos en bienes del marido o de la mujer, según los casos.

Una serie de garantías compensan ampliamente la situación de subordinación que la mujer ocupa en el hogar. El marido tiene la ma-

yor suma de poderes, pero esos poderes están hoy fuertemente controlados, y la mujer puede prácticamente anularlos recurriendo a la separación de bienes parcial (en las capitulaciones matrimoniales, o a través de lo que manifiesten quienes le hagan una donación, herencia o legado), a la exclusión de bienes, o a la separación conyugal judicialmente autorizada.

El marido responde frente a terceros, asume las cargas del hogar, pero tiene derecho al goce ("usufructo" le llama impropiamente el Código) de los bienes de la mujer y de la sociedad, los administra con relativa libertad y tiene el mando del hogar. Hay, pues, una admirable correspondencia de derechos y obligaciones.

196.— Régimen sin comunidad.

En Suiza, se puede optar libremente por el régimen de cualquiera de los cantones, y a falta de opción, el régimen legal es de "unión de bienes", en el cual, todos los bienes pertenecientes a ambos cónyuges, menos aquellos especialmente reservados a la mujer, se unen bajo la administración del marido, el que tiene el derecho de usufructo con la obligación de emplearlos en el mantenimiento del hogar común; pero no se hacen bienes comunes, sino que permanecen en propiedad de cada cónyuge, y en consecuencia, el marido no puede enajenar los bienes de la mujer, ni disponer de ellos como dueño: debe también rendir cuentas de la administración al disolverse la unión, y tiene que entregarlos con sus aumentos, accesiones, etc. No hay, pues, división de gananciales, porque en una u otra forma dependen o se agregan a ciertos bienes, salvo los provenientes del trabajo personal de los cónyuges.

Muy parecido es el llamado "régimen sin comunidad" del derecho francés, y que constituye también un intermedio entre la comunidad y la separación.

Las ventajas que este sistema presenta se refieren sobre todo a la mujer, cuyo patrimonio queda asegurado como en la separación de biene.s Pero también el marido se beneficia normalmente, por cuanto no debe compartir con la mujer los gananciales provenientes de su esfuerzo, al momento de liquidarse la sociedad conyugal, además de que tiene el usufructo de esos bienes durante el matrimonio.

197.— Régimen de participación de gananciales.

Es también una variante del régimen de separación de bienes con intento de combinar algunos elementos de la comunidad.

Se intento establecer este sistema en Francia desde principios de este siglo, sin que se lo admitiera; fué adoptado como régimen legal por Colombia en 1932, por Suecia en 1929, y después por otros países como Costa Rica, Hungría, Dinamarca y Noruega.

Expone con mucha claridad la esencia misma del sistema el ar-

tículo 1º de la sintética Ley Colombiana de 1932: "Durante el matrimonio, -dice-, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Este sistema mismo adolece de excesiva fantasía. Es un régimen fundado en la ficción. Se liquida una sociedad que propiamente no ha existido; la comunidad nace para liquidarse, se forma únicamente el momento de la disolución. Parece que quisiera alterar el pasado, hacer que haya sido lo que no fué; como si el legislador previera un tardío arrepentimiento de los cónyuges.

198.— Régimen de separación.

Bajo este régimen, que presenta también numerosas variantes, los dos cónyuges son independientes y deben contribuir en proporción a sus facultades al mantenimiento del hogar común. Cada uno mantiene su propiedad y la administra, tiene también cada uno la libre disposición de sus bienes: puede enajenarlos o gravarlos, y ambos mantienen su capacidad, es decir que la mujer casada con este régimen no es incapaz. Planiol anota, conforme al sistema francés que en estos casos, "no existen bienes dotales, todos los bienes de la mujer son parafernales".

Somarriva enumera estas característica del régimen de separación de bienes: 1) Sólo la mujer puede pedir la separación durante el matrimonio; 2) es facultad irrenunciable de ella (aunque puede no usarla); 3) Es imprescriptible; 4) Puede solicitarse aunque la mujer no haya hecho ningún aporte: entonces retira sus gananciales (lo cual no sucede en el Ecuador sino a raíz de la disolución de la sociedad conyugal); 5) Sólo puede demandarse por las causales establecidas por la ley; 6) La mujer menor, necesita de curador.

Fueyo, agrega a esas características otras más: 1) que es siempre total (lo contrario de lo que pasa ahora en el Ecuador, donde sólo existe la "separación *parcial* de bienes" a partir de la reforma legal de 1958), 2) La mujer puede pedir medidas de seguridad para evitar la pérdida de sus bienes durante el juicio, 3) supone la subsistencia del matrimonio, que no altera en nada, aparte del régimen de bienes.

A mi modo de ver, es preciso añadir a lo señalado por estos dos insignes comentaristas: a) Que la separación puede existir desde el comienzo del matrimonio, y no sólo como régimen sobreviniente que modifica el estado de sociedad conyugal; b) Que (en el Ecuador antes de 1958, y todavía ahora en Chile), se puede volver del régimen de separación al de comunidad (y aún en el Ecuador esto es posible aunque

sólo en el caso de separación de bienes producida por la separación conyugal judicialmente autorizada); 3) Este régimen, si es parcial, puede coexistir con el de sociedad, y por lo tanto habrá simultáneamente frutos que constituyan gananciales y otros que acrezcan el patrimonio de cada cónyuge.

Parece conveniente recordar que en el Ecuador, a partir de la reforma del 6 de noviembre de 1958, han desaparecido las causales para la separación de bienes judicial, que eran por insolvencia, administración fraudulenta o por mal estado de los negocios del marido. Ahora la única separación de bienes judicial, sería la que resulta de la separación conyugal judicialmente autorizada, establecida por la misma Ley de 1958, y que da lugar a la liquidación de la sociedad conyugal aunque subsiste el vínculo matrimonial, y en caso de reconciliación de los cónyuges ocasionaría el restablecimiento de la sociedad conyugal, aunque la Ley no es explícita al respecto.

Se produce separación legal de bienes cuando se hacen donaciones, herencia o legados a la mujer con la condición de que el marido no usufructúe esos bienes, o no los administre, o bien, que no tenga ni el usufructo ni la administración. También hay separación legal de bienes según nuestro derecho, en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero "siempre que, de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

El problema verdaderamente grave que plantea la separación de bienes, sobre todo cuando no es inicial sino superviniente durante el matrimonio, es el de el posible perjuicio que puede sufrir terceras personas.

Para evitar dicho perjuicio se recurre a varias medidas. La Ley francesa permite a los acreedores intervenir en el juicio como terceros interesados, o bien presentar una tercería propiamente dicha. Además, pueden pedir la nulidad de una separación fraudulenta.

Nuestra legislación prescribe la necesaria publicidad de la separación de bienes para que pueda afectar a terceros, para ello se ordena la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Enlaza con el anterior, el problema de la prueba de a quien pertenecen los bienes, en el estado de separación. No puede presumirse que los bienes sean de la comunidad, puesto que no la hay. Se presume, en este caso, que son de quien los posee. En caso de quiebra del marido se presume que son suyos los muebles, salvo prueba en contrario. En cuanto a los muebles domésticos, parece lógico suponer que son de aquel a quien pertenece el inmueble o a quien lo arrienda, salvo prueba en contrario.

En la práctica se presenta también otra dificultad: la mujer suele dejar que el marido administre de hecho algunos bienes separados, sin conferirle mandato expreso. Estos actos del marido, sin embargo, no deben considerarse nulos necesariamente; según las circunstancias, podrá estimarse que existe un mandato tácito, o bien que el

marido ha actuado como gestor de negocios, con facultades para realizar los actos de simple administración, particularmente, el cobro de rentas.

El régimen de separación de bienes, entre nosotros sólo se usa, cuando durante el matrimonio surgen dificultades de carácter económico, o de otra índole entre los cónyuges. Es pues, un paliativo, un mal menor. En cambio resulta totalmente inusitado iniciar el matrimonio estableciendo este sistema en las capitulaciones.

Planiol señala los inconvenientes del sistema: "La separación de bienes, afirma, no deja de ofrecer inconvenientes. Aparte de que no está muy en armonía con la comunidad de vida y de intereses que crea el matrimonio, puede dar lugar por parte de los cónyuges, especialmente por parte del marido, sobre todo si es comerciante, a fraudes en perjuicio de sus acreedores; puede originar discuciones frecuentes entre los cónyuges con motivo de los gastos del hogar; presenta en fin, como todos los regímenes sin comunidad, el error de ser un régimen egoísta".

Estos argumentos valen sobre todo contra la separación total, porque si la separación es parcial, más bien ofrece ventajas: puede servir para asegurar mejor el patrimonio de la mujer y más tarde de los hijos; da una moderada independencia a la mujer; puede equilibrar mejor, si se usa con prudencia, los aportes de ambos cónyuges al matrimonio y hacer más justa la partición de los gananciales

199.— Bienes reservados de la mujer

El Código Civil Alemán comenzo esta importante reforma al régimen tradicional, que consistió en reconocer a la mujer como "bienes reservados", los provenientes de su trabajo personal. El sistema alemán fué más tarde seguido también por el Código Federal Suizo Y en 1907, Francia dictó la ley de libre disposición del salario de la mujer casada, introduciendo así el régimen de "bienes reservados", aunque no se le da ese nombre en la ley francesa. Muchos otros países siguieron luego el ejemplo, entre ellos el Ecuador que ya en el Art. 8 de la Ley de 26 de setiembre de 1911 reconoce a la mujer excluída de bienes la plena propiedad y administración de los que obtuviere por su trabajo; también el Código de Comercio reconoció igual derecho a la mujer comerciante, aunque no esté separada ni excluída de bienes, y el mismo Código Civil afirma lo propio respecto de la que ejerce una profesión liberal, hasta llegar a toda mujer trabajadora. Nuestro Código del Trabajo también reafirma el mencionado derecho.

200.— Régimen dotal.

Este régimen totalmente desconocido entre nosotros, tuvo su origen en Roma, se aplicó bastante en francia y Europa en general, en la Edad Media, pero ha caído en franco desuso, el último país que

aceptaba este sistema en su legislación como régimen legal, fué Yugoeslavia.

El régimen dotal es un régimen de separación de bienes; entre los cónyuges no existe comunidad; sus patrimonios son independientes; sus deudas no se confunden; la mujer tiene capacidad para adquirir y administrar lo suyo; pero, a diferencia del simple régimen de separación hay una *dote* o sea un conjunto de bienes que la mujer entrega al marido, en usufructo o en propiedad, pero con la obligación de que éste restituya dichos bienes al terminar el matrimonio, y con el fin de contribuir así al sostenimiento del hogar.

En nuestro Código, como observa Vélez, respecto del Código Colombiano igual al nuestro, la dote no es más que una donación.

201.— Nuestro régimen de bienes.

Expuestos brevemente los distintos sistemas de bienes en el matrimonio, toca ahora calificar al nuestro.

En primer término, en el Ecuador, mediante las capitulaciones matrimoniales se podría establecer un régimen que no fuera contrario a nuestro orden público: por ejemplo el régimen de separación parcial o también dotal, un régimen como el suizo de "unión de bienes", etc... Igualmente se puede modificar el contrato típico de sociedad conyugal, haciendo entrar en la comunidad otros bienes distintos de los previstos por la ley, o excluyendo de la sociedad algunos de los que normalmente la integrarían. Se puede establecer aún una distribución distinta de los gananciales. Hay pues una gran libertad.

Si no se hace uso de las capitulaciones matrimoniales —y en la práctica, casi nunca se las celebra—, entonces el régimen legal supletorio, para quienes contraen matrimonio en el Ecuador, es el de sociedad conyugal.

Nuestra sociedad conyugal podría llamarse de "muebles y gananciales", aunque algunos autores, como Somarriva, sostienen que solamente es de gananciales, puesto que los otros bienes (los aportes iniciales principalmente) sólo entran al haber relativo de la sociedad, o sea con cargo de restitución en especie, o en su precio.

Además, nuestra sociedad conyugal puede modificarse durante el matrimonio por variadas causas: a) todas aquellas que originan la administración extraordinaria de la sociedad conyugal; b) por el hecho de tener la mujer una profesión liberal; c) por el hecho de ser la mujer comerciante; d) por el hecho de ejercer la mujer un trabajo remunerado; e) por la exclusión de bienes; f) por la separación parcial de bienes; g) por la separación conyugal judicialmente autorizada.

En resumen podemos decir, que el sistema ecuatoriano es ampliamente respetuoso de la libertad, suficientemente flexible como para adaptarse a las más variadas circunstancias, justo y equilibrado.

Desde luego, no faltan defectos, y precisamente con el ánimo

de perfeccionar un sistema que cuenta con muchos años de experiencia en el país, me permito señalar a continuación algunos puntos que considero podrían perfeccionarse.

202.— Posibles reformas.

A) Parece conveniente adoptar de la reforma introducida en Chile por medio de la Ley 10271, de 2 de Abril de 1952, la posibilidad de celebrar las capitulaciones matrimoniales en el acto mismo del matrimonio.

Nuestro Art. 1768 define las capitulaciones matrimoniales como "las convenciones que celebran los esposos *antes* de contraer matrimonio"; este artículo debería decir: "antes o en el acto de celebrar el matrimonio...".

B) Para facilitar a los ciudadanos que hagan uso efectivo de su libertad, debería establecerse expresamente que: "Mediante las capitulaciones matrimoniales pueden escoger el régimen de bienes más conforme con sus intereses, siempre que no vaya contra el orden público". En esa forma, sin lugar a dudas podría establecerse desde un principio el régimen de separación de bienes, o el de unión de bienes, u otro apropiado para las peculiares necesidades de los contrayentes.

C) Debería aumentarse la cuantía máxima para que puedan hacerse capitulaciones matrimoniales sin escritura pública. Actualmente, el Art. 1769 señala esa cuantía en ochocientos sucres, lo cual en el siglo pasado era mucho, pero hoy corresponde a una cantidad unas veinte veces mayor.

Podría fijarse ese límite en veinte mil sucres.

D) Debería permitirse que, si se celebran capitulaciones en la misma ceremonia del matrimonio, puedan hacerse, mediante las respectivas declaraciones de los contrayentes en el acta de matrimonio, sin otra escritura, y esto, aunque se refieran a inmuebles o muebles de mayor cuantía, o sea superior a los veinte mil sucres.

E) En todo caso debe exigirse la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, celebradas en cualquier forma, aún por instrumento privado. Esa inscripción debe hacerse en el Registro de la Propiedad del lugar en donde estén situados los bienes raíces, y si no los hay, en el del domicilio inicial de los cónyuges.

F) Debe constar necesariamente en el acta de matrimonio el hecho de haberse hecho capitulaciones, si se han hecho.

G) Cualquier cambio del régimen de bienes, para que surta efectos frente a terceros, debería inscribirse en el Registro de la Propiedad y además, anotarse al margen de la partida de matrimonio. Con estas disposiciones (E, F, G), parece que se tutela suficientemente los derechos de terceros.

H) Se debe corregir todos aquellos artículos del Código Civil, que, al referirse a los bienes que entran a formar parte de la sociedad conyugal, hablan de su adquisición "durante el matrimonio". La ex-

presión adecuada, en el estado actual de nuestra legislación, sería "durante la sociedad conyugal", o "mientras dura la sociedad conyugal".

I) Podría permitirse la liquidación voluntaria de la sociedad conyugal, a petición del marido como de la mujer. Actualmente, esta liquidación puede producirse a petición de cualquiera de ellos, pero solamente a raíz de que la mujer haya excluído sus bienes, con lo cual el marido está en una situación de desventaja injustificable.

J) Para algunos actos administrativos de importancia, como los arriendos de inmuebles, podría establecerse la intervención conjunta obligatoria de marido y mujer, pudiendo, en todo caso, reemplazar la autorización judicial, al consentimiento de uno de ellos.

K) Se podría establecer que las compensaciones y la devolución de saldos y precios de cosas aportadas a la sociedad, se hagan no al valor o precio del momento en que se causó la recompensa o se aportó la cosa, sino conforme al valor actual al momento de la liquidación (salvo las reglas relativas a expensas. mejoras y deterioros), para compensar en esa forma las desvalorizaciones de la moneda. No parece justo que, por ejemplo si la mujer aportó al matrimonio hace treinta años cinco mil sucres, se le devuelva al liquidarse la sociedad, igual cantidad numérica, que de hecho representan valor adquisitivo unas diez veces inferior; se le debería compensar con una cantidad equivalente en su valor adquisitivo.

L) Debe decirse expresamente en la Ley, cuál es el régimen jurídico de bienes que existe cuando los cónyuges que han estado separados conyugalmente por el juez (separación conyugal judicialmente declarada), y se reconcilian. Se podría establecer para este caso, como régimen supletorio legal el de separación de bienes, es decir, que, si quieren restablecer la sociedad conyugal, deban celebrar capitulaciones matrimoniales, que debería permitirse también en esta circunstancia.

M) Convendría aclarar el inciso 2º del Art. 159, indicando que se respeta en el Ecuador, por tratarse de derechos adquiridos, cualquier régimen de bienes establecido por haberse contraído matrimonio en el extranjero, mientras no vaya contra el orden público. Y esa disposición debe valer no solamente para los que se domicilian en el Ecuador, sino también para los transeuntes.

Sección 2ª: Las Capitulaciones Matrimoniales.

203.— Definición, objeto, funcion.

La sociedad conyugal puede establecerse, como hemos dicho, sea automáticamente, por disposición de la ley, o bien por convención expresa de los contrayentes. Además, el régimen de sociedad entre los cónyuges, sea legal o convencional, admite regulaciones especiales determinadas por ellos mismos y que normalmente se contienen en lo que se suele llamar "capitulaciones matrimoniales".

Nuestro Código Civil las define en el Art. 1768:

Art. 1768: "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".

Como indica Fueyo, son "convención", en sentido amplio, ya que no siempre originan obligaciones. Pueden simplemente enumerar los bienes para facilitar así la prueba al momento de la liquidación de la sociedad.

El Art. 1491 define el contrato o convención como si fueran ambos términos una misma cosa, pero la doctrina distingue: el contrato es una especie del género convención. El contrato siempre crea obligaciones. En cambio, de varios artículos del Código se desprende que la convención es un acto bilateral o plurilateral que surte ciertos efectos jurídicos entre las partes, pero no necesariamente establece obligaciones.

Las capitulaciones matrimoniales son un acto jurídico *dependiente* de la celebración del matrimonio, pero sus efectos se refieren más propiamente a la sociedad conyugal. Por esto, más exacto sería que la definición del Art. 1768 hiciera referencia a la aportación de bienes "a la sociedad conyugal", y no al matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales se refieren solamente a cuestiones patrimoniales, no podrían referirse a otras obligaciones o efectos del matrimonio, como los de índole personal: el deber de obediencia, protección, fidelidad, etc.

En fórmula muy sintética Planiol y Ripert dicen que las capitulaciones matrimoniales son "el acto por el cual los futuros esposos fijan su régimen económico matrimonial".

Pero nuestra definición legal dice algo más: también en las capitulaciones matrimoniales se pueden hacer los esposos "donaciones de presente o de futuro". Si producen sus efectos desde el momento del matrimonio (de su celebración), entonces tales donaciones son de presente, aunque las capitulaciones se hayan hecho con anterioridad, porque solamente producen sus efectos las capitulaciones cuando se ha celebrado el matrimonio. En cambio, las donaciones serán de futuro, si se hacen con plazo o condición que hayan de cumplirse después de la fecha de la celebración del matrimonio.

Hay que añadir que las capitulaciones matrimoniales son convenciones o pactos con ciertas características especiales: a) Su duración es indefinida; están llamadas a perdurar cuanto la sociedad conyugal perdure, y a veces, surten efectos aún después de disuelta la sociedad; b) son siempre solemnes: normalmente deben hacerse por escritura pública, y si su cuantía no llega a 800 sucres se requiere escritura privada con firma de los contrayentes y de tres testigos; c) obliga a terceros: crean las capitulaciones un estado jurídico sui-géneris, el de la sociedad conyugal, y unas modificaciones en la capacidad jurí-

dica de la mujer casada, que deben ser tenidos en cuenta también por terceras personas; d) no son acto condicional respecto del matrimonio, sino dependiente de él: el matrimonio es esencial para que tengan valor, pero su celebración no produce efecto retroactivo de las capitulaciones al momento en que se hubieren celebrado.

Las capitulaciones matrimoniales son también un acto *complejo,* que recuerda un tanto la constitución de sociedad. De aquí que sus cláusulas puedan variar infinitamente. Aparte de los actos y pactos ajenos al estatuto patrimonial de los futuros cónyuges, como el reconocimiento de un hijo, pueden contener las siguientes cláusulas principales: 1º la adopción de un régimen patrimonial determinado para el matrimonio; 2º donaciones en favor de los esposos, constitución de dote, ya procedan de los padres o ascendientes de los esposos, o de cualquier persona; 3º liberalidades que los esposos se hacen recíprocamente o no; 4º cláusulas para hacer constar las aportaciones de cada uno.

204.— Requisitos para el otorgamiento.

Quienes pueden contraer matrimonio, por regla general, también pueden hacer capitulaciones matrimoniales, aunque se trate de relativamente incapaces.

El menor de edad, si es adulto puede contraer matrimonio y también puede celebrar capitulaciones matrimoniales, pero necesita la autorización de aquellas personas cuyo consentimiento requiere para casarse. Estas personas no son necesariamente representantes legales del menor, como ya lo sabemos, puesto que pueden ser los ascendientes legítimos (abuelos, bisabuelos, etc.), y el menor puede tener padre o madre que esté ejerciendo la patria potestad, o estar bajo curaduría.

Las personas llamadas a autorizar al menor para que contraiga matrimonio y para que celebre capitulaciones, no pueden actuar en nombre y representación del menor, no pueden reemplazar el consentimiento del menor.

Pero aparte de este caso, de falta total de consentimiento, en general la intervención del menor sin la debida autorización de aquellas otras personas, no produce sino nulidad relativa ya que se establece en favor del propio menor y en consideración de su estado o capacidad.

Se ha planteado si cabe ratificación de lo actuado por el menor. Parece ser que dicha ratificación solamente sería posible antes del matrimonio, puesto que al celebrarse éste, las capitulaciones comienzan a surtir sus efectos, y entonces deben existir como contrato válido, o ser anulables, pero no cabe que queden sujetas a una incierta ratificación posterior. Por tanto, si el mismo menor llega a la mayoría de edad antes de casarse y ratifica las capitulaciones, estas quedarían convalidadas, y lo mismo sucedería si las ratifican antes del matrimonio, las personas que deben dar su asentimiento al menor. La ratificación debe

ser igualmente solemne, esto es, por escritura pública, o si se trata de bienes inferiores a los 800 sucres en total (lo de ambos contrayentes), entonces, por escritura privada ante tres testigos.

Tampoco parece que debería admitirse el saneamiento de la nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales por el transcurso del tiempo, porque este tiempo correría a partir del matrimonio, y cuando éste se celebra, las capitulaciones deben estar perfeccionadas.

En cuanto a otros incapaces, que se hallan bajo curaduría, tenemos los impúberes, y los dementes, que no pueden contraer matrimonio ni celebrar en forma alguna capitulaciones matrimoniales. Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito no están impedidos de contraer nupcias, pues basta que en alguna forma inequívoca demuestren su consentimiento matrimonial, pero para los actos patrimoniales sí son incapaces y no podrían hacer capitulaciones matrimoniales. Los disipadores, los ebrios consuetudinarios y toxicómanos pueden celebrar capitulaciones con el consentimiento de su guardador. Estos últimos tampoco pueden ser representados por el guardador, ya que se trata de actos de índole personal en los que no cabe representación legal, sino únicamente la voluntaria.

Las reglas anteriormente expuestas están principalmente contenidas en el Art. 1774:

Art. 1774: "El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer, en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; o menos las que tengan por objeto renunciar gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de esta clase será siempre necesario que la justicia autorice al menor.

El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor.

No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio. Toda estipulación en contrario es nula".

Así, pues, si el menor de edad es además pródigo, debe tener doble autorización para celebrar capitulaciones matrimoniales: la del padre, ascendiente, etc. llamado a autorizarle para el matrimonio, y la del guardador, siempre que la guarda no esté desempeñada por la misma persona.

En todo caso, para la enajenación o gravámenes de bienes raíces, se exige además la autorización judicial, y no bastaría la del representante legal o del ascendiente que autoriza el matrimonio. Este requisito de autorización judicial se exige también para la renuncia de gananciales.

Respeto de la forma, el Art. 1769 establece que debe ser solemne:

Art. 1769: "Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública; pero cuando no ascienden a más de ochocientos sucres los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el cantón".

Actualmente no se dice de modo expreso que las capitulaciones deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, pero el numeral 6º del Art. 1778 se remite al contrato de compraventa de bienes raíces y según él se requiere inscripción, además, toda la estructura de nuestro sistema legal de los bienes raíces exige la inscripción en el Registro para la oponibilidad de los derechos frente a terceros.

Si los esposos, o uno de ellos, son comerciantes, las capitulaciones deben inscribirse también en el Registro Mercantil, según lo dispone el Art. 33 del Código de Comercio, y debe fijarse por seis meses un estracto de la escritura en el despacho del Registrador. Pero la omisión de estas disposiciones no produciría nulidad, sino multa, indemnización de perjuicios e inoponibilidad de las capitulaciones frente a terceros. En cambio la carencia de escritura pública, acarrea nulidad absoluta.

No puede alterarse o modificarse el contenido de las capitulaciones matrimoniales sino en forma igualmente solemne.

Por otra parte ciertos actos realizados a través de capitulaciones matrimoniales pueden simplificarse en cuanto a su trámite formal. Concretamente, el Art. 1459 dispone que las donaciones hechas con los requisitos debidos entre los esposos en las capitulaciones matrimoniales, no requieren insinuación, ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas. Se justifica esta disposición en vista de que los cónyuges forman una estrecha unidad entre sí, de modo que estas donaciones en cierto modo no son a extraños, no empobrecen realmente a quien las hace. Además, si las efectúa un menor de edad u otro incapaz relativo, requiere de todos modos de autorización judicial, como lo ordena el Art. 1774.

Las donaciones están también limitadas en cuanto a su monto para no desvirtuar las reglas sobre las sucesiones por causa de muerte. El Art. 1844 dice: "Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes propios que aportare"; y esta cuarta parte corresponde a la cuarta de libre disposición.

Sorprende que mientras las capitulaciones matrimoniales deben hacerse por escritura pública, salvo cuando no ascienden a más de ochocientos sucres los bienes aportados por ambos cónyuges al matrimonio, en cambio el nº 4 del Art. 1778 permite hacer exclusión de la comunidad conyugal de cualquier cantidad de bienes muebles mediante sim-

ple escritura privada con firma de tres testigos. No existe la debida proporción entre ambas disposiciones. Además, el perjuicio de terceros que se pretende evitar con la exigencia de escritura pública, puede producirse, casi con mayor razón, en el caso de esta exclusión de bienes muebles. La regla de nuestro Código se fundamente sin duda en el antiguo prejuicio de que los muebles no solían tener mayor valor: "res movilis, res vilis"; pero hoy no puede aceptarse tal concepto.

Si las capitulaciones no son válidas por alguna de las causas indicadas, los contrayentes deben considerarse vinculados simplemente por el régimen legal de sociedad conyugal.

La forma de las capitulaciones matrimoniales en el plano del Derecho Internacional Privado, se rige por la regla universalmente admitida: "locus regit actum". Sin embargo, las medidas de publicidad son territoriales.

Si el conflicto de leyes se presenta respecto de Colombia, tenemos el Tratado de 1903, cuyas principales disposiciones al respecto son las siguientes: Art. 13: "Las capitulaciones matrimoniales celebradas fuera de la República estarán sujetas a las mismas disposiciones que reglan los contratos". "Art. 14: "No habiendo capitulaciones matrimoniales la ley del domicilio conyugal regirá los bienes muebles de los cónyuges, sea cualquiera el lugar en que aquellos se hallen o en que hayan sido adquiridos". "Art. 15. Los bienes se regirán en todo caso por la ley del lugar en donde estén situados".

Respecto de otros países americanos, será aplicable el Código Sánchez de Bustamante, que en el Art. 187 establece: "Este contrato se rige por la ley personal común de los contrayentes y, en su defecto, por la del primer domicilio matrimonial. Las propias leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación". En todo caso, desde luego, prevalecerán las disposiciones de orden público ecuatorianas, como son la exigencia de escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad, si las estipulaciones afectan a bienes situados en el Ecuador.

205.— Cláusulas permitidas y prohibidas.

Las siguientes cláusulas son permitidas: 1º Establecer un régimen patrimonial; 2º la renuncia de gananciales; 3º donaciones por causa de matrimonio, o, excluída la causa de matrimonio, con carácter irrevocable; 4º concesiones recíprocas, por ejemplo, pensiones, etc.; 5º exención de la comunidad de cualquier parte de los bienes muebles; 6º ingreso en la comunidad de bienes raíces de la mujer; 7º destino de valores propios de un cónyuge para adquirir bienes raíces o muebles que no formarán parte de la sociedad conyugal; 8º modificación de las reglas sobre expensas ordinarias y extraordinarias de un descendiente común; 9º división de los gananciales en proporción diferente de la señalada por la ley; 10º constitución de servidumbres, o hipotecas; 11º inventario de los bienes aportados por los cónyuges.

El punto relativo a si puede estipularse que el marido pueda enajenar los bienes raíces de la mujer sin más trámite, es discutible. En Chile, varios autores consideran que sí es posible tal cláusula, entre ellos, Somarriva lo afirma categóricamente. Pero en el Ecuador, parece que, dada la reforma de 1936, que exige la comparecencia conjunta de los dos cónyuges para la enajenación de bienes que el marido esté obligado a restituir en especie, si son raíces, entonces no es posible que se establezca contra el mandato expreso de la ley, la posibilidad de que el marido enajene, sin la intervención de la mujer. Unicamente queda la duda de si una cláusula semejante en las capitulaciones matrimoniales pudiera considerarse como poder conferido por la mujer al marido, en cuyo caso, si es especial, esto es, con señalamiento expreso del inmueble de que se trate, sí podría admitirse el valor de tal cláusula también en nuestro país.

Otro punto que se debe tener en cuenta es el relativo a la administración de los bienes *de la mujer* por parte del marido. Contra lo que podría creerse a primera vista, estas reglas no son necesariamente de orden público, y por lo mismo podrían sufrir modificaciones en las capitulaciones matrimoniales. No se debe confundir con la administración de los bienes *de la sociedad conyugal*, la cual no podría confiarse en las capitulaciones a la mujer, porque ello significaría invertir totalmente el sistema establecido por la ley.

Se pueden ampliar o restringir las facultades administrativas del marido respecto de los bienes de la mujer. Así se pueden imponer al marido ciertas obligaciones en interés de la mujer, que indirectamente limiten sus facultades administrativas. La más importante es la cláusula de invertir o reinvertir el dinero propio de la mujer en un objeto determinado, por ejemplo, en compra de bienes raíces, o de otros valores muebles.

Del mismo modo, pueden los futuros cónyuges en las capitulaciones, modificar la composición del patrimonio de la sociedad, haciendo ingresar ciertos bienes que conforme a la ley no ingresarían, o excluyendo otros. También pueden alterar la situación pasiva de la sociedad conyugal cargándole deudas de las que normalmente no debería responder, o bien asumiendo uno de los cónyuges obligaciones propias de la sociedad o del otro cónyuge. Sería, sin embargo nula la cláusula por la cual el marido no pudiera obligar a la sociedad, por ir contra la expresa disposición del Art. 1802.

Puede la mujer aportar bienes raíces apreciados para que la sociedad le restituya en dinero, en cuyo caso hay transferencia del dominio (Art. 1778 nº 6). Esto plantea la duda respecto a si también el marido podría hacer lo propio; pero parece que la respuesta negativa es la más cierta, ya que, sería ineficaz un negocio así, puesto que el marido confunde sus bienes con los de la sociedad.

En cuanto a las donaciones, pueden hacerse los cónyuges por cualquier cuantía sin necesidad de insinuación judicial (Art. 1459),

pero en ningún caso pueden sobrepasar la cuarta parte de los bienes que posean al momento de las capitulaciones (Art. 1844).

La renuncia de gananciales es otra cláusula lícita, pero únicamente para la mujer, no para el marido, y que debe hacerse necesariamente antes al matrimonio. También cabe, una vez disuelto el matrimonio, pero entonces ya no será por medio de capitulaciones. El Art. 1833 explica por qué es posible esta renuncia sólo por parte de la mujer. Si ella renuncia, se libra de tener que pagar deudas de la sociedad; mientras que si no renuncia, tiene que *probar* el exceso de la contribución que se le pide, es decir, que en todo caso no responde sino hasta el monto de sus gananciales, pero para librarse del pago de una deuda tendría que demostrar que otras obligaciones ya han absorbido el monto de sus gananciales. La renuncia de los gananciales significa, pues, liberación de la carga de la prueba en materia de pago de deudas o de contribución a su pago.

Se puede estipular también que la mujer disponga de una cantidad de dinero o de una pensión periódica. Estas sumas serán en tal caso administradas por la mujer libremente, con la misma capacidad que tendría si fuera soltera.

Cabe también establecer la separación parcial de bienes, en virtud de la cual, la mujer se reserva para administrar y disponer libremente, de uno o más bienes, de cualquier género o especie: muebles o inmuebles, presentes o futuros, etc. (Art. 1773 y Sección IV del Título VI del Libro I). Pero no se puede hacer separación *total* de bienes, ya que, como dice Vélez ello iría contra la base misma del sistema de sociedad conyugal adoptado por nuestros países.

También pueden establecerse otras "concesiones" (Art. 1768), las cuales podrían consistir, por ejemplo, en una hipoteca u otras garantías, o bien servidumbres, derechos reales de uso, etc. siempre que no estén prohibidas.

Pasemos a examinar precisamente las cláusulas que no están permitidas.

a) En primer término no se pueden pactar disposiciones que irían contra la vigencia de la sociedad conyugal: ni cabe excluir totalmente el régimen de sociedad conyugal (como sucedería con una separación *total* de bienes), ni tampoco se puede pactar que la sociedad empiece antes o después del matrimonio (Art. 1774), ni se admite alterar sustancialmente la sociedad, por ejemplo confiriendo los poderes propios del marido a la mujer, o eliminando las garantías y seguridades que la ley establece a favor de la mujer. Aunque esto resulta de dudoso valor después de la vigencia de la nueva Constitución de la República.

b) Tampoco son admisibles las cláusulas que desvirtuaran el equilibrio jurídico-económico de la sociedad.

c) Igualmente, no pueden las capitulaciones contener cláusulas que signifiquen renuncia de derechos ajenos (Art. 11), y por esto se

prohibe expresamente, en el Art. 1773, perjudicar los derechos de los descendientes comunes.

d) Una estipulación contraria al orden público, a las bases esenciales de las instituciones del país, tampoco tendría validez.

e) Las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres están expresamente excluídas por el Art. 1770. A veces será muy difícil distinguirlas de las que se oponen al orden público, ya que el orden público tutela las buenas costumbres.

Nuestro Código prohibe también la renuncia a la acción de separación conyugal, pero solamente rige este vedamiento para la mujer (Art. 185), aunque no sea ello muy lógico.

f) Son estipulaciones prohibidas, por ir "en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge": las que desconocieran la potestad marital o la destituyeran de sus esenciales derechos; las que alteraran la capacidad de los cónyuges, contra las disposiciones de la ley; las que quitaran al marido el derecho de administrar los bienes, o el derecho de goce de los bienes que le corresponden para mantener las cargas del hogar. Tampoco serían admisibles otras cláusulas que, apartándose del objeto propio de las capitulaciones alteraran las facultades de los cónyuges, ya no en cuanto cónyuges, sino en cuanto padres de familia: las relativas a educar y castigar a los hijos, o bien sobre su cuidado, tutela, curaduría, emancipación, etc.

206.— Inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

Antes de celebrarse el matrimonio, las capitulaciones pueden modificarse, o dejarse totalmente sin valor, en todo caso, mediante el procedimiento solemne que hemos expuestos. Pero una vez celebrado el matrimonio, en principio, no pueden alterarse las capitulaciones.

Por regla general toda obligación contractual puede modificarse por acuerdo entre las partes contratantes (Art. 1620), pero las capitulaciones matrimoniales no, por disposición expresa del Art. 1775.

Antiguamente se consideraban inmutables las capitulaciones matrimoniales por su carácter de pacto de familia. Hoy, en cambio, se suele justificar esta característica por la necesidad de dar la máxima estabilidad al régimen de bienes protegiendo así los intereses de terceros y también los de la mujer.

Pero las ventajas que se aducen en favor de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, son muy relativas. Si es verdad que el interés de la mujer quedará mejor resguardado en ciertos casos, en otros, precisamente para proteger mejor a la mujer puede ser necesario cambiar lo establecido en las capitulaciones. Si debemos admitir que el marido podría inducir a la mujer a modificaciones perjudiciales, también un buen marido puede sugerir cambios ventajosos, y además, la influencia del marido puede ser tanto o más poderosa el momento en que se celebran las capitulaciones (antes del matrimonio), como durante el matrimonio. En cuanto a los perjuicios que podrían

sufrir terceras personas por un cambio en las capitulaciones, pueden eliminarse fácilmente con la debida publicidad, que desde luego debería darse a tales cambios. Por todas estas razones, algunos códigos modernos, como el alemán sí permiten modificar las capitulaciones durante el matrimonio.

En todo caso, la inmutabilidad de las capitulaciones sufre algunas excepciones, que tienden en el mundo moderno a ser más amplias y numerosas. En nuestro derecho, además de las donaciones y del mandato, las capitulaciones matrimoniales pueden sufrir importantes modificaciones por efecto de la separación de bienes, la exclusión de bienes, la separación conyugal judicialmente autorizada, el hecho de que la mujer llegue a ejercer una profesión liberal u otra profesión industria u oficio, y particularmente el comercio; en todos estos casos, la mujer adquiere una capacidad jurídica especial y en algunos de ellos, hace suyos los frutos de su trabajo o de sus bienes. Además, si la mujer tiene que ejercer la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, las reglas de dicha administración y de la responsabilidad por los actos de la mujer casada, se alteran totalmente.

Sección 3ª: Sociedad Conyugal

207.— Concepto y naturaleza.

El mantenimiento del hogar y familia común constituídos por el matrimonio puede realizarse fundamentalmente de dos maneras: o bien contribuyendo ambos cónyuges en proporción a sus posibilidades, o bien constituyendo un patrimonio común con el cual se hace frente a todas las obligaciones. Naturalmente entre ambos extremos caben numerosas combinaciones. El segundo sistema está en la base de todo régimen matrimonial de bienes de tipo comunitario.

La principal ventaja de los regímenes de sociedad conyugal radica en que al crearse un patrimonio común, se da una base más de unidad al matrimonio: aquella unidad económica refuerza los vínculos jurídicos, sentimentales y morales que se hallan en el matrimonio. En cambio, se ha dicho que esta organización económica del hogar puede fomentar los matrimonios por interés, pero esta objeción naturalmente es muy relativa y discutible.

Los regímenes de separación, en cambio son aptos para asegurar una mayor independencia de los cónyuges, pero esta independencia entraña el correspondiente peligro de desunión.

El sistema seguido por la mayor parte de los países latinoamericanos, entre ellos el Ecuador, es el de sociedad de muebles y gananciales. No es comunidad universal, ni tampoco de sólo gananciales, sino que combina adecuadamente ambos extremos. Hay aporte inicial de muebles, y se enriquece posteriormente con muebles o inmuebles adquiridos a título oneroso. Además nuestro régimen es bastante flexible, en el sentido de que mediante las capitulaciones matrimo-

niales, se puede modificar aumentando o disminuyendo el patrimonio común y las cargas personales o comunes.

La sociedad conyugal existente en el Ecuador, se puede pues, calificar de un sistema comunitario de bienes por el cual se forma un patrimonio social mediante los aportes iniciales de bienes muebles y las adquisiciones que posteriormente al matrimonio se hagan a título oneroso. Corresponde la administración ordinaria de este patrimonio común, al marido, el cual tiene un derecho especial de goce de los bienes, con la obligación de mantener el hogar.

Hay notables diferencias entre una sociedad y la sociedad conyugal: en una sociedad de negocios los socios pueden ser dos o más, y no tiene trascendencia el sexo, mientras que en la sociedad conyugal solamente intervienen marido y mujer; la sociedad conyugal puede existir aunque no existan aportes, lo que sería imposible en las otras; las ganancias de la sociedad conyugal se reparten por igual, y no en proporción a los aportes, como en las demás sociedades; la duración de la sociedad conyugal está determinada por el matrimonio, por regla general, y no admite plazo o condición, en tanto que en las sociedades de negocios puede haber, y normalmente hay un plazo; la administración de éstas corresponde a los socios o a quien ellos la confíen, mientras que la sociedad conyugal está administrada por el designado por la ley: el marido, o excepcionalmente la mujer; la sociedad de negocios constituye una persona jurídica distinta de los socios, cosa que no sucede con la sociedad conyugal. Pero fundamentalmente se diferencia la sociedad conyugal de las demás sociedades por su misma finalidad, ya que la de ésta consiste en servir de base económica al matrimonio y regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges, lo cual es muy distinto de toda otra gestión o negocio.

La sociedad conyugal tampoco es una comunidad de bienes o una copropiedad. Hay sí en la sociedad conyugal una copropiedad sobre ciertos bienes con una "afectación a un fin preciso". Pero no es sólo eso, además de que aquel patrimonio común, frente a terceros es propiedad exclusiva del marido a pesar de las restricciones que la ley le impone a la libre disposición del mismo.

Si fuera una comunidad de bienes, cada propietario tendría derecho a una cuota y podría disponer de ella, y en el Art. 1804 encontramos la precisa disposición de que la "mujer no tiene derecho a los bienes sociales durante la sociedad". Y según el Art. 1802, "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales", luego la mujer no es dueña de una cuota ni pueda disponer de ella.

Una vez disuelta la sociedad conyugal entonces sí, hasta su liquidación, se produce una comunidad, la cual es administrada conjuntamente por los ex-cónyuges o sus herederos.

No pudiendo reducirse la sociedad conyugal a la naturaleza de otras figuras jurídicas, hay que concluir que es una asociación *sui-generis* que no constituye tampoco una persona jurídica, sino un complejo peculiar de relaciones de índole patrimonial cuya unidad perma-

nece muy fuertemente durante el matrimonio, y cuya pluralidad (o sea el hecho de participar en ella marido y mujer) se aprecia sobre todo al momento de su disolución y liquidación.

208.— Establecimiento de la sociedad conyugal.

Tanto el Art. 159 como el Art. 1771 nos indican que la sociedad conyugal se establece por el mero hecho del matrimonio. Pero mientras del Art. 159 se desprende que esto sucede siempre que se celebre el matrimonio en el Ecuador, el Art. 1771, parece no tener en cuenta este particular y en cambio agrega "a falta de pacto escrito"; dice así:

Art. 1771: "A falta de pacto escrito, se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este Título".

No creo, sin embargo, que por medio de pacto escrito pueda eliminarse la sociedad conyugal en un matrimonio contraído en el Ecuador, porque el conjunto de nuestra legislación permite calificarla como una institución de orden público, que no puede ser derogada por la voluntad individual. El Art. 1771 se refiere, sin duda, a la posibilidad de modificar, hasta cierto punto, mediante pacto escrito las disposiciones del Título XXII del Libro IV.

Parece, con todo, que se debería propender hacia una mayor flexibilidad de nuestro sistema, permitiendo que los contrayentes escogieran libremente el momento de casarse, o antes, un régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes, ya que estos dos han entrado profundamente en las costumbres nacionales y responden cada uno de ellos adecuadamente a ciertas circunstancias familiares.

209.— Reglas de Derecho Internacional Privado.

Ya hemos examinado los problemas de Derecho Internacional Privado que se producen cuando existen capitulaciones matrimoniales; aquí nos concretamos al estudio del régimen legal de bienes, o sea, del caso de no existir convención expresa entre los cónyuges sobre el régimen de bienes en el matrimonio.

La doctrina sigue tres corrientes distintas en punto a determinar la ley aplicable a falta de capitulaciones matrimoniales: la ley nacional de los cónyuges, la del Estado donde se establezca el domicilio conyugal, y la del lugar de la celebración del matrimonio.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 que tienen aplicación entre varios países sudamericanos, y también notable influencia doctrinal, han preferido la ley del domicilio matrimonial.

El Código Sánchez de Bustamante aplica el derecho personal de los cónyuges a la administración y disposición de los bienes comunes y el derecho personal de la mujer a los bienes propios de ella. Es una regla en apariencia sencilla y razonable, pero que se presta a muchas complicaciones. En primer lugar, hay que averiguar cuál es la

nacional, la del domicilio u otra que cada Estado adopte. Por otra parte, es necesario determinar previamente cuáles son los bienes comunes y cuáles los de la mujer, y esto debe verificarse de conformidad con alguna ley, y entonces, si hay contrato (capitulaciones), se debe aplicar el Art. 187 del Código Sánchez de Bustamante y resolver el problema según la ley personal común o en su defecto por la ley del primer domicilio matrimonial. Si no existen capitulaciones el régimen legal supletorio es también el señalado por la ley personal común, y en su defecto, por las del domicilio matrimonial que primeramente se establezca.

Nuestro Tratado con Colombia, de 1903, somete a distinto régimen los bienes muebles y los inmuebles, en caso de no haber capitulaciones matrimoniales: los bienes raíces "se regirán en todo caso por la ley del lugar en donde estén situados" (Art. 15), y los muebles por la ley del domicilio conyugal. Esta distinción de las dos categorías de bienes es hoy día poco aceptada, para los efectos de Derecho Internacional Privado.

En cuanto a nuestra legislación interna no es del todo clara. El Art. 159 da lugar a serias dudas en su interpretación, pero podemos resumir así los principales principios: a) Es aplicable la ley ecuatoriana al sistema de bienes en el matrimonio, si éste se celebra en el Ecuador ante autoridades nacionales, sin consideración respecto del domicilio o nacionalidad de los contrayentes; b) igualmente es aplicable la ley ecuatoriana en los casos de matrimonios celebrados en el exterior (por ecuatorianos o extranjeros domiciliados en el Ecuador), ante agentes consulares o representantes diplomáticos de nuestro país (Art. 126); y c) no es aplicable el sistema legal ecuatoriano al matrimonio de extranjeros en el Ecuador si se celebra ante sus agentes consulares o diplomáticos (por principio de reciprocidad), ni tampoco al matrimonio celebrado en el exterior por ecuatorianos o extranjeros pero ante autoridades de aquellos países.

Aún después de afirmar estas reglas, quedan numerosas y graves cuestiones por resolver. En primer término: ¿puede establecerse mediante capitulaciones matrimoniales, en el Ecuador, un sistema distinto del aceptado por las leyes ecuatorianas? Creo que el respeto del orden público lo impide en principio, pero si ese régimen no va a producir ningún efecto en el país, tampoco se lo podría calificar de contrario al orden público y podría tener validez un pacto de ese género.

Luego está el problema de la posibilidad de posteriores cambios en el sistema legal establecido por el matrimonio. También en este punto considero que el principio directivo debe ser el de mantener el orden público el cual se afecta siempre y cuando se modifiquen relaciones de orden familiar o que se refieran a bienes situados en el Ecuador o a obligaciones que deban cumplirse en este país; por consiguiente, cualquier modificación ulterior del régimen matrimonial de bienes, si se hace en el extranjero, debe someterse a la ley ecuatoriana en tales casos, es decir, cuando pudiere afectar a nuestro orden público.

Más discuciones ha suscitado el caso de los casados en el extranjero que pasen a domiciliarse en el Ecuador. Según el Art. 159, éstos "se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

Claro Solar cree que se deben considerar como separados de bienes solamente a los que se casaron en el extranjero bajo ese régimen de separación de bienes, y que, en cambio, los que contrajeron matrimonio bajo otro régimen, por ejemplo dotal, conservarían dicho régimen al domiciliarse en Chile, o en el Ecuador. No parece aceptable la opinión del gran tratadista Claro Solar en este punto, ya que el tenor literal del Art. 159 exige la existencia de "sociedad de bienes", para que los casados en el exterior no se miren como separados de bienes al venir a domiciliarse en nuestro país.

Pero aún subsiste el problema de saber si esa "sociedad de bienes", deba ser necesariamente *nuestra* "sociedad conyugal", o si puede ser también otro sistema comunitario, aunque esté regulado por normas bastante alejadas de las nuestras. Fueyo y otros autores opinan con razón que debe entenderse la expresión "sociedad de bienes" en sentido amplio y no restringido, porque prácticamente no se encuentra dos países del mundo que tengan regulaciones idénticas salvo el raro caso de las recepciones de leyes. Sin embargo, otros, como Gonzalo Barriga Errázuris, opinan lo contrario, y tendrían a su favor el principio de los derechos adquiridos que exige normalmente una gran similitud de instituciones para ser realmente aplicable en el plano internacional, porque de otro modo, se distorciona totalmente dicho principio.

Supuesto que quienes se han casado en el extranjero y se radican en el Ecuador no deben mirarse como separados de bienes porque bajo el imperio de las leyes que rigieron su matrimonio existía una sociedad de bienes, pero ésta es distinta de la sociedad conyugal aceptada por nuestro Código, entonces, ¿conforme a cuál de ellas deberá funcionar esa sociedad en el Ecuador? En este punto, más razonable parece la adopción de la ley ecuatoriana, por lo menos en todo cuanto pueda afectar al orden público ecuatoriano (relaciones de familia con ecuatorianos, bienes situados aquí, y obligaciones que deban cumplirse en el Ecuador). Solamente ciertos efectos u obligaciones que deban cumplirse plenamente en el exterior y respecto de personas extranjeras podrían regirse entonces por ley extranjera, o suponiendo organizada la sociedad por una ley extranjera, sería por ejemplo el caso de la aplicación de bienes propios de la mujer, situados en el exterior, para cumplir una obligación alimenticia de ella respecto de parientes extranjeros.

Observa Vélez que esa excepción del sistema de comunidad de bienes no resuelve el caso de los extranjeros *transeuntes*, que aunque no están domiciliados en el país, pueden verse en la necesidad de hacer valer algunos derechos relacionados con sus bienes. Podría llenar-

se este vacío, refiriéndose no solamente a los que pasan a domiciliarse en el Ecuador, sino en general a todos aquellos cuyos actos tengan repercución en el país. Vélez considera que mientras se llene esa laguna legal, debe aplicarse por analogía la misma regla a los transeuntes que a los domiciliados.

Finalmente, cabe preguntar si en todo caso deben "mirarse como separados de bienes", en las circunstancias descritas, o si podría destruirse esa presunción en alguna forma. En otras palabras: ¿nos hallamos ante una presunción legal y de derecho, o simplemente legal y que admita prueba en contrario?. Probablemente, dada la rigidez habitual de nuestro sistema, no podría demostrarse que los casados en el extranjero y que se domicilian en el Ecuador se acojen al régimen de sociedad conyugal ecuatoriano si se casaron bajo un régimen dotal, de separación, etc. Considero, sin embargo que convendría dar mayor flexibilidad a la ley y permitir que, mediante una declaración expresa, puedan los casados en el exterior acogerse a nuestro sistema de sociedad conyugal al momento de domiciliarse en el Ecuador.

210.— Activo absoluto de la Sociedad conyugal.

La sociedad conyugal cuenta con un activo y con un pasivo que se integran en la forma que determina la ley, salvo que mediante las capitulaciones matrimoniales se hayan establecido cosa diferente. El Art. 2076 permite indirectamente, la sociedad universal de bienes entre los cónyuges, la que comprendería en su activo todos los bienes de ellos, pero la sociedad conyugal que sigue el régimen legal supletorio, no comprende *todos* los bienes que tengan o adquieran los cónyuges sino solamente algunos de ellos. Normalmente, pues, hay que distinguir tres patrimonios distintos: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad conyugal.

Dentro del haber de la sociedad conyugal se puede distinguir, como lo hace Arias el haber originario y los gananciales, es decir, cuales son los bienes que integran inicialmente el activo, los que se aportan al matrimonio, y por otra parte los que constituyen el activo al momento de la disolución del matrimonio, los que se han agregado o aumentado el activo inicial.

También es corriente clasificar el activo en absoluto y relativo. Activo absoluto es el integrado por aquellos bienes que pasan a ser de la sociedad conyugal sin cargo de restitución; mientras que el relativo está integrado por aquellos bienes que durante el matrimonio se confunden con los propios de la sociedad, pero que al liquidarse, deben restituirse en especie al cónyuge que los aportó, o bien, dan lugar a una recompensa a favor de dicho cónyuge. En igual forma existe un pasivo absoluto y un pasivo relativo.

Finalmente, debemos distinguir el activo legal y el convencional. Legal, es el que se constituye sólo por mandato del Derecho, y llamamos convencional al que proviene de modificación del régimen

legal mediante las capitulaciones matrimoniales. Estudiaremos primeramente el legal, y luego sus posibles modificaciones convencionales.

No tenemos en nuestra ley una enumeración taxativa de los bienes que componen el haber absoluto, sino que en el Art. 1778 se indican los principales rubros de él, pero entremezclados con otros que constituyen haber relativo o aparente, como lo llaman otros.

Según nuestro Código para determinar si un bien pertenece al activo de la sociedad o al patrimonio de uno de los cónyuges, y si su ingreso es definitivo (haber absoluto), o solamente transitorio (haber relativo), hay que tener en cuenta varios factores que son estos: a) la naturaleza de los bienes: muebles o inmuebles; b) la naturaleza del título de adquisición: gratuito u oneroso; c) el tiempo de la adquisición: antes o durante el matrimonio.

Sintéticamente se puede expresar en este cuadro:

Factor bienes:	*Tiempo adquisición:*	*Título:*	*Clase de Activo:*
Muebles	Antes del matrimonio	cualquiera	Relativo
	Durante el matrimonio	gratuito	Relativo
		oneroso	Absoluto
Inmuebles	Durante el matrimonio	oneroso	Absoluto
		gratuito	No ingresan
	Antes del matrimonio	cualquiera	No ingresan

Examinemos detalladamente cada caso de bienes que entran al haber absoluto:

A) Inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Para determinar estos bienes, como en general todos los demás, se debe tener en cuenta el tiempo en que se produce el título de adquisición, y no la fecha en que se haya prometido su venta, donación, etc., ni la del contrato, o la de la toma de posesión material o legal.

En el caso de los inmuebles sabemos que la compraventa no transmite el dominio, sino que éste se adquiere mediante la tradición que se verifica al inscribirse en el Registro de la Propiedad el correspondiente título. Por tanto si antes del matrimonio se ha hecho la escritura de compraventa y se inscribe ya dentro del matrimonio, ese bien no ingresa a la sociedad conyugal, porque el título (compraventa, permuta, etc.), es anterior al matrimonio. Viceversa, si se adquiere por uno de estos títulos onerosos, durante el matrimonio, tal cosa sí ingresa a la sociedad conyugal.

Nuestro Código al hablar del activo de la sociedad convugal se refiere a cosas adquiridas "durante el matrimonio" (Art. 1778), porque antes de las numerosas reformas que ha sufrido el Código, la sociedad conyugal duraba casi siempre lo mismo que el matrimonio, ya

que solamente se disolvía por la muerte o por el divorcio sin ruptura del vínculo, que era muy raro en la práctica; pero hoy día que la sociedad conyugal puede terminar por varias otras causas, y es frecuente que termine, debería reformarse la ley para que hiciera referencia directa a la "duración de la sociedad conyugal" y no del matrimonio; así sería más exacta; en todo caso, entendemos que el título debe producirse "durante la sociedad conyugal".

Además, habría que agregar que no siempre los bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal pertenecen a ella, puesto que en ciertos casos entran al haber particular de uno de los cónyuges, como en los casos de subrogación. Debería, pues, decir el Art. 1778: "siempre que no pertenezcan a uno de los cónyuges por expresa disposición de la ley o por haberse pactado así en las capitulaciones matrimoniales". En cambio, no importa de quién haya sido el dinero con el que se compra el inmueble.

Aparte de los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, pueden ingresar también a la sociedad conyugal, los donados o dejados en herencia, si es con la precisa condición de que entren a la sociedad conyugal, según enseña Planiol. En cambio, no sigue nuestro Código el sistema francés en lo relativo a los donados conjuntamente a ambos cónyuges: en Francia entran también a la sociedad conyugal en tal caso, pero en nuestro sistema pertenecen al patrimonio de cada cónyuge, formándose entonces una comunidad, pero no son bienes de la sociedad conyugal.

Los bienes concedidos por la autoridad pública, en virtud de leyes especiales, como la concesión de minas, las tierras baldías denunciadas, etc., se deben asimilar a las adquisiciones a título oneroso, porque realmente lo son, aunque su costo de adquisición sea casi nulo, y por lo mismo sí ingresan a la sociedad conyugal, siempre que el título pertenezca al tiempo de la sociedad.

Según el Art. 1781: "el terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, adquirido por él durante el matrimonio a cualquier título que lo haga comunicable según el Art. 1778, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño. Entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo, a prorrata de sus respectivos valores al tiempo de la incorporación". Es una aplicación concreta del principio ya señalado, con la excepción muy lógica cuando no sean separables los dos bienes.

Otra aplicación del mismo principio, está en el Art. 1782: "La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas proindiviso, y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya contado la adquisición del resto".

La aplicación del referido artículo en algunos casos es abso-

lutamente clara e indiscutible, por ejemplo si antes del matrimonio uno de los cónyuges compró en unión con otra persona un terreno, correspondiéndole una cuota equivalente a la mitad, y después, durante el matrimonio se compra la cuota del otro comprador (la otra mitad), entonces esta última adquisición pertenece a la sociedad conyugal y la primera mitad al cónyuge que la compró cuando soltero: hay una comunidad entre la sociedad conyugal y el cónyuge: tienen una propiedad indivisa.

En cambio, en otros casos se ha producido gran discución sobre el verdadero alcance de aquella norma. Concretamente, si en una sucesión por causa de muerte se ha asignado durante el matrimonio a uno de los cónyuges un inmueble de valor muy superior a su cuota hereditaria, quedando éste obligado a refundir una suma de dinero, para algunos la referida regla sería aplicable, y para otros no lo sería. Se puede considerar que toda la adquisición es a título de herencia (título gratuito), y por tanto toda la propiedad no entraría a la sociedad conyugal; pero también, y con mayor razón, se puede decir que sólo una parte es adquisición a título gratuito (la que corresponda a la asignación o cuota hereditaria), mientras que la adquirida por refundición es una verdadera compra (título oneroso), que da lugar a la adquisición por parte de la sociedad.

El Art. 1797 establece que el cónyuge que adquiere bienes a título de herencia debe recompensar a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que satisfaga, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos satisfecho con los mismos bienes hereditarios o con los suyos". La refundición, para algunos sería un "costo de adquisición", y por esto, el bien adquirido por el cónyuge en herencia le pertenecería íntegramente, debiendo sólo recompensar a la sociedad conyugal lo pagado en demasía de su cuota (la refundición). Pero más acertadamente, se señala que tan sólo es aplicable el Art. 1797 a los bienes "adquiridos a título de herencia", y lo adquirido mediante la refundición, aunque sea con ocasión de una herencia, no es a título hereditario y por tanto, gratuito. Solamente sería aplicable al caso el Art. 1782 y no el 1797, es decir, se formaría una comunidad entre el cónyuge y la sociedad: el cónyuge es dueño de la cuota adquirida a título de herencia (gratuito) y la sociedad es dueña de la parte adquirida a título oneroso, por la refundición. En este sentido hay jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

B) Los muebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso. El Art. 1778 en el numeral 5º dice en general: "Todos los bienes que los cónyuges adquieran durante el matrimonio a título oneroso". Pero he preferido señalar separadamente el caso de los inmuebles (en el literal anterior: "A") y el de los muebles, por ciertas aplicaciones concretas que son diferentes en una u otra especie de cosas.

Los bienes muebles exigen, efectivamente, que se distinga primordialmente el tiempo de su adquisición. Por regla general, todos los

bienes muebles de los cónyuges al momento del matrimonio, o sea adquiridos *antes*, entran a la sociedad conyugal (salvo pocas excepciones: bienes de uso personal necesario de la mujer). En cambio, si se adquieren dentro del matrimonio, —o mejor: durante la sociedad conyugal—, entonces entran a la sociedad solamente si se han adquirido a título oneroso.

La inclusión indiscriminada de todos los muebles podría, sin embargo, conducir a situaciones poco justas, particularmente, a que en la liquidación de la sociedad conyugal el cónyuge que poco o nada aportó, se enriquezca con la mitad de los cuantiosos muebles aportados por el otro. Ciertamente que podría señalarse en las capitulaciones matrimoniales esa aportación cuantiosa y establecerse la obligación de restituirlos en especie o por lo menos dar lugar a una recompensa de su precio, pero como las capitulaciones no se usan en la práctica sino excepcionalmente, resulta que la injusta división de los bienes se producirá en la mayor parte de los casos.

Según algunos tratadistas, que siguen la doctrina de la Corte de Casación Francesa, la propiedad literaria, por ejemplo, no entra en la comunidad conyugal, sino que los derechos de autor serían más bien propios de cada cónyuge. En nuestro derecho, también habría que decir lo mismo de los útiles de trabajo tanto del marido como de la mujer.

C) Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio (nº 1 del Art. 1778). Se comprende en esta denominación toda clase de retribuciones directas o indirectas, inmediatas o diferidas, del trabajo personal. Por consiguiente, entran los sueldos, salarios, honorarios, indemnizaciones laborales, fondos de reserva, utilidades o participación en ellas, utilidades de la actividad artística, intelectual, etc., prestaciones y aportaciones reembolsables del Seguro Social, etc.

Hay que hacer dos importantes salvedades al numeral 1º del Art. 1778: a) El Art. 137 establece que "en la liquidación de la sociedad conyugal que se verifique a consecuencia del divorcio, el marido no tendrá parte alguna en los bienes adquiridos por la mujer como administradora de sus bienes propios que hubiere excluído anteriormente de la administración del marido", luego esas adquisiciones provenientes del trabajo administrativo de la mujer y de sus bienes (como frutos de ellos), no entra al activo de la sociedad conyugal; y b) el Art. 139 establece que tampoco entran a la sociedad conyugal "los bienes que hubiere adquirido el cónyuge agraviado con su trabajo exclusivo" en el caso de divorcio por la causal de ruptura de las relaciones conyugales. En este caso, aquellos bienes obtenidos con el "trabajo exclusivo" de cualquiera de los cónyuges —marido o mujer—, si no es el causante del divorcio tampoco entra en la liquidación, y como de hecho tampoco habrá entrado en la administración de la sociedad conyugal.

Se plantea el problema de los sueldos, honorarios, etc. por trabajos comenzados antes del matrimonio y terminados durante él, así co-

mo el caso correlativo de actividades remuneradas que se han ejercido en parte durante la sociedad conyugal y se han completado cuando ya se ha disuelto la sociedad. La doctrina distingue entonces los servicios divisibles (por partes) de los indivisibles. Si por ejemplo se ha contratado con un abogado la defensa de un juicio estipulando honorarios distintos para cada instancia, o un trabajador a destajo tiene derecho de recibir su remuneración cada cierta cantidad de obra que entregue, en estos casos, las partes de la labor por la que se gana resultan perfectamente individualizables, y según se haya desempeñado durante la sociedad conyugal o bien antes o después de ella, entrarán o no en el haber de la misma.

Si los servicios son indivisibles, como los de un artista que debe entregar una obra de su arte, los de un abogado que deba defender un juicio hasta su conclusión por una sola remuneración global, un constructor que deba entregar una casa terminada, etc., entonces parece más razonable atender solamente a la fecha de la terminación del trabajo, pues solamente entonces se puede decir con propiedad que está devengada la remuneración.

Las donaciones remuneratorias también ingresan a la sociedad conyugal, pero no siempre al activo absoluto. Si dan lugar a acción para exigir su pago sí entran al activo absoluto, según lo dispone el Art. 1790; en cambio si dichas donaciones remuneratorias no podían exigirse judicialmente, entonces solamente acrecientan el haber relativo o aparente, es decir, dan lugar a recompensa a favor del cónyuge que las haya ganado. Naturalmente, todo esto, siempre que los servicios se hayan prestado durante la sociedad.

Una importante excepción a los principios anteriormente indicados se señala en el Art. 1780 numeral 4º: no entran a componer el haber social "los bienes que la mujer casada adquiera en el ejercicio de una profesión liberal". Y de acuerdo con el Art. 176 la mujer casada tiene también respecto de aquellos bienes la misma capacidad jurídica que si fuera soltera, y debemos deducir que si los acrecienta con otro género de transacciones o negocios, aunque no tengan que ver con su profesión liberal, también esos nuevos bienes no ingresarían en el activo de la sociedad conyugal. Debe tenerse en cuenta en todo caso, que la excepción es solamente a favor de la mujer casada que ejerce *profesión liberal* y no otro empleo, trabajo u oficio, ni tampoco a favor de la comerciante.

D) Frutos. El numeral 2º del Art. 1778 dice que ingresan al haber social: "todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro 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".

Los frutos de los bienes sociales son adquiridos por accesión, a título de propietaria. En cambio, los frutos de los bienes propios de los cónyuges ingresan al haber social a título de usufructo, o para

ser más exactos, por un derecho especial de goce sobre aquellos bienes.

La naturaleza jurídica de este llamado "usufructo" ha sido abundantemente discutida. Se prefiere considerarlo, como un *derecho especial de goce*. Las razones de esto son: a) que no es un derecho real ,sino más bien un derecho personal mueble; b) que los acreedores no pueden embargar la nuda propiedad que quedaría a la mujer, y que propiamente no existe; c) que tampoco hay usufructuario distinto del propietario, puesto que no lo es el marido, sino el hogar común; d) que el marido no debe prestar caución. A esto podría añadirse que si se tratara de un verdadero usufructo, cuando la mujer compromete sus bienes propios, podría comprometer únicamente la nuda propiedad, lo que evidentemente no sucede.

El usufructo del marido es absolutamente intransferible y que de allí deriva la regla del Art. 2483 que declara inembargable el usufructo del marido, aunque sí son embargables los frutos ya percibidos. Sucede algo semejante a lo que pasa con el usufructo del padre de familia que es irrenunciable, y no obstante, la jurisprudencia aclara que el padre sí puede renunciar a los frutos de bienes determinados.

Los frutos pueden ser naturales o civiles. El Art. 684 define los frutos naturales como "los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana". Y el Art. 687 dice de los civiles: "se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido". El Art. 1778 se refiere frutos de cualquiera naturaleza, y parece englobar a todos absolutamente. Sin embargo, hay que excluir algunos, como veremos a continuación.

En primer lugar, el numeral 3º del Art. 1780 dice categóricamente que no entrarán a componer el haber social "todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa". Si solamente se refiriera a las diversas accesiones (aluvión, edificación, etc.), diríamos que aquí no se habla de frutos sino de otros bienes adheridos, pero como se dice también "por cualquier otra causa", entonces se engloba a los frutos y productos, y se hace necesario entonces distinguir aquellos frutos que ingresan a la sociedad y los que no ingresan.

Se deben distinguir los siguientes casos de aumento de valor: a) Los que constituyen frutos propiamente dichos, naturales o civiles, y que surgen de la acción de la naturaleza o de la disposición de la ley; b) los que provienen del simple transcurso del tiempo y de causas extrañas a la cosa misma (como la desvalorización de la moneda); c) los que se originan en la agregación de cosas que forman un mismo cuerpo, como las mejoras por construcciones, instalaciones, etc.; d) los ocasionados por agregación de cosas que continúan siendo separables sin mayor perjuicio o daño. Los frutos (a) entran a la sociedad conyugal; la plusvalía natural (b) pertenece al dueño de la cosa, por

tanto al cónyuge; las accesiones inseparables (c) pertenecen al cónyuge con obligación de recompensar a la sociedad; y las accesiones no definitivas y separables (d) serán de la sociedad o del cónyuge según se hayan obtenido por un título oneroso o gratuito, pero presumiéndose en general que pertenecen a la sociedad, mientras no se demuestre lo contrario.

Aparte de lo indicado, tenemos el Art. 1783 que establece que "El usufructo de las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agregará al haber social". He aquí un caso concreto de frutos que entran a la sociedad conyugal. Solamente podría plantearse la duda respecto de las minas denunciadas antes del matrimonio, que en estrictísimo sentido no habrían sido "denunciadas por uno de los cónyuges", sino por quien llega a ser cónyuge. Pero creo, que de todos modos caería ese usufructo en la regla general del numeral segundo del Art. 1778, y por tanto también en este caso los frutos pertenecerían a la sociedad. Lo propio debe decirse de las minas explotadas por contrato y no por concesión.

En el caso del tesoro hallado nuestra ley atribuye la mitad al dueño del terreno y la otra mitad al inventor. La mitad dominical se considera por extensión como un fruto: algo que produce el terreno para su dueño, y por lo mismo entra a la sociedad conyugal.

Otro acrecimiento de bienes, de difícil clasificación, es el producido por el azar, cuando se ganan loterías, apuestas o juegos. Considero que es preciso también aquí establecer algunas distinciones: a) Si se trata de especulaciones de bolsa, negocios aleatorios, en los que tiene su parte importante el azar, pero que en definitiva son un trabajo o profesión, lo que se gane evidentemente ingresa a la sociedad, como un sueldo, salario, emolumento, etc.; b) cosa semejante debe decirse de los juegos —deportivos o no— en los que hay un cierto trabajo personal, al que se suma en menor medida la suerte; c) en cambio si se trata de apuestas o loterías en las que únicamente el azar determina la pérdida o ganancia, hay que distinguir si se han arriesgado capitales de la sociedad o no, y solamente en el primer caso deberían ingresar las ganancias a la sociedad. Desde luego debería probar el cónyuge que adquirió el derecho a la suerte con sus propios bienes (por ejemplo la mujer, con dinero de una cuenta de ahorro, en las que suele haber sorteos a favor de los mismos depositantes), de otro modo, se presume que pertenecerá a la sociedad conyugal.

Por lo demás, es aplicable a todos los frutos la regla del Art. 1788 en su inciso final: "Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituídos antes del matrimonio, pertenecerán al cónyuge acreedor; lo mismo que los intereses devengados antes del matrimonio y pagados después". En términos más generales: los frutos no ganados durante la sociedad conyugal no entran a ella. En cambio sí entran los frutos devengados durante la sociedad aunque no se hayan cobrado hasta su disolución y sólo se persigan después.

211.— Activo relativo.

La composición activa y pasiva del patrimonio de la sociedad conyugal, y de aquel de cada cónyuge, se determina por las reglas legales, parcialmente modificables en las capitulaciones matrimoniales. Pero una vez establecidos esos patrimonios, ya no se puede alterar arbitrariamente su equilibrio económico, pues ello podría, inclusive, perjudicar a terceros. Es posible, sin embargo que ciertos bienes pasen de uno a otro patrimonio. En primer término los cónyuges pueden hacerse donaciones revocables. Además, la mujer puede excluir de la sociedad sus bienes propios. Pero en los demás casos, si se produce un paso de bienes del cónyuge a la sociedad o viceversa, debe restablecerse el equilibrio económico, mediante la correspondiente "recompensa", que se hace efectiva al momento de liquidarse la sociedad conyugal. De todo esto se desprende la gran diferencia existente entre el haber absoluto y el relativo: el primero queda establecido en forma definitiva e inmutable —por regla general—, desde el principio del matrimonio, en cambio el activo provisional o relativo ("aparente" le llaman algunos), volverá en último término a su originario titular, sea por la restitución de la cosa aportada, o por medio de la compensación de su valor mediante la "recompensa".

En otras palabras, el haber relativo está compuesto por aquellos bienes que si bien entran a la comunidad, están compensados con un crédito que adquiere el respectivo cónyuge, y que se hará efectivo al liquidarse la sociedad.

Los bienes que entran al haber relativo son: a) el dinero; b) las cosas fungibles y especies muebles; c) las donaciones remuneratorias que no den derecho a acción para cobrarlas; d) la parte del tesoro que la ley asigna al descubridor; e) los bienes raíces aportados por la mujer apreciados para que sean restituídos.

a) El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma", dice el numeral 3º del Art. 1778 al enumerar los componentes del haber de la sociedad.

En el numeral 4º se habla de las cosas fungibles, y el dinero es una de ellas, de donde parece inútil la enumeración en dos acápites distintos; pero si se considera la importancia singular de esta cosa fungible que es el dinero, entonces se justifica que el Código hable separadamente de él. Además, y esto tiene mayor importancia, la forma de restitución del dinero al liquidarse la sociedad conyugal es simplemente por su cantidad (la misma cantidad numérica), en cambio la restitución de las cosas fungibles es por su valor al tiempo de su aporte o adquisición.

El dinero entra a formar parte del haber relativo cuando no hay una razón para que entre a formar parte del absoluto. Si se adquiere a título oneroso pertenece al haber absoluto: así sucede si se "compra" dinero, divisas, moneda extranjera, con otras monedas que sean

de la sociedad conyugal, en este caso la adquisición es a título oneroso, y caemos en la regla 5º del Art. 1778 que es absoluta: "todos los bienes" dice, que sean adquiridos a título oneroso, entran en el haber absoluto. Luego, el numeral 3º como también el 4º que se refiere a las cosas fungibles, supone el título gratuito, ya que si hay título oneroso se enriquece el activo absoluto.

La restitución del dinero, y en general de las cosas aportadas al haber relativo se produce al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal, pero también puede anticiparse, en el caso de exclusión de bienes (Art. 195 y siguientes). En cambio, no se puede exigir la devolución en caso de quiebra del marido, tal como lo afirma una sentencia de la Corte Suprema.

b) El numeral 4º del Art. 1778 indica que ingresan al haber social: "Las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición".

También a propósito de las cosas fungibles y bienes muebles, el Código no menciona expresamente el título gratuito, pero se deduce claramente que se refiere a él. De otro modo no tendría sentido esta disposición, ya que en el numeral 5º se incluye a todos los bienes (también los muebles y cosas fungibles), adquiridos a título oneroso, por lo tanto el numeral 4º (como el 3º) se refieren a las cosas muebles adquiridas a título gratuito. Esto se confirma también por las notas escritas por Don Andrés Bello respecto del proyecto de Código Civil.

Un caso especial de bienes muebles, es el de los bienes muebles incorporales, como son la propiedad literaria, artística o industrial. También un establecimiento de comercio; no la materialidad de las cosas que allí se venden o negocian, sino la empresa como tal, con su clientela, su prestigio, nombre comercial, etc., es decir el establecimiento considerado como cosa inmaterial y mueble, merece señalarse separadamente, pero para incluir en la regla ya vista.

c) Las donaciones remuneratorias, si no dan lugar a acción para exigir su pago, entran al haber relativo, según lo dispone el Art. 1790. Ya hemos visto que, en cambio, cuando hay lugar a acción, forman parte del haber absoluto. La razón de esta distinción de la ley radica en que en el primer caso se aproxima su naturaleza jurídica a la donación simple, mientras que en la segunda (si hay acción), es más bien un título oneroso propiamente dicho.

d) La parte del tesoro que corresponde al que lo descubre. Según el Art. 1784 dicha parte "se agregará al haber del cónyuge que lo encuentre", sin embargo esa agregación solamente puede realizarse realmente al liquidarse la sociedad conyugal. Como bien observa Somarriva, por ser el tesoro un bien mueble, y por ser adquisición a título gratuito, debe entenderse que la parte del tesoro que corresponde al inventor entra al haber relativo de la sociedad conyugal, y que el

cónyuge tendrá derecho a él o a su valor, cuando se disuelva la sociedad.

e) Los bienes raíces de la mujer apreciados y aportados para ser restituídos. Este caso está supuesto en el numeral 6º del Art. 1778, y supone la existencia de capitulaciones matrimoniales u otro "instrumento público", que debemos entender "escritura pública inscrita" otorgado al tiempo del aporte. En este caso, hay una verdadera transferencia del dominio a la sociedad conyugal, pero con la obligación de restituir ésta el valor del inmueble, en dinero, cuando se liquide la misma sociedad.

El precio de los inmuebles que así ingresan, lo mismo que el de las cosas muebles y de las fungibles (número 4 del mismo artículo 1778), aunque se debe pagar al liquidarse la sociedad, sin embargo se calcula al momento del aporte. Este sistema puede perjudicar notablemente al cónyuge aportante sobre todo, y más raramente a la sociedad, por los posibles cambios en el valor de las cosas y en el valor de la moneda.

El mencionado inconveniente se puede solucionar si previendo el posible perjuicio se establece más bien la obligación alternativa de devolver la cosa o su precio.

212.— Bienes propios de los cónyuges.

Se llaman bienes propios de los cónyuges aquellos que no ingresan al haber de la sociedad conyugal. Su dominio pertenece al marido o a la mujer, aunque la administración ordinariamente compete al marido y corresponde a la sociedad conyugal un derecho especial de goce. Algunos de ellos pertenecen ya a cada cónyuge desde antes del matrimonio, otros son adquiridos durante él, y finalmente algunos, aunque adquiridos durante el matrimonio no llegan a individualizarse sino una vez terminada la sociedad conyugal.

Los bienes propios se pueden englobar en una de las siguientes categorías: 1º Inmuebles que un cónyuge tenía antes del matrimonio; 2º Inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito; 3º Donaciones revocables hechas por el otro cónyuge; 4º muebles excluídos de la sociedad en las capitulaciones o por condición del donante; 5º muebles de carácter personal; 6º créditos de un cónyuge contra la sociedad; 7º aumentos y productos de los bienes propios; 8º bienes subrogados a otros bienes propios; 9º los provenientes del ejercicio de una profesión liberal por parte de la mujer; 10º los adquiridos por un cónyuge en caso de separación, de hecho o judicial; 11º los adquiridos por la mujer en caso de exclusión de bienes.

1º Los inmuebles que pertenecen a uno de los cónyuges antes del matrimonio, adquiridos por cualquier título no entran a la sociedad conyugal, puesto que no se enumeran entre los que sí ingresan. Precisamente esto configura nuestra sociedad conyugal como sociedad de muebles y gananciales.

Para determinar estos bienes que no entran en la sociedad conyugal se toma en consideración la fecha del *título* de adquisición, la cual debe ser anterior al matrimonio. Poco importa que la posesión o la entrega material se verifiquen durante la sociedad. El artículo 1788 indica que no entran a la sociedad, y por tanto son bienes propios de los cónyuges: a) "Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o la transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante la sociedad", debiendo entenderse que si la transacción es a título declarativo y versa sobre objeto disputado es entonces cuando no entra la cosa en la sociedad, pero si la transacción afecta a una cosa no disputada (que se da en compensación) y es título traslativo del dominio, que confiere la propiedad onerosamente, entonces sí entraría aquel bien a la sociedad y no sería personal; b) "Los bienes que se poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal", ya que la ratificación produce efecto retroactivo; c) "los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación" casos todos estos en los que equivale a que no hubieran salido nunca esos bienes del patrimonio del cónyuge; d) "Los bienes litigiosos, de que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica" lo cual puede suceder en virtud de sentencia, de allanamiento, abandono o desistimiento de la otra parte litigante; e) "El derecho de sufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge". Respecto de este último punto, se discute si en todo caso de consolidación de usufructo deba aplicarse tal regla o solamente cuando la consolidación proviene del cumplimiento del plazo o condición del usufructo. Considero que la segunda solución es más aceptable, porque si se consolida el usufructo por adquisición del usufructo a título oneroso, por parte del cónyuge nudo propietario, el nuevo derecho adquirido (que consolida la propiedad), pertenece a la sociedad conyugal por haberse obtenido a título oneroso.

2º Los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito son bienes propios, tanto porque no se enumeran en el Art. 1778, cuando porque expresamente se refiere a ellos el Art. 1779: "Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge". Este artículo no distingue entre muebles e inmuebles, pero ya sabemos que los muebles entran al haber relativo de la sociedad conyugal por disposición de los numerales 3 y 4 del Art. 1778 y llegarán a ser propios del cónyuge (ellos o su valor) al liquidarse la sociedad; por consiguiente debemos restringir el significado del Art. 1779 solamente a los inmuebles.

Los inmuebles adquiridos a título gratuito pertenecen de to-

dos modos al cónyuge a cuyo favor se dan. No obsta a esta regla ni el hecho de que la donación herencia o legado se haya hecho en consideración al otro cónyuge (Art. 1785), ni tampoco que lo donado o dejado en herencia o legado sea *parte* de un bien que en otra parte pertenezca al otro cónyuge o a la sociedad (Art. 1781) (salvo que forme un todo indivisible con lo de la sociedad), o que se haya donado, etc. a *ambos* cónyuges (Art. 1779), pues en este último caso pertenece a cada uno de los cónyuges su respectiva parte o cuota.

El asignatario, según el Art. 1397 sucede inmediata y exclusivamente, por consiguiente si la donación se verifica durante el matrimonio, o se abre la sucesión en este tiempo, el cónyuge se hace dueño de los inmuebles desde aquel preciso instante, aunque por cualquier circunstancia no llegare a recibir los bienes sino después. Los precios, saldos, costas judiciales, expensas de toda clase por la adquisición, son de cargo del cónyuge (Art. 1797) y si las paga la sociedad, tendrá entonces derecho a la correspondiente recompensa. Las pérdidas o deterioros provenientes de causas naturales afectarán también a su dueño, desde el momento de la adquisición (Art. 1827).

A pesar de que ya el Art. 1779 declara que las adquisiciones de los cónyuges a título gratuito pertenecen a cada uno de ellos, el Art. 1785 agrega con aparente repetición que: "Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge han sido hechos por consideración al otro". ¿Cuáles serán estos *"otros* títulos gratuitos"?. La remisión de una deuda se asimila a la donación, es una donación, pero tal vez, se podría enumerar entre estos "otros" títulos. Otro tanto podemos decir de las donaciones remuneratorias cuando no dan lugar a acción para exigir su pago. Quizá, finalmente, también sería el caso de la asignación en la participación de bienes (hereditaria generalmente), de una cosa distinta de la dejada en herencia o legado a un cónyuge, y en lugar de aquella.

3º Donaciones revocables del otro cónyuge. También en este caso la adquisición es a título gratuito, pero considero que merece consideración especial por sus singulares características.

Las donaciones revocables solamente adquieren firmeza definitiva con la muerte del donante, y por eso las donaciones de esta clase deben hacerse por regla general con las mismas solemnidades que los testamentos (Art. 1067), sin embargo, las donaciones entre cónyuges, que siempre son revocables, pueden hacerse sin esas solemnidades, por contrato aún verbal, o que conste en confesión de uno de los cónyuges (Art. 1791 y Art. 1194). Por consiguiente, estas donaciones pueden atribuir bienes propios del un cónyuge al otro, pero su efectividad solamente quedará firme cuando se disuelva la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges.

4º Muebles excluídos de la sociedad conyugal. Este caso no debe confundirse con el de "exclusión de bienes" consistente en que

la mujer retira sus bienes propios "para administrarlos por sí misma" (Art. 195). La exclusión de bienes, de que trata el parágrafo 5º del Título VI del Libro I, y que tiene su origen en la Ley de 1911 de "emancipación económica de la mujer casada", puede referirse a bienes que *han entrado o no* a formar parte de la sociedad conyugal, y su objeto principal es el de atribuir su *administración* a la mujer, juntamente con la concesión de la misma *capacidad* que tendría si fuera soltera, para los negocios jurídicos relativos a esos bienes (o en general para todo, si la exclusión es total); en cambio la "exclusión" de la sociedad conyugal de ciertos bienes muebles de que se trata en el Art. 1778 numeral 4º, se refiere al *aporte inicial* a la sociedad, es decir, se trata de bienes que *no entran*, que nunca han pertenecido a la sociedad, que son exclusivos del cónyuge, y que podrían ser administrados por el marido como los demás bienes propios de la mujer. Además, no podrían eximirse de la comunidad "todos" los muebles en general, sino únicamente una "parte de ellos", o los que precisamente se enumeren (aunque la lista comprenda a todos los que se tenga de hecho). Dice así el segundo inciso del numeral 4º del Art. 1778: "Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el cantón".

A este caso habría que asimilar el de "separación parcial de bienes", cuando esta se produce por donaciones, herencias o legados que se dejen a uno de los cónyuges con la condición de que no entren a la sociedad conyugal ni sean administrados por el marido. Aquí, aparte del título gratuito (por el cual ya no entrarían a la sociedad si son inmuebles), tenemos la condición que impide la administración por parte del marido, entonces hay separación parcial de bienes y las cosas donadas, etc., son bienes propios del respectivo cónyuge.

5º Los muebles de carácter estrictamente personal. No se declara directamente por nuestra ley que los muebles de carácter personal sean del cónyuge. Pero el Art. 1791, en el inciso final indica que: "sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos, y todos los muebles de su uso personal necesario". Este artículo se refiere a la *prueba* de la propiedad y recurre a esta presunción en favor de la mujer, que no impide que se pueda probar que existan otros muebles de carácter personal que sean igualmente bienes propios de un cónyuge: marido o mujer.

Alessandri señala el caso especial de los alimentos debidos por ley: "este derecho no ingresa al haber social, y disuelta la sociedad, el cónyuge alimentario continuará ejerciéndolo, sin que nada deba abonar al otro o a sus herederos, por las pensiones que perciba en lo sucesivo. Pero las devengadas durante la sociedad, ingresarán al haber social, sin cargo de recompensa, por ser lucros provenientes de un bien propio de uno de los cónyuges, y así se ha fallado". La solución parece razonable: el derecho mismo es personal, los frutos (las pensiones que produce) entran al haber social, mientras dura la sociedad.

6º Créditos de un cónyuge contra la sociedad. Naturalmente que estos créditos no pueden entrar en el sociedad conyugal porque al llegar a ser ella a la vez deudora y acreedora, se extinguirían por confusión, y entonces no se alcanzarían los objetivos de justicia que se pretende alcanzar a través de ellos.

Estos créditos a favor de un cónyuge tienen por objeto restablecer el equilibrio económico alterado sea por un perjuicio sufrido por un cónyuge en sus bienes (salvo por causas naturales o excusables), o bien porque las cosas propias de un cónyuge se hayan empleado para cubrir obligaciones de la sociedad, u otros casos similares. El cónyuge tiene entonces derecho a una recompensa que se hará efectiva al liquidarse la sociedad. Pero antes de la liquidación el cónyuge es titular de ese crédito contra la sociedad: se trata de un bien inmaterial.

7º Aumentos y productos de bienes propios. Es preciso distinguir los aumentos y productos, de los frutos. Los frutos de los bienes propios sí entran a la sociedad, pero los productos no periódicos, que no pertenecen al usufructuario, sino que son más bien una parte de la propiedad, corresponden al propietario porque forman parte de la propiedad y su separación disminuye la sustancia misma de la cosa: es el caso de los materiales de un edificio demolido, la tala total de un bosque (no su poda), la explotación de canteras, etc.

8º Bienes subrogados a los propios. Se entiende por subrogar, hacer entrar unos bienes en lugar de otros, en la misma situación jurídica que aquellos a los que reemplazan, (también hay subrogación personal, pero no interesa aquí).

Nuestro derecho admite la subrogación de bienes del patrimonio de la sociedad o de uno de los cónyuges —tanto del marido como de la mujer—, y en este segundo caso, los nuevos bienes, aunque se adquieren a título oneroso, no entran a la sociedad sino que continúan siendo del cónyuge con cuya propiedad se adquirieron los nuevos bienes.

La subrogación es posible tanto de inmueble a inmueble, como de mueble a mueble, o de bienes de una categoría a bienes de la otra. Nuestro derecho trata sin embargo principalmente del caso de subrogación de inmuebles o de valores que son subrogados por inmuebles (Arts. 1780, 1786 y 1787).

Para que la subrogación se produzca se requiere que ésta sea permitida por la ley, que exista el ánimo de subrogar y que se cumplan las formalidades exigidas por el Derecho.

Si por ejemplo se venden frutos de un bien personal, el dinero que se recibe por dichos frutos no constituye una subrogación, sino que entra a la sociedad conyugal porque pertenece a ésta por las reglas generales de su integración (Art. 1778); en este caso la ley no autoriza la subrogación.

El ánimo de subrogar debe existir y constar en la misma escritura de permuta o de compraventa. No puede manifestarse el ánimo

en otra escritura posterior. Normalmente debe constar en dos escrituras (salvo en la permuta, que en cierto modo es un contrato doble): la de venta y la de compra, o en las capitulaciones matrimoniales, en las que se destina ciertos bienes para adquirir otros distintos, y en la de adquisición de esos otros bienes.

Si los bienes son de distinto valor habrá un saldo de dinero a favor o en contra del cónyuge subrogante o de la sociedad, según los casos: si el cónyuge recibe un inmueble de mayor valor que aquel que da y la sociedad paga la diferencia, entonces el cónyuge queda adeudando a la sociedad una recompensa por igual valor al desembolsado por la sociedad. Viceversa, si la sociedad recibe un saldo porque el inmueble adquirido vale menos que el enajenado, entonces la sociedad debe esa misma recompensa al cónyuge cuyo bien se subrogó por otro. Estas reglas rigen también en el caso de subrogación mediante compraventas. Pero tienen un límite: no hay subrogación cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe.

Cuando la subrogación se refiere a bienes de la mujer, se exige una solemnidad más: autorización judicial con conocimiento de causa (inciso final del Art. 1787).

Aparte de las subrogaciones por permuta o por medio de dos contratos de compraventa propiamente dichos, también se podría verificar la subrogación en otros casos como estos: a) si se vende un bien propio con el ánimo de subrogar y el crédito por el precio no es pagado, se ejecuta al deudor y se obtiene la adjudicación en remate de otros bienes de dicho deudor; b) en el caso anterior, antes de que se realice el pago, el crédito contra el adquirente del bien propio está subrogado al bien enajenado, hasta que se adquiera con su valor otra cosa; por tanto, si se liquida en ese período la sociedad conyugal, el cónyuge recibirá aquel crédito en calidad de restitución de bien propio; c) si un bien propio es destruído y un tercero queda obligado a pagar una indemnización en calidad de seguro o de cumplimiento de obligación, este crédito se subroga al bien destruído; d) cuando un bien propio es expropiado, también la indemnización subroga a dicho bien, y con ella se puede adquirir otro inmueble que subrogue al primero; e) si la mujer que ejerce una profesión liberal adquiere bienes con el producto de su trabajo, estos bienes subrogan a los valores en ellos invertidos; f) si en una partición hereditaria se adjudica a uno de los cónyuges un inmueble para cumplir un legado dejado en dinero, ese inmueble subroga al derecho de crédito constituído por el legado; y cosa parecida podría decirse en el caso de cuota hereditaria, o de asignación testamentaria de una cosa distinta de la que se reciba en la partición; en todos estos casos hay una especie de permuta de derechos como sustracto económico de tales operaciones.

9º Bienes provenientes del ejercicio de una profesión liberal de la mujer. El numeral 4º del Art. 1780 declara que los bienes que

la mujer casada adquiera en el ejercicio de una profesión liberal no entran al haber social.

Esta clase de bienes propios de un cónyuge están, además, sometidos a un régimen especial, porque, según el Art. 172 la mujer casada que ejerce una profesión liberal tiene plena capacidad para todo acto y contrato, inclusive para enajenar o gravar sus bienes y para comparecer en juicio, y es ella misma quien puede administrar sus bienes en este caso.

Considero que debe entenderse con alguna amplitud la disposición legal del Art. 1780, 4º, es decir que no solamente los bienes adquiridos "en el ejercicio de la profesión liberal", sino también otros que la mujer adquiera "mientras ejerce la profesión liberal", aunque no sea en negocios directamente relacionados con dicha profesión, también serían bienes propios de la mujer. Ya que la capacidad jurídica es plena, parece lógico que esas otras adquisiciones sean también propias de la mujer.

10º Bienes adquiridos en el estado de separación. Según el Art. 139 se consideran "como patrimonio personal" los bienes adquiridos con su trabajo exclusivo por el cónyuge agraviado en el caso de divorcio por separación con ruptura de las relaciones conyugales. Y cuando la separación conyugal es judicialmente autorizada entonces termina la sociedad conyugal, a pesar de que subsiste el matrimonio, y en adelante lo que adquiera cada cónyuge le pertenece exclusivamente (Art. 180).

11º Bienes adquiridos en el caso de exclusión de bienes. Según el Art. 197 estos bienes y los que la mujer adquiera con ellos, le pertenecen sólo a ella y puede administrarlos libremente.

Consideramos ahora, cómo se *prueba* ciertos bienes pertenecen al haber personal de uno de los cónyuges.

La prueba directa por medio de documentos, testigos, etc. puede resultar muy difícil, sobre todo al tratarse de bienes muebles o de derechos que se constituyen sin solemnidades especiales. En cambio respecto de los inmuebles, normalmente su calidad, pertenencia o situación jurídica aparecerá de las respectivas escrituras públicas, y sólo excepcionalmente se deberá recurrir a otras pruebas. Por esto, el legislador ha tenido que proporcionar un medio indirecto de prueba como son las presunciones legales, para el caso de los muebles.

"Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se persumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario" (Art. 1791).

Siendo nuestro sistema legal de comunidad de muebles y gananciales, es lógico presumir que todos los muebles pertenecen a la sociedad, mientras "no aparezca o se pruebe lo contrario". En algunos casos, en efecto, aparecerá lo contrario, sin necesidad de prueba, por la naturaleza misma de las cosas o por una presunción contraria de la ley,

como en el caso de los muebles de carácter personalísimo, de uso exclusivo —por ejemplo ropas de la mujer—. En cambio, en otros casos, se destruirá la presunción de pertenecer un mueble a la sociedad conyugal mediante pruebas propiamente dichas, por ejemplo, demostrando que se adquirió por un cónyuge a título gratuito, por donación, herencia o legado.

La prueba contraria a la presunción legal de pertenecer un mueble a la sociedad, tiene ciertas limitaciones prudentes. No se admite la declaración, ni con juramento, de los propios cónyuges.

Como la ley permite las donaciones revocables entre cónyuges sin necesidad de las solemnidades propias de los testamentos que en general se exigen para tales donaciones revocables, la afirmación del cónyuge produce los efectos de la donación tal como lo establece el inciso 3º del Art. 1791: "La confesión, en tal caso, se mirará como donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se llevará a efecto en su parte de gananciales, o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar"

Es frecuente en la práctica que uno de los cónyuges o ambos declaren en escritura pública que se ha adquirido un bien "con dinero de la mujer" o en subrogación de otro bien propio, pero estas declaraciones no bastan para hacer que esos bienes sean realmente de la mujer, si es que no hay verdadera subrogación, esto es, si no se prueba que existió otra escritura de venta en que se manifestó la intención de subrogar, o que en las capitulaciones matrimoniales se destinó una suma de dinero para adquirir un inmueble para la mujer. La jurisprudencia nacional y extranjera coincide en este punto.

213.— Pasivo absoluto.

En la misma forma que existen tres activos, correspondientes al patrimonio de la sociedad conyugal, al del marido y al de la mujer, paralelamente tenemos tres pasivos: el de la sociedad conyugal, y el de cada uno de los cónyuges.

El pasivo de la sociedad conyugal puede ser absoluto o definitivo, en el sentido de que no da lugar a ninguna compensación contra los cónyuges, o bien, el pasivo será relativo o provisional, cuando abarque obligaciones que la sociedad asume pero que al momento de liquidarse se trasladan a uno de los cónyuges el cual debe compensar a la sociedad por tales obligaciones.

En otras palabras, cuando una deuda u obligación corresponde a la sociedad, se puede cobrar a ella, y ésta no puede resarcirse con bienes del patrimonio de uno de los cónyuges (bienes propios, sino que ha de cubrir con el mismo patrimonio social, entonces existe un pasivo absoluto. En cambio, si la sociedad debe afrontar una deuda de un cónyuge, hacer un gasto que correspondería a un cónyuge, y tiene luego derecho a la correspondiente compensación, al liquidarse la sociedad, entonces hay solamente pasivo provisional o relativo.

Las obligaciones de la sociedad pueden ser hacia terceros, hacia extraños, o bien hacia uno de los cónyuges.

Los créditos de terceros, de extraños, pueden tener su origen en actos del marido, de la mujer, o realizados conjuntamente por ambos. En ningún caso es la sociedad conyugal como tal la que actúa, porque no es persona jurídica. Pero para los extraños, las deudas son de la sociedad, se pueden perseguir en bienes de la sociedad.

Según el Art. 1802 "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes 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". Aquí se señala pues, la posibilidad de que unas deudas graven definitivamente a la sociedad, y otras, sólo en forma provisional, porque dan lugar a la recompensa. Pero también, puede haber deudas personales de un cónyuge, y conforme al Art. 1812, estas deudas no pueden perseguirse en los bienes inmuebles de la sociedad conyugal o del otro cónyuge: he aquí el pasivo personal de cada cónyuge.

Teóricamente se puede distinguir las deudas del marido y las de la sociedad. Esta distinción sirve también para establecer las recompensas a que hubiere lugar, es decir, en el caso del pasivo relativo. Pero para los efectos del pago de las deudas a terceros, las del marido y la sociedad se confunden, como se confunden también sus activos para responder de ellas.

Las deudas contraídas por la mujer, en cambio, pueden perseguirse en el patrimonio de la sociedad conyugal o en el del marido, por regla general, y solamente por excepción en los propios bienes de la mujer.

En cuanto a las obligaciones internas, o sea entre los cónyuges, éstas se hacen efectivas únicamente al liquidarse la sociedad conyugal. Hasta tanto es como si no existieran, a tal punto que estos créditos internos no podrían, por ejemplo, ser objeto de embargo por parte de otra persona, como se pueden embargar los créditos, en general.

Examinemos ahora cómo se integra el pasivo absoluto.

No se debe confundir las obligaciones comunes (que dan origen al pasivo absoluto), con las obligaciones *firmadas* por ambos cónyuges. No importa, en cierto modo, *cómo* se han contraído esas deudas, sino *para qué*. El destino de la obligación es el que determina su clase. Las obligaciones destinadas a satisfacer necesidades o finalidades sociales, son también sociales. Esto se determina a veces a través de la forma, pero no siempre.

Como queda dicho, si las deudas se contraen en beneficio común son de la sociedad (y se pueden cobrar en bienes del marido o de la sociedad), si son en beneficio de la mujer, son de ella y se pueden cobrar también en sus bienes. Si son del marido, se cobran en

bienes del marido o de la sociedad, pero en este caso la sociedad tiene derecho a recompensa.

Solamente en el caso de las obligaciones *reales* establecidas sobre bienes raíces, las reglas anteriores cambian. Entonces, para constituir el gravamen real se requiere el consentimiento y la intervención de ambos cónyuges, a partir de la reforma de 1936. Más exactamente, conforme al actual Art. 1811: "Los bienes inmuebles de la sociedad conyugal, adquiridos a título oneroso, durante el matrimonio, no podrán ser enajenados ni hipotecados sino con el consentimiento y la intervención de ambos cónyuges" y según el Art. 1812: "Tales bienes no responderán por las obligaciones personales de cualquiera de los cónyuges, a menos que la obligación se haya constituído por los dos". Así, pues, en el caso de obligaciones reales constituídas sobre inmuebles, ya no cuenta el criterio del destino solamente, sino que se requiere que *ambos firmen*. Aquí, la forma vuelve a tener trascendencia en cuanto a la clase de bienes que responden. Ultimamente se ha establecido una contraexcepción a lo dicho: el Decreto Supremo 435 (R. O. 58 de 18 de setiembre de 1963) declara válidas las hipotecas constituídas sobre tales bienes sin la intervención de la mujer, que cuando ese gravamen se ha establecido a favor de las Juntas de Asistencia Social para garantizar arrendamientos de bienes de esta entidad pública, basándose el Decreto en la presunción de que en tales casos "los beneficios del arrendamiento a que accede la hipoteca ingresan a dicha sociedad conyugal".

El Art. 1792 enumera cuales son las deudas a que está obligada la sociedad a pagar. Algunas pertenecen al activo absoluto y otras al relativo, pues dan lugar a recompensa. Vamos a señalar a continuación solamente las que pertenecen al activo absoluto:

1º Las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad. En este caso no importa cuando se haya contraído la obligación: antes o durante el matrimonio, lo que importa es cuando se devenga el interés: esto debe ser durante el matrimonio, o mejor dicho, durante la sociedad conyugal. Por tanto, si durante el matrimonio se pagan intereses devengados antes de contraídas las nupcias, entonces esta no es obligación del pasivo absoluto sino del relativo, y da lugar a recompensa a favor de la sociedad cuando ésta se liquide. Viceversa, si se devengan intereses durante el matrimonio y no se pagan sino después de disuelto, éstos sí gravan al pasivo absoluto y deben pagarse con fondos sociales, sin lugar a recompensa; al contrario, si se pagan con bienes personales, el respectivo cónyuge tendrá derecho a la recompensa contra los bienes sociales.

La regla que acabamos de exponer es muy justa. Se funda en el paralelismo con el activo: la sociedad percibe los frutos, réditos, pensiones e intereses, de los bienes de los cónyuges, luego, la misma sociedad debe también correr a cargo de los intereses pasivos.

2º Las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido, siempre que no sean personales de él.

El marido puede, pues, tener las siguientes deudas: a) anteriores al matrimonio; b) contraídas durante el matrimonio pero solamente personales de él y c) contraídas durante el matrimonio y que obligan a la sociedad y también a él.

Las deudas anteriores al matrimonio no gravan a la sociedad. Se podría, sin embargo, establecer en las capitulaciones matrimoniales esa obligación, y entonces esto equivaldría a una donación al marido.

Son, pues, las deudas, actuales, las contraídas durante la sociedad, las que gravan a la misma, así como son los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, los que ingresan a la sociedad. Como estudiamos que es el momento en que se produce el *título* el que determina la integración del activo, igualmente, sucede con la composición del pasivo. Por lo mismo, deudas que se originaron antes del matrimonio, no gravan a la sociedad, aunque lleguen a reclamarse o cobrarse únicamente durante ella. Habrá que aplicar aquí, criterios similares a los establecidos para el activo, en los artículos 1788 y 1789.

Además de ser contraídas durante el matrimonio, se requiere que no sean personales del marido, para que puedan perseguirse en los bienes sociales sin derecho a recompensa. Si son deudas personales del marido y se pagan con bienes sociales, se trata de un pasivo relativo, que da lugar a recompensa. Y son deudas personales del marido, en términos generales, las que se han contraído en su exclusivo beneficio, y no para satisfacer las necesidades del hogar común: las que enriquecen su propio patrimonio personal. El Código señala como ejemplo, el caso más típico: "las deudas que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior".

3º Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, por la mujer con autorización del marido o del juez siempre que el marido esté impedido. Si en cambio, la mujer se obliga con autorización judicial pero *contra* la voluntad del marido, obliga solamente sus bienes propios, mas no los sociales ni los del marido, salvo el caso previsto en el número siguiente.

4º Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, por la mujer, autorizada por el juez contra la voluntad del marido, si ceden en beneficio de la sociedad o del marido, y hasta el monto de ese beneficio (Art. 171). Sería, por ejemplo, el caso de una deuda contraída por la mujer con autorización judicial, a pesar de la oposición del marido, para pagar otra deuda social y evitar el remate de bienes sociales.

5º El costo de toda fianza, prenda o hipoteca constituídas por el marido, salvo que haya sido en utilidad exclusiva de él, y no de la sociedad o la mujer. Si el marido constituye una hipoteca para realizar gastos que de ningún modo benefician al hogar común (como por ejemplo para establecer a un hijo sólo suyo), los gastos de la hipoteca no son de la sociedad.

En general la obligación accesoria sigue la suerte de la principal y participa de sus características. Por esto, si la obligación garantizada es del pasivo absoluto, solamente entonces también el costo de la hipoteca corresponde al pasivo absoluto, pero si la principal forma parte del pasivo relativo, los gastos de la hipoteca darán lugar a recompensa a favor de la sociedad y contra el cónyuge, es decir, serán del pasivo relativo de la sociedad conyugal.

6º "Las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge" (numeral 4º del Art. 1792).

A este propósito señalaba el Dr. René Bustamante Muñoz que el Código Chileno dice "bienes sociales *o* de cada cónyuge", porque algunos comentaristas han creído ver en la expresión de nuestro Código una errata: los bienes o son sociales o son de cada cónyuge. Sin embargo, el mencionado catedrático se adhiere a la opinión del Dr. Pérez Echanique, quien explicaba que no hay errata en nuestra ley, sino que se refiere a los bienes del activo relativo, que son de cada cónyuge y entran a la sociedad conyugal con cargo de restitución. Esta doctrina es muy lógica, porque resulta evidente que las cargas usufructuarias de los bienes de la sociedad deben correr a su responsabilidad, y si no quisiera decir sino esto el numeral 4º sería inútil, luego, debe referirse a los bienes de los cónyuges, pero no a los bienes de los cónyuges que en nada benefician a la sociedad (los propios que estén excluídos), por consiguiente, sólo cabe que el nº 4 del Art. 1792 se refiera a los bienes de los cónyuges que entran al haber relativo: éstos son "bienes sociales de cada cónyuge". Pero téngase en cuenta, que, además de los que forman al haber relativo, también los bienes propios de los cónyuges (siempre que no estén excluídos), deben también repararse a cargo de la sociedad, porque también estos benefician a la sociedad con sus frutos: aunque no pertenecen a la sociedad, sí pertenece a ella su usufructo.

Por gastos usufructuarios se entiende los de conservación y cultivo, incluídos los impuestos (Art. 833). Somarriva sostiene que también deben incluirse los gastos judiciales hechos para defender la posesión de los bienes, supuesto que ellos son necesarios para que la sociedad ejercite su derecho de goce sobre los mismos. En cambio, si la sociedad hace gastos extraordinarios en "obras o refacciones mayores" (Art. 834) en bienes de uno de los cónyuges, éste quedaría obligado a compensar a la sociedad.

7º Las cargas del mantenimiento de los cónyuges. Precisamente la sociedad conyugal tiene este objeto principal, junto con el mantenimiento de los descendientes legítimos del hogar común. El derecho de alimentos entre los cónyuges es, en cierto modo supletorio: a falta de bienes de la sociedad conyugal con los que puedan mantenerse uno y otro. En este mantenimiento los cónyuges debe entenderse comprendido todo lo necesario para la vida según su posición social y sus peculiares circunstancias: así, entran también en este rubro los gastos

de enfermedad, los de viaje, los necesarios para el desempeño de su trabajo, etc.

8º Los de crianza, educación, mantenimiento y establecimiento de descendientes comunes y "cualquier otra carga de familia" (nº 5 del Art. 1792). A diferencia de las cargas de mantenimiento de los cónyuges (que primeramente competen a la sociedad, y sólo supletoriamente al otro cónyuge), estos gastos en favor de los descendientes comunes, si se pueden cubrir con bienes propios de los mismos descendientes con ellos deben satisfacerse, y sólo en su defecto, incumben a la sociedad conyugal (Art. 247). Tales gastos deben ser, en todo caso, moderados, y el juez puede, si le parecen excesivos, imputar el exceso al haber el cónyuge que los haya causado.

9º "Los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges". Pueden ser éstos legítimos o ilegítimos, ya que el legislador no distingue, aunque habría sido más justo seguir el criterio del proyecto de Don Andrés Bello que solamente establecía esta carga social a favor de los descendientes legítimos.

10º "Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue, por una vez o periódicamente, una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente al marido". Si se hubiere impuesto al marido, será el caso de una donación.

11º "Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno, o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer" sino que se cobrarán a la sociedad conyugal (inciso 2º Art. 1803). Salvo, naturalmente, que se pruebe haber cedido en utilidad exclusiva de uno de los cónyuges.

214.— Pasivo relativo.

El pasivo provisional o relativo está integrado por aquellas obligaciones que se pueden exigir a la sociedad pero que al liquidarse ella dan lugar a una recompensa a su favor. Por consiguiente, el pasivo relativo se integra por obligaciones propias de los cónyuges, que la sociedad está obligada a pagar provisionalmente, hasta cobrar al cónyuge respectivo cuando se liquide la sociedad.

En el inciso 3º del Art. 1792 se señala de modo genérico la composición del pasivo relativo: "La sociedad está obligada al pago... 3º de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello".

Los casos concretos en que existe pasivo relativo son los siguientes:

1º Cuando la sociedad paga deudas contraídas por un cónyuge antes del matrimonio, pues son propias de él, y no corresponden

definitivamente a la sociedad, pero como entra a la sociedad el dinero de los contrayentes, la sociedad tiene que hacer el desembolso hasta que se compense al liquidarse ella.

2º Siempre que un negocio cede en utilidad exclusiva de uno de los cónyuges, como cuando se destinan sus utilidades al establecimiento de un hijo de anterior matrimonio.

3º Cuando se han hecho expensas extraordinarias en un fundo de alguno de los cónyuges, y se deba por ellas.

4º Cuando se ha comprometido uno de los cónyuges a erogaciones excesivas de alimentos o similares en favor de algún ascendiente o descendiente, a criterio del juez;

5º Si se han prometido erogaciones gratuitas notables a favor de un tercero que no sea descendiente común.

6º En el caso de obligaciones provenientes de delitos o cuasidelitos de un cónyuge (Art. 1800).

En todos estos casos, si la sociedad paga, tiene derecho a la recompensa correspondiente, por el valor de lo pagado, y que se hará efectiva al liquidadarse la sociedad conyugal.

215.— Deudas personales de los cónyuges.

Son deudas personales:

1º Las deudas de uno u otro cónyuge, contraídas antes de la celebración del matrimonio, incluyéndose también los intereses devengados en el tiempo anterior al matrimonio (Art. 1792,2).

2º Las deudas contraídas para el establecimiento de hijos de anterior matrimonio, o para cubrir otras cargas similares (1792,2).

3º Las deudas y obligaciones provenientes de inversiones en bienes personales de un cónyuge, que no se puedan considerar como simples reparaciones usufructuarias, sino como mejoras (Art. 1796).

4º Las obligaciones "excesivas" —a juicio del juez—, relativas a cargas de familia, alimentos de ascendientes o descendientes, o alimentos voluntariamente concedidos a quienes no se deban por ley (Art. 1792,5).

5º Las obligaciones que expresamente se pueden establecer en las capitulaciones matrimoniales a cargo de un cónyuge (1792 fin).

6º Las provenientes de actos realizados por la mujer con autorización del juez, contra la voluntad del marido (Art. 171).

7º Las provenientes de actos de la mujer o del marido cuando benefician a su propio patrimonio, y hasta dicho monto (Art. 171).

8º Las originadas en la aceptación por parte de la mujer de una herencia sin beneficio de inventario (Art. 171).

9º Las derivadas del desempeño por parte de la mujer, de un albaceazgo (Art. 1326).

10º Las obligaciones contraídas por un cónyuge al hacer él una donación de cierta monta atendida la cuantía del haber social, salvo

que se destine a un objeto de eminente piedad o beneficencia (Art. 1794).

11º Los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se deban por la adquisición o cobro de bienes, derechos o créditos de uno de los cónyuges (Art. 1797).

12º Las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado uno de los cónyuges por delitos o cuasi delitos (Art. 1800).

Todas estas deudas, aunque sean pagadas por la sociedad, gravarán en último término el patrimonio del respectivo cónyuge.

216.— Las recompensas.

La existencia de los diversos tipos de activo y pasivo, y particularmente el funcionamiento del haber y el pasivo provisionales, da origen a las recompensas, destinadas a restablecer el equilibrio económico en las relaciones entre los esposos.

El origen de las recompensas está en el hecho de existir tres patrimonios, que en términos generales se presentan para terceros como si fueran uno sólo. Del funcionamiento de estos patrimonios podrían seguirse un enriquecimiento sin causa para uno de ellos, y esto se trata de evitar con las recompensas. También pueden surgir las recompensas por la necesidad de indemnizar los perjuicios causados por dolo o culpa grave, o con motivo de administrar la mujer la sociedad conyugal, en el caso de la administración extraordinaria, haciéndolo de modo abusivo o perjudicial.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las recompensas, Pothier la explica como un remedio para evitar el enriquecimiento injusto de un patrimonio a expensas del otro. Pero, además, de este objetivo que fundamentalmente inspira a la ley en materia de compensaciones, se señalan otras razones de ser de ellas: a) evitan las donaciones disimuladas entre cónyuges, en perjuicio de legitimarios o de acreedores; b) mantienen la inmutabilidad del régimen matrimonial y el equilibrio económico de los tres patrimonios; c) protegen a la mujer de abusos del marido.

De todos modos, la teoría de las compensaciones —como afirma Planiol—, no es de orden público, por lo cual el cónyuge acreedor puede, por acto entre vivos o testamentario, remitir la deuda. La dispensa de una compensación constituye una liberalidad por la totalidad de la compensación si se trata de dispensa del marido en favor de la mujer renunciante, y por la porción que corresponda de la compensación al cónyuge deudor, si la mujer o sus herederos han aceptado las gananciales. La renuncia puede ser tácita, siempre que se produzca de modo inequívoco, pues en ningún caso se presume de por sí. Desde luego, si la renuncia a la recompensa implicara una donación que excediere del monto permitido por la ley, esto es, si fuere superior a la cuarta parte de los bienes, entonces sí se iría contra el orden público y daría lugar a la correspondiente reducción.

Las recompensas se pueden deber: a) a uno de los cónyuges, por parte de la sociedad conyugal (deudora); b) a uno de los cónyuges, por parte del otro; c) a la sociedad conyugal, por parte de uno de los cónyuges.

217.— Administración ordinaria de la sociedad conyugal.

Hay dos situaciones sustancialmente distintas: la de régimen normal, en el que la administración corresponde al marido y se llama ordinaria; y, por otra parte, aquellas situaciones de excepción en que administra el guardador del marido, que puede ser la mujer, o no serlo. Desde 1967 cabe que el sistema tendrá que modificarse para cumplir el precepto constitucional de igualdad. Pero se debe esperar la reforma legal.

Tanto en la administración ordinaria como en la extraordinaria hay que distinguir las facultades del administrador en cuanto a los bienes de su propio patrimonio, los de la sociedad conyugal y los del otro cónyuge.

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

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

Las facultades del marido en la administración de los bienes sociales son muy extensas en consideración a que dicho patrimonio es en parte suyo, más aún, frente a terceros es totalmente suyo y responde con él respecto de todas las deudas (hasta la liquidación de la sociedad). Por otra parte, el marido es el jefe del hogar, y su situación de preminencia moral y jurídica debe estar reforzada por una base económica, como es la consistente en estos amplios poderes administrativos.

De todos modos, las facultades del marido, tienden a restringirse en el derecho moderno. Y la igualdad proclamada en la constitución lleva a una co-administración.

Sin embargo, los Arts. 1801 y 1802 continúan afirmando los poderes irrestrictos del marido:

Art. 1801: "El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, sujetándose, empero, a las obligaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído en las capitulaciones matrimoniales".

Art. 1802: "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, y de lo establecido en el Art. 1812.

Podrán, con todo, los acreedores perseguir sus derechos en los bienes de la mujer, a consecuencia de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio".

El marido actúa, pues, como dueño de los bienes respecto de terceros, y en buena parte también con respecto a la mujer, según las disposiciones de estos artículos, pero con la reforma de 1936, que dió origen a los actuales Arts. 1811 y 1812, la mujer parece más bien condueña con el marido de los bienes, y los actos de enajenación o gravamen deben realizarlos ambos conjuntamente. En cuanto a las obligaciones y otras facultades del marido se ha dicho que él vive como dueño y muere como asociado, es decir, que las recompensas a que da lugar la liquidación de la sociedad establecen las responsabilidades económicas del marido, aunque hasta aquel momento haya podido actuar como si fuera dueño exclusivo de los bienes.

Que el marido pueda administrar por sí solo —en términos generales— significa que sus actos recaen o pueden perjudicar no solamente su propio patrimonio sino también el de la sociedad y el de la mujer. También se deriva de allí, que la mujer no puede intervenir en la administración o actuar como condueña, salvo disposición legal expresa. Esto se afirma precisamente en el Art. 1804:

Art. 1804: "Salvas las excepciones de ley, la mujer por sí sola no tiene derecho a los bienes sociales durante la sociedad. La autorización del juez, en su caso, no surte otros efectos que los declarados en el Art. 171".

Las limitaciones a que se refiere este artículo son las señaladas en los Arts. 1810 a 1812: no puede el marido arrendar predios rústicos de la mujer por más de ocho años, ni predios urbanos por más de cinco años, salvo que ella misma intervenga en el acto o que el juez lo autorice por estar incapacitada la mujer; y los actos de enajenación o gravamen de inmuebles que el Decreto Supremo 279 del Ingeniero Federico Páez, prohibe realizar al marido sin el consentimiento e intervención de la mujer.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el derecho del marido de administrar los bienes, ha sido establecido por la ley en interés de los dos cónyuges y no en interés exclusivo del marido. Al mismo tiempo que un derecho es un deber del marido. Por esto, el marido no puede liberarse de su responsabilidad o transferirla a la mujer. Cabe sí, el mandato a la mujer, pero este es siempre revocable, y deja al marido como principal responsable de los actos de la mujer en uso de tal mandato.

Las facultades administrtaivas del marido duran tanto cuanto

se prolonga la sociedad conyugal. Terminan en el momento en que se disuelve la sociedad. Entonces los bienes comunes quedan sujetos a un régimen de indivisión o de comunidad ordinaria y deben ser administrados en común por los cónyuges o sus herederos, sin que el marido tenga entonces facultades más amplias que los demás condóminos. Las facultades del marido, pueden, sin embargo, restringirse o aún terminar antes de la finalización de la sociedad conyugal, como en los casos de exclusión de bienes, o de administración extraordinaria.

Mientras tanto, la mujer no tiene ninguna facultad propia sobre los bienes de la sociedad (salvo las indicadas). Como señalan algunos autores, esta ausencia de cualidades o poderes, es distinta de la incapacidad y es algo más que ella.

La gran amplitud de facultades administrativas del marido —que le equiparan al propietario—, hace que no esté obligado a rendir cuentas. La jurisprudencia francesa exige que el marido dé cuenta de los bienes que administra, y le responsabiliza por el enriquecimiento que hubiere obtenido, y algunos autores, como Planiol y Ripert propugnan que se debería responsabilizar al marido hasta de la culpa leve *in concreto*. Pero en nuestro derecho no cabe exigir cuentas al marido, y su responsabilidad es mucho menor: solamente responde del dolo o de la culpa grave que se equipara a él.

218.— Administración ordinaria de los bienes de la mujer.

Mientras que la administración de los bienes sociales por parte del marido es casi irrestricta y depende de los poderes legales, la administración de los *bienes propios de la mujer* está más limitada y puede aún restringirse más en las capitulaciones matrimoniales. Esta segunda no es una cuestión de orden público, prueba de ello es que la misma mujer puede administrar sus bienes propios si hace exclusión de ellos en las capitulaciones o después.

En el manejo de los bienes de la mujer, el marido responde hasta de la culpa leve, según la opinión de algunos comentaristas. Y parece razonable que sea así, puesto que generalmente quien administra bienes ajenos adquiere ese grado de responsabilidad: el padre de familia, el curador, el albacea y el mandatario responden hasta por la culpa leve, y la analogía con el caso del marido que administra bienes propios de la mujer es evidente.

En la administración de los bienes propios de la mujer existen varias limitaciones de suma importancia al poder del marido, casos en que necesita del consentimiento de la mujer para obrar válidamente. Estos casos son los siguientes:

1º Para proceder a una participación de bienes extra-judicial, el Art. 1379 exige que el marido obtenga el consentimiento de la mujer, siempre que la partición se refiera bienes de ella. La partición es un acto delicado, en el que frecuentemente se ponen en riesgo graves intereses y también puede implicar una enajenación de parte de los

bienes, porque a veces uno de los partícipes recibe una cuota mayor que la que le corresponde, mediante el pago de una refundición, y entonces, necesariamente hay otro u otros partícipes que reciben una cuota menor en las cosas partidas, siendo compensados en dinero o con créditos. Esta es la causa por la cual se considera un acto extraordinario que exige el consentimiento de la mujer. También el nombramiento de partidor requiere el consentimiento de la mujer, por similares razones.

2º No puede el marido, sin el consentimiento de la mujer, repudiar una asignación deferida a ésta. Si la mujer no fuere capaz de dar ese consentimiento, puede ser reemplazado por el de la justicia. Rechazar una asignación normalmente producirá un empobrecimiento del patrimonio, o mejor dicho un lucro cesante, la pérdida de un posible aumento. Solamente resulta conveniente para la mujer que se rechace una asignación muy gravada. De allí, su necesaria intervención, prescrita por el Art. 1289.

3º Las reglas dadas para la repudiación de una herencia, se extienden por el Art. 1464, a las donaciones.

4º No puede el marido enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer que esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con la voluntad de la mujer, manifestada en el respectivo contrato, según lo dispone el Art. 1806. Estos bienes raíces de la mujer que el marido debe restituir en especie son los que la mujer tenía antes del matrimonio o los que hubiere adquirido durante él por cualquier título gratuito (donaciones, herencias o legados), o bien los subrogados a cualquiera de ellos, o finalmente, los que, no comprendidos en esas categorías, sean de la mujer por disposición de las capitulaciones matrimoniales o por aplicación de las reglas especiales de la mujer que ejerce profesión liberal, o excluída de bienes, o separada de bienes. En estos últimos casos, el marido, excepcionalmente puede todavía administrar esos bienes, y está obligado a restituirlos en especie.

5º "Para enajenar otros bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad" dice el Art. 1808. Estos "otros bienes", debe entenderse que son muebles, pero no aquellos que deben ser restituídos por medio del pago de su valor, sino los que deben restituirse en especie, o sea los aportados con esa condición en las capitulaciones matrimoniales los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio o los subrogados a cualquiera de ellos.

6º El marido no puede dar en arriendo los predios rústicos de la mujer por más de ocho años, ni los urbanos por más de cinco años. Para exceder estos límites el Art. 1810 exige que así lo estipulen el marido y la mujer obrando de consuno. Y puede suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de prestarlo.

Para la enajenación de los bienes de la mujer, antes de 1936 se

requería decreto judicial con conocimiento de causa, pero se sustituyó esta autorización por el consentimiento de la misma mujer. Si el marido vende sin este requisito, la venta sería nula, por falta de una de las partes contratantes. La mujer o sus herederos pueden ejercer la acción de reivindicación, o levantar la hipoteca, o pueden también escoger en su lugar la indemnización que debe hacer el marido.

Si la mujer casada es menor de edad, tampoco es necesaria autorización judicial, bastando su propio consentimiento y el del marido (Art. 1806).

Nótese la diferencia entre el caso de los muebles y el de los inmuebles de la mujer. Para la enajenación de muebles que el marido deba restituir en especie "bastará el consentimiento de la mujer" (Art. 1808, que puede manifestarse y probarse en cualquier forma, incluso, a posteriori; en cambio, para la enajenación o gravamen de inmuebles, la voluntad de la mujer tiene que "manifestarse en el respectivo contrato". Podría constar en el contrato, desde luego, por medio de un poder especial conferido en debida forma. Pero no valdría el poder otorgado antes del matrimonio (Art. 2183).

Ya que no se puede enajenar bienes propios de la mujer sin su consentimiento, tampoco podría obligarle a ella la promesa de venta que hubiere hecho el marido respecto de tales bienes, sin contar con su consentimiento.

219.— Enajenación de bienes sociales.

Examinados los actos administrativos que el marido puede realizar libremente, y los que sólo ejecuta en forma lícita y válida contando con el consentimiento de la mujer, cuando se refieren a los bienes propios de ella, conviene que volvamos a la administración de los bienes sociales para estudiar los actos que el marido no puede realizar sino con el concurso de la mujer.

Como las facultades del marido en la administración de los bienes sociales son más amplias, en realidad solamente requiere del consentimiento e intervención de la mujer para los actos de "enajenación o hipoteca" de bienes raíces "adquiridos a título oneroso durante el matrimonio".

Por consiguiente, el marido puede enajenar libremente los muebles que pertenecen a la sociedad conyugal, y también los inmuebles de la misma sociedad si no se han adquirido a título oneroso durante el matrimonio sino que, por ejemplo, se han aportado en las capitulaciones matrimoniales, haciendo excepción a la regla de que los muebles adquiridos antes del matrimonio no entran a la sociedad.

Debemos tener en cuenta que, no cabe extender el sentido de la ley para restringir las facultades del marido, ya que el espíritu del mismo Código es el de conceder al jefe del hogar una gran suma de poderes y libertad de acción, siendo verdaderas excepciones los límites que se le imponen. Una aplicación de este principio sería, por ejemplo,

que si bien el contrato de enajenación debe hacerse con el consentimiento de la mujer, no así, la tradición de la cosa enajenada, que tratándose de inmuebles se realiza mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad: para esto no se requiere intervención de la mujer.

En cuanto a la forma de la autorización, entre los autores chilenos no existe unanimidad. Alessandri, Rossel y otros creen que basta una autorización general, de la mujer al marido para que éste pueda enajenar raíces, pero Fueyo opina que no: por el contrario, se requiere que la mujer aprecie la conveniencia del negocio, esa es la razón de la ley, y por ello, no cabe la autorización general. De hecho, sería imprudente contratar con un marido que solamente tuviera autorización general. Los términos del artículo 1811 confirman esta opinión: el "consentimiento e intervención de ambos cónyuges", no puede concebirse sino en un negocio concreto, y no cabe, por lo mismo la autorización general de la mujer.

Otro punto debatido es el de los efectos de la enajenación que se realizara sin la intervención de la mujer. Para unos, el acto sería nulo con nulidad relativa por derivarse de un requisito exigido por la ley en atención a la calidad de las personas (mujer casada); para otros, la nulidad es absoluta, por falta de una solemnidad esencial, como lo es la comparecencia de las partes que deben intervenir en el contrato; para otros, el acto es válido, por constituir venta de cosa ajena, y solamente es inoponible frente al verdadero dueño de la cosa. Una sentencia de la Corte Suprema de noviembre de 1955 sostiene que el contrato es válido pero inoponible, aunque en un valioso voto salvado demuestra el Dr. Alfonso María Mora que en realidad lo que hay es nulidad absoluta por falta de consentimiento.

Considero que no cabe hablar de nulidad relativa porque no proviene de falta de capacidad sino que más bien no existe la debida personería, no comparecen las partes que tienen que comparecer. Tampoco parece aceptable la doctrina de la venta de cosa ajena y su consecuencia de la inoponibilidad a terceros que no hayan intervenido en el contrato, porque la sociedad conyugal no es persona jurídica, y más bien, sus propiedades frente a terceros se confunden con las del marido. En cambio, hay fundamento para sostener que la venta sin la intervención de la mujer es nula con nulidad absoluta porque la ley exige ese requisito como esencial para el contrato, y evidentemente es una cuestión de orden público que no puede alterarse por la voluntad particular, y mucho menos si ésta es unilateral. Además, por analogía con lo dispuestos en el Art. 1815, se llega a la misma conclusión: si se impone un gravamen sin la intervención de ambos cónyuges "tales bienes no responderán por las obligaciones personales de cualquiera de los cónyuges", dice dicho artículo, es decir, el gravamen impuesto no producirá efecto, el acto por el que se lo impuso es nulo, y los acreedores pueden perseguir su derecho en otros bienes, es decir, ellos mismos puden pedir la nulidad, porque es nulidad absoluta.

La intervención de la mujer puede suplirse con su consenti-

miento presunto en dos casos expresamente señalados por la ley: a) cuando la mujer se encuentra fuera del país por lo menos tres años antes de que se realice la enajenación o hipoteca, y b) cuando la hipoteca se ha constituído a favor de las Juntas de Asistencia Social.

El caso a) fué establecido por el Decreto Supremo de 4 de septiembre de 1936, que modificó el Decreto Supremo 279 dictado poco tiempo antes, el 1º de julio. Esta disposición parece haberse dictado para algún caso concreto, y no es muy razonable. Efectivamente, la mujer que está en el exterior, bien podía dar un poder, o manifestar su consentimiento por medio de otra escritura pública, y no se justifica que por el sólo hecho de permanecer en el extranjero se "presuma su consentimiento tácito" para la enajenación o hipoteca de sus bienes. Tal vez cuando la mujer está ausente, la ley debería protejer en mayor medida sus bienes, y no lo hace. Por lo menos, cabía distinguir el caso de la que está ausente y separada del marido y con el beneplácito o consentimiento de éste, de aquel otro caso sustancialmente distinto: la mujer que está fuera del país juntamente con su marido; pero la ley no distingue, y bien podría llevar un hombre o su mujer al exterior, precisamente para poder vender los bienes de la sociedad sin que ella lo sepa, aunque el mismo marido esté también en el extranjero, junto a su mujer.

El otro caso, es menos razonable aún, y proviene también de un Decreto Supremo, el 435 publicado en el Registro Oficial 58 de 18 de setiembre de 1963, cuyo artículo 4 dice así: "Siempre que no hubiere separación legal de patrimonios, y se diere el caso de que los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal se hubieren hipotecado a favor de las Juntas de Asistencia Social, sin la intervención de la mujer, se entenderá que lo fueron con el consentimiento tácito de ella, y surtirá todos los efectos a la celebración de la escritura, porque los beneficios del arrendamiento a que acceda la hipoteca ingresan a dicha sociedad". Dejando aparte su pésima redacción y la curiosa "explicación", o "considerando", introducido en la parte dispositiva, este artículo denota también la preocupación del legislador de resolver algún singularísimo caso. ¿Qué arrendamiento, es aquél al que "accede la hipoteca? ¿Acaso las hipotecas existen solamente para garantizar arrendamientos? Por otra parte, se da por supuesto que "el arrendamiento" produce beneficios, y los mismos ingresan en la sociedad conyugal, todo lo cual no pasa de ser mera suposición, y suposición inútil, porque el hecho de que entren unos frutos o unos beneficios en la sociedad conyugal, no justifica por sí solo que el marido pueda hipotecar válidamente los bienes de la mujer sin su intervención.

Ambas excepciones, la establecida en 1936 y la de 1963, no pueden tener efecto retroactivo. Así lo ha entendido la jurisprudencia respecto de la primera, y en el Art. 1813 se dice expresamente que "Las obligacions contraídas antes del primero de julio de 1936, no están comprendidas en la disposición del artículo anterior, a menos que se compruebe que se trata de obligaciones contraídas fraudulentamen-

te, con el propósito de perjudicar al otro cónyuge". Y el art. anterior dice así: "Tales bienes no responderán por las obligaciones personales de cualquiera de los cónyuges, a menos que la obligación se haya constituído por los dos. Los acreedores de uno cualquiera de los cónyuges podrán perseguir el cumplimiento de la obligación en la cuota de los bienes sociales que corresponda al deudor, y de rematarse esta cuota, el otro cónyuge podrá demandar, en juicio verbal sumario, la liquidación de la sociedad". Por consiguiente, si el marido hubiere hipotecado bienes sociales de mala fe, con la intención de perjudicar a la mujer, y sin el consentimiento de ella, aunque el contrato sea anterior a 1936, en tal caso el acreedor podría solamente embargar la "cuota" del marido, y la mujer podría pedir la liquidación de la sociedad conyugal.

220.— Beneficios y garantías a favor de la mujer.

El sistema introducido por la reforma de 1936 y recogida ahora en los artículos transcritos más arriba tiende a garantizar más ampliamente a la mujer contra las arbitrariedades del marido. Efectivamente, no puede el marido por sí solo comprometer los bienes de la mujer ni los de la sociedad conyugal por medio deudas contraídas por él, ni por medio de gravámenes impuestos unilateralmente por él. Aparte de estas reglas, la mujer está ampliamente garantizada por nuestra ley a través de muy diversos recursos jurídicos de los que puede usar para compensar o remediar los posibles abusos del marido en la administración de sus bienes y de los bienes sociales. Estos procedimientos son los siguientes:

1º La mujer puede hacer exclusión de bienes: de todos o de una parte de sus bienes propios, para administrarlos por sí misma. Para ello basta escritura pública y notificación al marido.

2º Cabe también la separación parcial de bienes, que se produce en los casos de donaciones, herencias o legados dejados a la mujer con la condición de que el marido no administre, o también, si se establece en las capitulaciones matrimoniales, respecto de determinados bienes (Art. 192-194).

3º La mujer puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal, sea por haber hecho antes exclusión de bienes, o durante o a raíz del juicio de divorcio o de separación conyugal, o bien en el caso del Art. 1812: si los acreedores embargan la cuota social del marido.

4º La mujer no es responsable por sus propios actos sino a lo más hasta el monto del beneficio que le han producido, o cuando ha procedido sin el consentimiento del marido, autorizada por el juez.

5º Los actos del marido tampoco le obligan sino hasta el monto en que le hayan beneficiado.

6º Puede la mujer renunciar a los gananciales y entonces se desliga de todas las deudas sociales, en la parte que podían hacerse valer contra ella.

7º Tiene a su favor el beneficio de emolumento y el beneficio de inventario, por los cuales también limita su responsabilidad frente a terceros.

8º Tiene privilegio de cuarta clase para cobrar sus créditos al marido, cuando se liquida la sociedad.

9º En la liquidación tiene derecho a retirar primeramente ella sus haberes.

10º Puede pedir indemnización de perjuicios por culpa grave o dolo del marido. Cuando éste ha enajenado sin su consentimiento sus bienes propios puede escoger entre la indemnización o la acción reivindicatoria.

11º En el caso de divorcio, del cual no haya sido culpable, puede ella pedir la liquidación de la sociedad en el mismo juicio y tiene derecho a que se le entregue hasta la quinta parte de los bienes del marido, si ella no tiene los suficientes para su cóngrua sustentación.

12º Finalmente, al liquidarse la sociedad conyugal la mujer, como también el marido, debe recibir las recompensas correspondientes a los bienes propios que hubieren disminuído o se hubieren invertido en beneficio del otro cónyuge o de la sociedad (como hemos visto con mayor detenimiento, antes). Como observa Urrutia la facultad de hacer donaciones, es la fuente principal de los abusos del marido, pero el derecho a la recompensa ha prevenido los posibles abusos del donante.

221.— *Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.*

Cuando el marido está incapacitado legalmente, o impedido para ejercer la administración de la sociedad conyugal, así como de su propio patrimonio y el de su mujer, se produce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, la cual implica también un régimen extraordinario de administración de aquellos otros bienes (bienes propios del marido y de la mujer).

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal corresponde al curador del marido. Este curador puede ser su mujer, o bien una tercera persona.

Por consiguiente, si la mujer ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, es en calidad de curadora de su marido, y no simplemente como mujer (esposa). Ella no tiene un derecho subsidiario al del marido; es decir, no entra en ejercicio de la administración por el simple hecho de no poder ejercerla el varón, sino que la mujer llega a desempeñar esta administración extraordinaria solamente en virtud de su nombramiento y posesión en la curaduría del marido.

Las mujeres eran hasta 1967 en nuestro derecho generalmente incapaces para ejercer toda guarda, pero precisamente la *mujer casada,* por excepción, está autorizada para ejercer la curaduría de su marido. El Art. 540, señala entre las excepciones únicamente el caso de la que tiene marido "demente o sordomudo", pero el Art. 1814 le atribuye

la administración extraordinaria a la mujer cuyo marido esté "en interdicción" o que haya sido nombrada curadora "por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia". Luego, en los demás casos de interdicción del marido, también puede ser curadora la mujer, salvo la especialísima circunstancia del marido disipador.

Aparte de los casos indicados de curadurías, se discute si la mujer deba también asumir la guarda de su marido menor de edad y por consiguiente, ejercer la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. Algunos, como Alessandri, aceptan esta posibilidad. Creo, con Barros Errázuriz, que no es posible esta guarda y administración extraordinaria de la sociedad conyugal del marido menor de edad, por las siguientes razones: a) El Art. 1814, se refiere expresamente sólo a los casos "de interdicción o de larga ausencia", y el menor no es un interdicto; b) En el Art. 540 no se enumera entre los casos en que la mujer, por excepción, puede ejercer una guarda, el caso del marido menor de edad, y las excepciones se deben entender siempre en sentido estricto; c) Tampoco se indica entre las reglas relativas a la curaduría del menor adulto, nada que haga posible el ejercicio de esta guarda por parte de la mujer; d) Se produciría una situación semejante a la que ha previsto el legislador en el caso del marido puesto en interdicción por disipación: podría influir poderosamente en las determinaciones de la mujer, y probablemente, por esta razón la ley calla y no permite esta curaduría de la mujer casada. Pero, en vista de la nueva Constitución puede llegarse a la otra solución.

Si a su vez la mujer no es capaz (salva la incapacidad propia del matrimonio), tampoco ella puede ser curadora ni tener la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Pero cuando la incapacidad de la mujer proviene solamente de su minoría de edad(además del matrimonio), entonces el derecho de llegar a ser curadora del marido y administradora de la sociedad se mantiene como latente, es decir, que al cumplir los veintiún años puede pedir para sí esa guarda, y como tiene derecho preferente a toda otra persona, debe conferírsele a ella la curaduría del marido demente, sordomudo, o la de los bienes del ausente.

Pero este derecho de la mujer es solamente potestativo. Y es también alternativo: puede escoger, en efecto, entre ejercer la guarda, someterse a la guarda de un extraño, o pedir la separación conyugal judicialmente autorizada, la cual da fin a la sociedad conyugal y origina su liquidación.

En todo caso, la mujer mayor de edad tiene esta alternativa a su disposición. Así lo señala el Art. 491 en términos generales, y en los Arts. 504, 511 y 516 se indica lo propio, respectivamente para las curadurías del demente, del sordomudo y de los bienes del ausente.

Sorprende sobremanera la mencionada alternativa: o ejercicio de la curaduría, o separación conyugal judicialmente autorizada. No hay proporción alguna entre uno u otro efectos. Cuando se ponen varias posibilidades legales al alcance de alguien, hay que suponer que

son más o menos equivalentes, o que se quiere sancionar el incumplimiento de unas con las necesaria imposición de la otra; pero en el presente caso, no tenemos nada de esto, sino instituciones que se han contrapuesto artificiosamente en la ley, sin que exista ninguna razón lógica ni jurídica para hacerlo.

El origen histórico de esta incongruencia consiste en que cuando se estableció en 1958 la necesaria institución de la separación conyugal judicialmente autorizada, y se transformó la antigua "simple separación de bienes" por la actual "separación parcial de bienes", ordenó el legislador que en aquellos artículos del Código Civil en que se hacía referencia a la "simple separación de bienes", se sustituyera dicha expresión por la de "separación conyugal judicialmente autorizada". El remplazo ordenado por la ley, era muy conveniente en algunos casos: en aquellos artículos que tratan exclusivamente del régimen patrimonial dentro del matrimonio, o de la capacidad jurídica de la mujer casada; pero resulta absurdo que se produzca o que se pueda pedir la "separación conyugal judicialmente autorizada", sólo por cuestiones económicas que tendrían otras soluciones adecuadas.

La separación conyugal judicialmente autorizada, o divorcio semi-pleno o imperfecto, como también se le llama, es una institución de mucho mayor alcance que la antigua simple separación de bienes o que la actual "separación parcial de bienes". Mientras estas dos últimas se refieren solamente al régimen de las cosas, a su administración y disposición y a la capacidad de la mujer casada, en cambio, la separación conyugal afecta al matrimonio mismo y hace cesar todos sus efectos normales, salvo el vínculo mismo. Por esto, es absurdo que las mismas causas que antes producían la "simple separación de bienes", puedan dar ahora origen a la "separación conyugal judicialmente autorizada". Lo razonable sería, que dichas causas produjeran la "separación parcial de bienes", que propiamente reemplaza a la "simple separación de bienes". Podría, a lo más establecerse que se produzca la "liquidación de la sociedad conyugal", pero no el divorcio imperfecto o "Separación conyugal judicialmente autorizada".

Concretamente, la mujer casada cuyo marido es puesto en interdicción o está largo tiempo ausente, en lugar de poder escoger entre el ejercicio de la guarda de su cónyuge, someterse ella a guarda, o pedir la separación conyugal, debería poder escoger entre la guarda o la separación parcial de bienes, o quizá, la liquidación de la sociedad conyugal. Las causas para la separación conyugal son sustancialmente las mismas que las del divorcio (Art. 132), y no conviene que el legislador permita la separación de los cónyuges todavía por otras causas más, y de índole puramente patrimonial, que tienen otros remedios legales más adecuados y menos extremos que la separación de cuerpos. Es, pues, urgente una reforma de la ley en este sentido.

Como resultaba dudoso si la mujer puede asumir la curaduría el marido menor de edad y la administración extraordinaria de la so-

ciedad conyugal, así mismo se plantea la incertidumbre sobre si podrá la mujer que sea mayor de edad, pedir la separación conyugal por el hecho de ser menor su marido. Si nos atenemos a la sola expresión literal de la ley, la duda cabe, pero si se considera la razón de ser de estas disposiciones queda absolutamente claro que no es posible que la mujer pida la separación conyugal por la minoría del marido. Efectivamente, ya he dicho, como no es aceptable que ella ejerza la curaduría del marido menor, y por las mismas razones no podría escoger la otra posibilidad: la de separarse de él judicialmente autorizada. Además, resultaría un contrasentido si la ley permitiera separarse solamente por la minoría de edad, puesto que tal causa existe lógicamente al momento de contraer el matrimonio y antes, y es una circunstancia transitoria: un defecto que irremisiblemente se curo con el tiempo.

Si la mujer es quien ejerce la guarda del marido y la consiguiente administración de la sociedad conyugal, sus derechos como administradora son similares, aunque no exactamente iguales a los del marido en la administración ordinaria de la sociedad conyugal. Hay que distinguir aquí también la administración de los bienes propios de la mujer, de los bienes propios del marido y de los sociales.

La mujer administrará, en este caso, sus bienes propios, como lo haría el marido, pero naturalmente sin necesidad de contar con el consentimiento de aquél, en los casos en que el marido habría tenido que obtener el consentimiento de la mujer. Así, para enajenar una cosa propia de la mujer, el marido requiere del consentimiento de su esposa, pero si ella ejerce la administración extraordinaria, basta con su sola voluntad.

Respecto de los bienes propios del marido, también actúa la mujer curadora como obraría su esposo, pero requiere de autorización judicial, previo conocimiento de causa, para enajenar los bienes raíces o gravarlos con hipotecas, o hacer subrogaciones con ellos. Necesita también autorización judicial con conocimiento de causa para aceptar o repudiar una herencia deferida al marido, y en todo caso si la acepta debe ser con beneficio de inventario. La ley exige aquí requisitos en todo similares a los que impone al marido cuando tiene que enajenar, hipotecar o aceptar bienes propios de la mujer: hay un perfecto paralelismo. También declara expresamente el Art. 1915 que "todo acto en contravención a estas 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". Tampoco puede la mujer dar en arrendamiento los bienes propios del marido por un plazo mayor de cinco años si son predios urbanos ni por más de ocho años si son rurales, salvo que obtenga especial autorización judicial previa información de utilidad (Art. 1817). En resumen: la mujer no puede hacer libremente con los bienes del marido, lo que el marido no puede hacer libremente con los bienes propios de la mujer; uno y otro están obligados a pedir autorización para estos actos de disposición, que

pueden comprometer más los intereses del otro cónyuge, y el juez solamente puede autorizarlos cuando existe utilidad debidamente probada.

Para la administración de los bienes sociales, la mujer dispone de más amplias facultades, como también sucede con el marido cuando él es el administrador. Prácticamente la única limitación en este caso es la referente a la enajenación, gravamen o disminución fraudulenta de los bienes sociales, lo cual naturalmente no puede hacer la mujer. Pero puede en cierto modo en este caso más que el marido, ya que puede enajenar o hipotecar incluso los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, puesto que el Art. 1815 le faculta para obrar sin necesidad de otro requisito, como obraría el marido; para esas enajenaciones, el marido requiere del consentimiento de la mujer, pero si es ella la administradora, entonces basta su solo consentimiento (el de la mujer).

En general, todos los actos y contratos ejecutados por la mujer en estas circunstancias, si se ajustan a las reglas legales, se mirarán como actos o contratos del marido, puesto que obra en su nombre y representación. Estos actos y contratos, por consiguiente, obligan a la sociedad y el marido, del mismo modo que si hubiera actuado el propio marido (Art. 1816).

Solamente "cuando apareciere o se probare que dichos actos o contratos se hicieron en negocio personal de la mujer", entonces obligan a los bienes propios de ella. Pero, como observa Urrutia, "la prueba de que tal acto ha cedido en provecho sólo de la mujer, y no de la sociedad, cuando ella es la administradora de ésta, será siempre bien difícil".

Tanto la mujer, como cualquier otra persona que administre la sociedad conyugal (fuera del marido), responde hasta de la culpa leve, conforme a las reglas generales del administrador de negocios ajenos, y específicamente, según la responsabilidad del curador. En cambio, ya hemos visto que la responsabilidad del marido es menor: sólo responde del dolo o de la culpa grave.

Termina la administración extraordinaria cuando desaparecen las causas que la originaron y decreta el juez su finalización y que el marido asuma la administración ordinaria. Concretamente, si el marido estuvo en interdicción por demencia, sordomudez, insolvencia, ebriedad consuetudinaria, condenación a penas de reclusión o toxicomanía, se requiere el decreto judicial de rehabilitación. Si el marido estuvo ausente, no basta su regreso, aunque el simple retorno hace terminar la curaduría de bienes del ausente, también en este caso, el juez debe decretar el término de la administración extraordinaria, y lo propio sucede en el caso del menor de edad que llega a cumplir los veintiún años. Nuestra ley exige de todos modos la intervención judicial para que el cambio de la administración extraordinaria por la ordinaria conste claramente a terceras personas, y no se induzcan a error o confusión.

Cuando la administración extraordinaria termina, el administrador debe rendir cuentas, según las reglas generales para la termina-

ción de las guardas. Así, pues, si es la mujer quien administró, tenemos otra diferencia con la situación del marido, pues ella sí está obligada a rendir cuentas, mientras que el marido no lo está.

222.— Terminación de la sociedad conyugal.

En todos los casos en que termina el matrimonio, también termina la sociedad conyugal, y entonces esta finalización es automática. No se requiere ningún otro acto jurídico o formalidad. Cuando la sociedad conyugal termina por haberse disuelto el vínculo matrimonial, ya no puede revivir, aunque los ex-cónyuges pueden establecer una nueva sociedad conyugal al volverse a casar.

Pero, además, la sociedad conyugal puede terminar aunque el matrimonio no se disuelva. En este segundo caso, la sociedad conyugal puede restablerse.

En principio, y en muchas legislaciones, la terminación de la sociedad conyugal solamente se realiza por causas legales, y de ningún modo, por voluntad de los cónyuges. En nuestro sistema jurídico actual, aunque a raíz de la exclusión de bienes cualquiera de los cónyuges puede pedir libremente la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, sin embargo, considero que también podemos decir que la cesación de la sociedad no es voluntaria, pues aún en el mencionado caso, hay un antecedente legal indispensable, una condición exigida por el derecho, sin la cual no se podría proceder a la terminación: la previa exclusión de bienes. De todos modos,el principio de que la terminación solamente se realiza por causas legales, ha quedado, como es obvio, sumamente delicado.

Examinemos, cada una de las causas de terminación de la sociedad conyugal:

1º Si se declara nulo el matrimonio, cesa también la sociedad conyugal, si realmente se ha formado. Digo, "si la sociedad se ha formado", porque si ambos cónyuges actuaron de mala fe al momento de contraer el matrimonio, o éste no se celebró con las solemnidades esenciales, entonces, la nulidad es simplemente declarativa, se retrotrae al momento de la celebración, y ha de considerarse que jamás hubo sociedad conyugal. Si, por el contrario ambos cónyuges actuaron de buena fe y el matrimonio es putativo, según lo que dispone el Art. 107, éste surte los mismos efectos del válido, y por consiguiente sí se produce la sociedad y termina al declararse la nulidad. En cuanto al caso del matrimonio putativo en el cual uno solo de los cónyuges está de buena fe, se dan dos soluciones posibles: para unos, el cónyuge de buena fe puede escoger entre la liquidación de la sociedad conyugal, o una liquidación considerándose que sólo ha habido una comunidad de hecho; para otros, necesariamente se debe liquidar la sociedad conyugal, ya que ésta se establece también de modo necesario en vista de la buena fe de uno de los cónyuges a tenor de los dispuesto en el Art. 107. Me parece más aceptable esta última solución, tanto más cuan-

to que el Art. 1820 en el numeral 5º, dice que la sociedad termina "Por la declaración de nulidad del matrimonio" y no se presta a la sutil distinción que daría derecho al cónyuge inocente a escoger entre dos situaciones radicalmente distintas.

2º Termina necesariamente la sociedad conyugal por la muerte de uno de los cónyuges, o la muerte simultánea de ambos. Algunas legislaciones, como la alemana y la suiza, permiten la continuación de la sociedad conyugal con los herederos de uno de los cónyuges, pero esto se excluye totalmente de nuestro sistema. La terminación en este caso es instantánea, aunque no se verifique de inmediato la liquidación. Hasta tanto que se produzca la liquidación puede existir un estado de comunidad de hecho entre los herederos y el cónyuge sobreviviente, o entre los herederos de ambos cónyuges, pero esta comunidad se rige por otras reglas, y desde luego, no es una prolongación de la sociedad conyugal. Si se ha desconocido la muerte, y sólo después de un tiempo consta su realidad, se debe considerar terminada la sociedad conyugal en la fecha de la muerte, y se dará así efecto retroactivo a la liquidación, hasta tal fecha.

3º En el proceso de declaración de muerte por desaparecimiento se produce también la terminación de la sociedad conyugal. A este respecto, la norma tradicional en nuestro Código es la del actual artículo 76: "En virtud del decreto de *posesión provisional,* quedará disuelta la sociedad conyugal". Naturalmente, si no hay decreto de posesión provisional, y se pasa directamente a la *posesión definitiva* de los bienes del desaparecido por parte de sus herederos presuntivos, también en este caso se produce la terminación de la sociedad conyugal.

Es notorio el error en que se incurrió al codificar el Art. 1820, y decir allí "posesión *definitiva*". En rigor debería decir "posesión provisional o definitiva, según el caso". Y lo más acertado habría sido dejar el texto primitivo del Código que simplemente se remitía al título de la terminación de la existencia de las personas, y al parágrafo de la muerte presunta.

Aún así aclarado el punto relativo a cuál decreto es el que produce la disolución de la sociedad conyugal, queda la duda que se quiso eliminar en 1958 —sin conseguirlo—, o sea la relativa al momento en que se produce la terminación. ¿Se deberá considerar retroactivo al decreto de posesión provisional o definitiva, hasta la fecha de la muerte presunta? Para algunos esto es así, porque resultaría chocante (como dice Claro Solar), que presumiéndose ya muerta una persona, sin embargo continúe la sociedad conyugal.

Pero a mi modo de ver, está en lo justo Urrutia al afirmar que solamente desde la fecha del decreto se puede considerar disuelta la sociedad, sin efecto retroactivo. Efectivamente, mientras no haya el decreto de posesión provisional, el desaparecimiento surte los efectos de mera ausencia, y la mujer toma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, si el marido es el desaparecido, o continúa el marido en la administración, si la desaparecida es la mujer, luego la so-

ciedad no ha terminado. Más aún, según el Art. 1818, la mujer que no quiera hacerse cargo de la curaduría de bienes del marido desaparecido, puede pedir la separación conyugal judicialmente autorizada, la cual a su vez producirá entonces, y sólo entonces, la terminación de la sociedad; por consiguiente, si la mujer no hace uso de esta facultad, la sociedad continúa, y ella es quien la administra.

4º La separación conyugal judicialmente autorizada, institución que existe en nuestro derecho desde 1958, origina también la terminación de la sociedad conyugal. Por ella cesan, en general todos los deberes y derechos entre los cónyuges, excepto el de fidelidad y el vínculo conyugal mismo. Es natural que no existiendo ya comunidad de vida, tampoco pueda subsistir la comunidad de intereses que sostiene a la sociedad conyugal y la da su razón de ser. Esta causa opera también de pleno derecho, y da lugar a la liquidación, la cual puede verificarse en el mismo juicio de separación conyugal. Esta causa en realidad ha venido a revivir y reemplazar la del antiguo Código: el divorcio (cuando el divorcio no rompía el vínculo y era "imperfecto", o semi-pleno, simple separación de cuerpos).

5º El divorcio termina la sociedad conyugal, puesto que con él termina el matrimonio.

6º Si la mujer ha hecho exclusión total o parcial de bienes, cualquiera de los cónyuges puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal. El Art. 199 es más preciso a este respecto que el 1820, y de aquél se desprende claramente que la terminación se produce "decretada la disolución", esto es, cuando la sentencia se ejecutoría. No basta, pues, la presentación de la demanda.

Antes de 1956 solamente el marido podía pedir la terminación y liquidación de la sociedad conyugal cuando su mujer había hecho exclusión de bienes. Era, pues, una medida compensatoria y destinada a evitar la injusticia de que el marido tuviera que continuar con las cargas del hogar, sin tener la administración de los bienes excluídos por la mujer. Pero en la reforma de 1956 se introdujo la inexplicable facultad de que *"cualquiera* de los cónyuges", pudiera pedir la terminación y liquidación de la sociedad, a raíz de una exclusión de bienes. Por tanto, también la misma mujer puede pedirla. Y no es lógico que la mujer pueda pedir la terminación de la sociedad aduciendo como causa un acto voluntario de ella misma. Por lo menos, esto significa la destrucción del principio de la estabilidad e inmutabilidad del régimen de bienes, y deja en manos de la mujer el cambiar en cualquier momento el régimen de comunidad por el de separación. Este derecho conferido a la mujer no goza el marido en igual forma, porque él no puede tomar la iniciativa (sólo la mujer puede hacer exclusión de bienes), y solamente si la mujer ha hecho exclusión, puede el marido pedir por su parte la terminación y liquidación de la sociedad. No hay, pues, el debido equilibrio entre los derechos de uno y otro cónyuges.

7º A partir de la reforma de 1936, si los acreedores de uno de los cónyuges embargan la cuota social del deudor y se llega a re-

matar, entonces el otro cónyuge puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal en juicio verbal sumario (Art. 1812). En este caso, no está claro en qué momento se debe considerar terminada la sociedad: en el momento del embargo, en el del remate de la cuota, en el de la demanda de liquidación o en el de la ejecutoria de la sentencia de liquidación. Por analogía con el caso de la exclusión de bienes podría decirse que solamente cuando se ejecutoría la sentencia de liquidación se disuelve la sociedad.

En todos los casos en que se produce la terminación de la sociedad conyugal, menos cuando es por muerte de uno de los cónyuges o de ambos, se requiere publicidad para que la terminación sea oponible a terceros. Esta publicidad se produce mediante la inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad. No es, desde luego, una inscripción especial "de la terminación", sino del acto o causa de ella: la sentencia de divorcio o de separación conyugal, la de terminación y liquidación en los casos de exclusión de bienes o de embargo de la cuota social, etc.

Los efectos de la terminación de la sociedad conyugal son los siguientes:

1º La mujer recobra la capacidad jurídica que tendría si no fuera casada, aunque el matrimonio continúe, y desde luego también y con mayor razón, si el matrimonio termina.

2º Se crea una comunidad entre los cónyuges, o con los herederos, la cual sigue las reglas generales de la comunidad de hecho, hasta su liquidación. Es, por tanto, administrada por los copartícipes.

3º En adelante ya no hay gananciales partibles por mitades, sino que si hay utilidades corresponderán a los comunes en proporción a sus cuotas.

4º Los frutos acrecen al patrimonio de cada uno, y no corresponden necesariamente al marido o sus herederos.

5º El cónyuge sobreviviente puede enajenar los bienes que le correspondan. Si vendiera más de lo que le cabe, habría venta de cosa ajena. Puede también él, o los herederos del difunto, enajenar la cuota, como cosa universal, lo cual no podía hacer durante la sociedad.

6º El activo y el pasivo de la sociedad queda fijado a la fecha de su terminación, para todos los efectos de liquidación y de responsabilidades frente a terceros.

7º Los bienes de esta comunidad de hecho no constituyen un patrimonio especial y distinto del de cada copartícipe, es decir que la cuota que a cada uno le corresponda, entra a su patrimonio y se funde con sus demás bienes. Los acreedores de los comuneros pueden perseguir indistintamente sus créditos sobre los bienes que tenían antes los comuneros o sobre los que llegan a tener en virtud de esta comunidad, porque unos y otros forman el mismo patrimonio personal de cada uno.

8º Por lo general se procede a la liquidación de la sociedad conyugal y de la comunidad que se forma a raíz de la extinción de la primera. En tal liquidación la adjudicación de bienes a cada copartí-

cipe no es acto de enajenación y no causa impuesto de alcabala ni los demás anexos a la transmisión del dominio.

9º La mujer puede renunciar a los gananciales, si no lo hubiera ya hecho antes del matrimonio, y en esta forma se libera de la obligación de contribuir o pagar las deudas sociales.

223.— Liquidación de la sociedad conyugal.

La siguiente sentencia colombiana resume muy bien en qué consiste la liquidación de la sociedad conyugal: "Disuelta la sociedad conyugal es preciso liquidarla, haciendo inventario y tasación de todos los bienes que ella usufructuaba o de que era responsable; y es entonces cuando cada cónyuge por sí mismo o por sus herederos, puede sacar de la masa de bienes las especies que les pertenezcan y los precios y saldos o recompensas que le deba la sociedad conyugal, haciendo la mujer antes que el marido las correspondientes deducciones. Hechas tales operaciones, el residuo se dividirá entre los cónyuges, y si la disolución proviene del fallecimiento de uno de ellos, por mitad entre los herederos de uno de los cónyuges y el otro. Los bienes que al cónyuge muerto corresponden se dividen entre sus herederos mediante el respectivo rigor de inventario y partición. Hay pues, en verdad, dos participaciones sucesivas, pudiendo procederse en el mismo juicio de sucesión a la separación de patrimonios de los cónyuges".

224.— Renuncia de gananciales.

La mujer puede renunciar a sus gananciales antes del matrimonio, o también una vez terminada la sociedad conyugal. En ningún caso puede renunciarlos durante la sociedad conyugal.

Para que valga la renuncia, debe también no haber entrado en poder de la mujer ninguna parte de los gananciales. Es decir que si la mujer los recibe, aunque sea parcialmente, de hecho acepta, con aceptación irrevocable.

También la renuncia de los gananciales es irrevocable: una vez formulada, no puede retractarse, salvo que la mujer demostrara que fraudulentamente se le indujo a error. Desde luego, la mujer que renuncie debe ser capaz y si no lo fué cuando renunció, también en este caso cabe el que posteriormente —cuando capaz— acepte sus gananciales. También si ha habido error substancial, aunque no producido por fraude, puede rescindirse la renuncia.

Este derecho de renunciar se confiere solamente a la mujer, y nunca al marido. Si de hecho el marido renunciara, sería una donación a favor de la mujer, que no podría exceder de la cuarta parte de sus bienes (de la que puede disponer libremente), y estaría sujeta a la acción pauliana, por parte de los acreedores, para reducir dicha donación si les perjudica a ellos.

En todo caso, la acción rescisoria de la renuncia prescribe en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad (Art. 1838).

Si ha muerto la mujer, el derecho de renunciar a los gananciales corresponde a sus herederos. Si solamente unos herederos renuncian y otros aceptan, la porción de los renunciantes acrece a la del marido (Arts. 1839 y 1841). Para poder renunciar a los gananciales, los herederos de la mujer deben haber aceptado previamente su herencia, de otro modo no tendrían este derecho. Además, es preciso que la misma mujer no haya aceptado o renunciado ya, puesto que si ella ya ejerció la opción —aceptando o renunciando—, ésta no se repite en sus herederos, los cuales si aceptan la herencia la aceptarán con o sin los gananciales según haya resuelto en vida su causante.

Si la mujer o sus herederos son menores, no pueden renunciar sino con autorizació judicial en el caso de disolución de la sociedad; la mujer menor puede renunciar en las capitulaciones, pero igualmente contando con licencia judicial (Art. 1774).

He aquí otra diferencia fundamental entre la sociedad conyugal y las sociedades corrientes. ¿Por qué esta diferencia? La facultad de renunciar a los gananciales es un verdadero privilegio a favor de la mujer para compensar su posición subordinada en la sociedad. La situación de la mujer al renunciar se ha comparado a la de un heredero que renuncia a la herencia. Sin duda hay diferencias importantes entre ambas figuras jurídicas, pero su analogía es también evidente. La mujer al renunciar a los gananciales queda libre de toda deuda social: es justo que si ella no ha podido administrar los bienes sociales, y el marido los ha administrado mal, las dilapidaciones o inversiones aventuradas del marido no pongan en peligro el patrimonio personal de la mujer. Cierto que la mujer tiene también el beneficio de emolumento, pero para hacer uso de él tiene que probar "con instrumentos públicos", que ya ha pagado obligaciones por el valor de su mitad de gananciales, y esta prueba a veces puede ser difícil y otras veces, imposible. De allí la conveniencia de que renuncie a los gananciales.

La renuncia de los gananciales equivale a renunciar a la sociedad: todo lo que compone la sociedad —activo y pasivo— queda para el marido o sus herederos. Este doble efecto se produce retroactivamente de modo que tanto los bienes como las deudas se consideran solamente del marido, desde el momento en que se adquirieron.

Si la renuncia a los gananciales se produce *antes* del matrimonio, se plantea la duda de si se forma sociedad conyugal. Hay razones en pro y en contra. El Art. 1772 dice: "La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales", y el Art. 159 habla en términos absolutos de que se establece la sociedad por el hecho de celebrar el matrimonio, de modo que la posible renuncia a los gananciales no parece que pueda afectar a la constitución de la sociedad. También el Art. 1805 confirma que hay sociedad conyugal tal como está actualmente redactado este artículo, aunque su primitiva forma daba precisamente argumento contrario para algunos au-

tores, como Urrutia. Efectivamente, según este Art. 1805, la renuncia de gananciales deja subsistente el derecho del marido a percibir los frutos de los bienes de la mujer, y el marido debe conservar y restituir esos bienes, todo lo que implica funcionamiento de la sociedad conyugal; el mismo artículo en el inciso segundo dice: "Lo dicho deberá entenderse sin perjuicio de los derechos de la mujer excluída de bienes o que hubiere obtenido separación conyugal judicialmente autorizada", es decir que se ponen a salvo las excepciones que precisamente modifican el régimen de sociedad conyugal, lo cual confirma su existencia misma.

En cambio, se aduce contra la vigencia de la sociedad conyugal en el caso de renuncia a los gananciales hecha en las capitulaciones matrimoniales, la disposición del Art. 2075: "No hay sociedad sin participación en beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero". Pero la sociedad conyugal sin gananciales para la mujer, sí representa beneficios apreciables en dinero para ella, desde el momento en que todas las deudas y cargas comunes del hogar gravarán exclusivamente sobre el marido. Además, la índole peculiarísima de la sociedad conyugal, hace que el Art. 2075, aplicable a las sociedades en general, no tenga que aplicarse rigurosamente a la conyugal.

Si fuera posible la renuncia de gananciales por parte del marido, en las capitulaciones matrimoniales, esto sí destruiría el régimen de sociedad conyugal, o lo desvirtuaría totalmente, como es evidente, ya que a él corresponden las cargas y también el derecho especial de goce (aunque en beneficio de la sociedad). Pero esa renuncia no puede hacer el marido ni antes, ni durante, ni después del matrimonio Puede donar las sumas que se le adjudiquen a cuenta de gananciales, pero no puede renunciar a ellos, y desde luego, no puede eximirse de la correspondiente obligación de satisfacer las deudas.

La renuncia de gananciales por parte de la mujer, es verdaderamente un privilegio, porque mediante ella se libera de deudas de las que tendría que responder. Por esto, no se puede, de ninguna manera, asimilar la renuncia de gananciales a una donación, y no siendo donación no cabe acción judicial para reducirla o reducir sus efectos frente a terceros acreedores.

Si bien la mujer, mediante la renuncia, pierde el derecho a recibir la mitad de gananciales, desde luego, no pierde el derecho a la restitución de sus bienes propios, y a las correspondientes recompensas, saldos e indemnizaciones, provenientes de la enajenación de sus bienes, o del perjuicio que hubieren recibido y del cual sea realmente responsable el marido.

225.— Beneficios de emolumento y de inventario.

"El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testa-

mentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado" dice el Art. 1300.

El Art. 1833 declara que: "La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta su mitad de gananciales. Mas, para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige sobre su mitad de gananciales, sea con el inventario y tasación, sea con otros documentos auténticos". Y en esta forma queda definido por la ley el beneficio de emolumento.

Tanto en el beneficio de inventario como en el de emolumento, hay pues, una limitación de las obligaciones al monto de un patrimonio que se recibe. Pero el beneficio de inventario se origina en una sucesión por causa de muerte, en tanto que el beneficio de emolumento procede en la liquidación de la sociedad conyugal. El beneficio de inventario puede favorecer a cualquier asignatario o heredero, y el beneficio de emolumento se concede solamente a la mujer o a sus herederos. Para hacer valer el beneficio de inventario es imprescindible que se haga inventario solemne de los bienes sucesorios; para que actúe el beneficio de emolumento se requiere que la mujer pruebe con instrumentos públicos la cuantía de obligaciones por ella cubiertas y la cuantía de sus gananciales.

Pero la diferencia más importante entre ambas instituciones consiste en que el beneficio de inventario significa una verdadera separación de dos patrimonios que no deben confundirse frente a terceros; en cambio con el beneficio de emolumento no se impide que terceros puedan perseguir en bienes de la mujer al igual que en bienes de la sociedad sus créditos, solamente que la mujer evitará pagar por una *cantidad* superior a sus gananciales. Los terceros pueden embargar perfectamente bienes gananciales u otros, por valor superior a dicha mitad, pero la mujer no está obligada a soportar una carga superior a su mitad de gananciales, y por lo mismo será compensada con bienes del marido. Los acreedores, por lo tanto, del heredero que se acoge al beneficio de inventario, no pueden embargar bienes del patrimonio personal del heredero; pero los acreedores de la sociedad sí puden embargar bienes de la mujer, quedándole a ella la facultad de resarcirse si se le cobra por más de la mitad de gananciales.

El beneficio de emolumento comprende exclusivamente los gananciales que corresponden a la mujer, a los cuales no se agregan, para el cálculo de este beneficio, otros bienes que la mujer reciba con motivo de la liquidación de la sociedad. No se computan, por consiguiente, los bienes propios que se restituyen a la mujer, ni sus accesiones o aumentos naturales, ni las recompensas, saldos e indemnizaciones que reciba de la sociedad o del marido.

La mujer puede oponer el beneficio de emolumento, tanto a los acreedores comunes de la sociedad, como al mismo marido, pero siempre que sea por deudas sociales. No protege este beneficio a la mujer, contra sus acreedores propios, cualquiera que fuere el tiempo

en que hubiere contraído ella las deudas. Estas deudas personales debe cubrirlas la mujer con todos sus bienes, sin beneficio alguno.

Sección 4ª: Situaciones de excepción respecto del régimen de sociedad conyugal.

226.— Enumeración de los sistemas de excepción.

El régimen de sociedad de bienes sufre profundas modificaciones por razón de varias causas. En el primitivo Código fundamentalmente se modificaba el sistema por el "divorcio" (que era el "divorcio imperfecto", o separación de cuerpos) y por la "simple separación de bienes". La reforma de 1869 introdujo una nueva situación excepcional: la de la mujer "que ejerce públicamente una profesión o industria". En 1911 se estableció la exclusión de bienes. En 1935 se suprimió el "divorcio imperfecto". El año 1958 se introdujo la "separación conyugal judicialmente autorizada", se cambió la "simple separación de bienes", por la "separación parcial de bienes" y se reformó la institución de la exclusión de bienes". Aparte de estas modificaciones fundamentales se han producido otras numerosas, de menor alcance. Trataremos a continuación de la separación de bienes, la exclusión de bienes, la separación conyugal judicialmente autorizada, el caso de la mujer que ejerce profesión liberal u otro trabajo o industria y otros casos de excepción a las reglas antes expuestas, sobre la sociedad conyugal.

227.— Separación de bienes: concepto; historia.

Actualmente no tenemos definición legal de la separación de bienes, institución que ha sufrido grandes cambios. En el Código Civil originario se decía: "Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial, o por disposición de la ley". Efectivamente, entonces (cuando el divorcio no disolvía el vínculo), la separación de bienes tenía razón de llamarse "simple", en contraposición al "divorcio", o separación de bienes y de cuerpos. La definición del Código indicaba, además, el doble origen que admitía la separación: judicial o legal.

En aquella época, como aún ahora, a pesar de las modificaciones, se puede decir que la separación de bienes (hoy: "separación parcial de bienes"), es una institución, por la cual la mujer tiene derecho a retirar de la sociedad conyugal todos sus bienes (antes), o una parte (hoy), para administrarlos por sí misma, adquiriendo en consecuencia capacidad jurídica como si fuera soltera.

La primitiva "simple separación de bienes" se podía pedir en juicio en contradictorio, contra el marido, por varias causas, o podía

también establecerse en las capitulaciones matrimoniales, o bien producirse por efecto de una donación, herencia o legado hechos a la mujer con la condición de que el marido no tuviera la administración y usufructo de dichos bienes. En estos dos últimos casos la separación de bienes era "parcial", mientras que en los primeros, era total. Desde 1958, ya no existe la "total", y ha quedado únicamente la "parcial", con su nuevo nombre, que explica precisamente esta característica.

Antes de 1958 la simple separación de bienes era ante todo una institución de índole procesal, a la que se llegaba por medio de sentencia en juicio en contradictorio. Los casos de separación parcial, eran como asimilados, o casos análogos en sus efectos, aunque su origen fuera muy diferente: la voluntad de los cónyuges expresada en las capitulaciones o la voluntad de un tercero causante de una herencia, donación o legado condicionales.

Hoy día, en cambio, ya no tiene el carácter procesal indicado, y solamente subsisten los casos de separación parcial de bienes provenientes de las capitulaciones o de las donaciones, herencias y legados bajo condición de que no administre el marido. Por esto, la definición que hemos dado y pretende expresar toda la institución, a través de sus cambios, no se refiere al carácter judicial.

Inicialmente la separación de bienes no confería en el Ecuador a la mujer plena capacidad jurídica y la facultad de enajenar los inmuebles. Hasta la edición del Código Civil de 1930, solamente se hablaba de "enajenar los muebles", sólo en la edición de 1950, se suprime ya la palabra "muebles", y por consiguiente queda con la facultad de enajenar o hipotecar también los bienes raíces, facultad que le reconoció en 1938 el Código de Procedimiento Civil.

Tampoco permitía al principio la simple separación de bienes que la mujer compareciera por sí sola en juicio, ni siquiera para defender derechos relacionados con los bienes separados, y solamente a partir de la edición de 1950, figura el derecho de comparecer libremente en juicio.

En 1911 se estableció en el Ecuador la "exclusión de bienes", que no requiere juicio, sino que se verifica simplemente por la voluntad unilateral de la mujer casada, quien confiere una escritura pública que se notifica al marido, sin que deba aducir razón o causa alguna para hacerla; desde entonces, la separación de bienes ha perdido mucho terreno en la práctica. Se hizo raro que se recurriera a un trámite engorroso como el de la separación de bienes, pudiendo conseguirse muchos de los mismos efectos mediante la exclusión de bienes. Por eso, en la reforma de 1958 se pretendió suprimir del todo la "simple separación de bienes", evidentemente más complicada que la "exclusión de bienes"; pero con razón la Comisión Legislativa, mantuvo en el Código de 1960, la "separación parcial de bienes" que realmente no se puede sustituir por la exclusión de bienes.

Varios distinguidos abogados, como el Dr. Francisco Pérez Borja, han puesto de relieve los inconvenientes de la separación de bie-

nes. Era (antes de 1958), un procedimiento judicial que podía poner en peligro la estabilidad del hogar, desacreditar al marido, crear resentimientos graves, perjudicar a la misma sociedad conyugal, y muchas veces no arreglar nada. La mujer podía pedir la separación de bienes en el caso de insolvencia del marido, cuando el estado de los negocios era malo, o la administración del marido se demostraba fraudulenta, y en todos estos casos, el remedio llegaba demasiado tarde, cuando quizá ya no había remedio. En los otros casos, en cambio, o sea, cuando el marido requería de curador al cual la mujer no quería someterse, ni tampoco reemplazar ejerciendo ella la respectiva guarda, entonces, la separación era un remedio conveniente; pero hoy día debería sustituirse en estos casos, por la exclusión de bienes; la ley, desacertadamente la ha sustituído por la "separación conyugal judicialmente autorizada". Es evidente la desproporción del medio con la finalidad que se persigue: para remediar una situación económica desfavorable, no se debe atentar contra las relaciones personales de los cónyuges. Esta reforma fué introducida en el Senado de la República en 1958, al proyecto del Dr. Pérez Echanique que disponía con mejor criterio el reemplazo de la separación de bienes por la exclusión de bienes en aquellos casos indicados.

La separación de bienes cuando era total, daba origen a la liquidación de la sociedad conyugal. Hoy día no origina terminación ni liquidación de la sociedad, porque es siempre parcial.

También existió un tiempo la curiosa posibilidad de que el marido pidiera la separación total de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal. Esto sucedía, si la mujer había hecho exclusión total o parcial de bienes. En la edición del Código de 1950 leemos en el Art. 194: "El marido puede, a su vez, demandar la separación total de bienes y la disolución de la sociedad conyugal, cuando la mujer haga uso del derecho de exclusión de bienes". Este derecho no figuraba en el Código de 1930 y fué introducido por el Código de Procedimiento Civil de 1938. La reforma de 1956 concedió a ambos cónyuges el derecho de pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal; sin que se hable ya de "separación total", que realmente no era muy lógico que pudiera solicitar el marido. Pero esta reforma de 1956, ha creado una situación que en el fondo es mucho más grave y defectuosa que la anterior, y que implica una seria injusticia. Efectivamente, resulta que ahora queda en manos de la mujer el terminar la sociedad conyugal arbitrariamente, sin causa legal ni motivo alguno que deba alegar; para ello basta que haga exclusión de bienes, aunque sea de alguna insignificante cosa, y este acto voluntario y libre de ella, le da derecho para pedir ella misma la terminación y liquidación de la sociedad. El marido también puede pedir la terminación y liquidación de la sociedad, pero solamente si la mujer ha hecho antes exclusión de bienes. No hay pues igualdad: mientras la mujer, sin causa puede llegar hasta la liquidación de la sociedad, el marido, solamente puede lograrla con la causa puesta por la mujer: la exclusión hecha por ella.

Este sistema, además, ha debilitado notablemente el principio de la invariabilidad del régimen de bienes a partir de la celebración del matrimonio.

En 1958, se quiso volver al sistema anterior a 1956, es decir que a raíz de la exclusión de bienes solamente el marido pudiera pedir la liquidación de la sociedad, como una compensación frente a la medida tomada por la mujer. Pero este proyecto no fué aceptado por el Senado sino en una forma muy ambigua, y la Codificación de 1960, dejó las cosas como estaban en 1956.

Después de todos los cambios y fluctuaciones de nuestra legislación, en síntesis podemos decir que se ha llegado a lo siguiente: Por una parte, la separación parcial de bienes, ha quedado reducida a una institución de carácter totalmente excepcional, poco usual y que tiene su origen en todos causas totalmente distintas la una de la otra: o bien se establece en las capitulaciones matrimoniales (lo cual casi nunca sucede), o bien proviene de donaciones, herencias o legados condicionales; y esto último sí cumple una función socio-económica de importancia: puede estar el marido en mala situación, o no ser de la confianza del causante, y entonces la posibilidad de que sea la mujer quien reciba y administre esos bienes sí presenta indudable ventaja. Además, tenemos la exclusión de bienes, que se usa mucho y produce efectos más radicales que la antigua "simple separación de bienes". Finalmente, la separación conyugal judicialmente autorizada, establecida en 1958, además de los efectos patrimoniales extremos —disolución de la sociedad—, da fin a otras obligaciones y derechos entre los cónyuges, incluso de índole no patrimonial. En su conjunto, la legislación ecuatoriana presenta el cuadro de una gran libertad y de posibilidad múltiple de escoger variadas situaciones legales, que se acomodan convenientemente, en sus lineamientos generales, a las diversas situaciones humanas.

Frente a todo esto, se propugna por parte de algunos, reformas más radicales, tendientes a hacer desaparecer el régimen de sociedad conyugal, al menos como legal supletorio, de tal manera que quienes desearan acogerse a él, tendrían que establecerlo expresamente en capitulaciones.

La corriente últimamente señalada, desconoce el valor de la tradición, de las costumbres hondamente arraigadas en el país, y pretende una reforma que sería a todas luces impopular, no pedida por la opinión pública, y que no conduciría a ninguna ventaja positiva.

La separación de bienes es institución necesaria y útil, como se ha dicho, para casos excepcionales, pero no, para la generalidad. Y si solamente mediante convención expresa se pudiera establecer la sociedad conyugal, dada la idiosincracia de nuestra Nación, lo cierto es que la sociedad conyugal prácticamente desaparecería. Se habría producido una deformación artificial, por obra de la ley, de las sanas costumbres de nuestro pueblo.

Lo que sí considero que podría ser conveniente es el estableci-

miento del régimen de separación, incluso de separación total de bienes, para quienes voluntariamente deseen acogerse a él al momento de contraer matrimonio. En el caso de nupcias entre personas de muy diversa fortuna puede ser aconsejable.

También considero que el régimen de separación de bienes podría ser el legal supletorio en el caso de quienes se hubieren separado con autorización judicial, y quisieren restablecer la vida común. En este caso, y precisamente para salvaguardar mejor los intereses de terceros, sería preferible que el régimen de sociedad conyugal no se restableciera sino en el caso de que expresamente, por escritura pública, los cónyuges declararan restablecida la sociedad liquidada por su anterior separación. En tal caso, considero que la ley debería permitir la celebración de verdaderas capitulaciones matrimoniales.

228.— Separación de bienes: naturaleza, clases, características.

De la descripción que antecede, se desprende que la separación de bienes puede asumir una doble figura jurídica, por una parte, se puede considerar prevalentemente como una *garantía* para la mujer, y por otra, como una *sanción*, para el marido. En nuestro primitivo derecho era realmente ambas cosas, pero actualmente, reducida a la "separación *parcial* de bienes", solamente se puede decir que tiene esta institución un sentido protector de los intereses de la mujer.

El Art. 26 de la Ley de 1958 que dispuso que "siempre que una ley anterior hable de "separación de bienes", se entenderá que lo dispuesto se aplica al estado de separación conyugal judicialmente autorizada y en cuanto no se halle expresamente derogada por las presentes reformas o por otra ley", hizo que muchos casos que antes se debía solucionar con la separación de bienes, tuvieran ahora que regularse por la nueva institución. Y la separación conyugal era indudablemente necesaria, pero para otras situaciones, distintas de las puramente patrimoniales. Por esto, aunque *nominalmente*, la separación conyugal es la institución que ha venido a reemplazar a la antigua "simple separación de bienes", en el fondo, esta institución está hoy sustituída por la exclusión de bienes, y en parte solamente, por la separación parcial de bienes. Es necesario tener muy presente esto, para entender el verdadero estado de nuestra legislación.

Nuestra separación parcial de bienes, tampoco hace desaparecer el régimen de comunidad, sino que convive, se compagina con él. Continúa habiendo usufructo (o derecho legal de goce), en los bienes no separados de la mujer, a favor del marido y de la sociedad, continúan los gananciales, el régimen de responsabilidades por los actos de cada cónyuge, etc.

Solamente que la mujer adquiere la capacidad que tendría si fuera soltera, en lo relativo a los bienes separados, y el marido no tiene parte en lo que gane con esos bienes. Están obligados ambos

cónyuges a contribuir en proporción a sus patrimonios al mantenimiento del hogar común.

Actualmente ya no hay en el Ecuador sino la separación voluntaria y la legal: en las capitulaciones matrimoniales se establece la primera, y la segunda se produce en el caso de donaciones herencias o legados dejados con la condición de que el marido no los administre. La forma de separación voluntaria unilateral, está en cambio representada por otra institución: la exclusión de bienes.

Las características de la antigua "simple separación de bienes", han llegado a ser muy distintas de las de la actual "separación parcial de bienes". La simple separación era normalmente total, y la actual institución solamente es parcial. Aquella llevaba necesariamente a la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, la presente no puede producir tal efecto. Antes era judicial, hoy no.

De todas formas hay otras características de la antigua institución que hoy perduran: a) un recurso en beneficio o garantía de la mujer; b) es irrenunciable; c) es imprescriptible; d) confiere una capacidad especial a la mujer que se beneficia de ella; e) supone la subsistencia del matrimonio, que no se altera sino en cuanto al régimen de bienes.

229.— Causas de la separación de bienes.

Señalaré sintéticamente las causas de la "simple separación de bienes", que ya no existe, y las de la actual "separación parcial de bienes". Conviene tener en cuenta también las primeras, porque hoy día en el Ecuador sin duda existen personas cuyo régimen matrimonial fué modificado por la antigua institución.

La "simple separación de bienes" podía ser: judicial, legal o convencional (hasta 1958).

Si era judicial, podía demandarse por uno de estos motivos o causas: a) Insolvencia del marido, entendiéndose por tal la falta de pago de sus obligaciones, o bien la situación en la que el pasivo era superior al activo, sin que necesariamente se requiriera previa declaración judicial de la insolvencia. No se requería, pues, necesariamente un estado de quiebra o de cesión de bienes, sino una situación económica desequilibrada que ponía en peligro los bienes de la mujer. b) Administración fraudulenta del marido, es decir, cuando el varón había realizado actos dolosos, perjudiciales a la mujer, en beneficio propio de él o de su propia familia u otras personas; probablemente, bastaba la comprobación de un acto doloso o fraudulento para dar lugar a la demanda de separación de bienes. c) Mal estado de los negocios del marido "por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada". No bastaba, pues, el mal estado de los negocios, sino que éste fuera consecuencia de la culpa del marido. Si por un caso fortuito el marido sufría un revés en su fortuna, la mujer debía correr la misma suerte y no podía entonces separar sus

bienes agravando así la situación del marido inculpable. Esta causa, además, tenía la peculiaridad de que no produciría necesariamente su efecto, es decir, que el marido podía neutralizarla y oponerse a la separación "prestando fianzas o hipotecas que aseguren los intereses de la mujer". Estas fianzas o hipotecas, en cambio, no impedían la separación en los casos de insolvencia o de administración fraudulenta.

Las causas legales de separación se diferencian de las anteriores, en que aunque se declaran también judicialmente, no se requería juicio en contradictorio contra el marido, debiendo sí intervenir el Ministerio Público, y eventualmente el curador del marido, pero sin que se pudiera impedir la separación, una vez probada la existencia de una de estas causas: a) En el caso de demencia del marido, si la mujer no asumía la guarda y siempre que fuera ella capaz, podía pedir la separación de bienes. La solución dada por la ley en este caso era acertada: si la mujer no consideraba oportuno ejercer la curaduría del marido, tampoco tenía por qué verse obligada a someterse en cuanto a la administración de sus bienes a un extraño, curador del marido, y por esto se le permitía separar sus bienes. Actualmente, como he dicho, se ha cambiado la expresión "separación de bienes", por "separación conyugal judicialmente autorizada" en el Art. 504 como en otros, produciéndose así un efecto totalmente desmedido e inadecuado. b) Igual cosa sucedía y sucede en el caso de interdicción del marido por ser sordomudo que no puede darse a entender por escrito (Art. 511). c) También hay que decir lo mismo en el caso de la curaduría de bienes del marido ausente. d) En el caso de curaduría del marido disipador, la mujer no puede ejercer la curaduría del marido, pero puede escoger, si es capaz, entre someterse al guardador o pedir la separación de bienes, antes de 1958, o bien la separación conyugal judicialmente autorizada, desde ese año.

e) Otro caso de separación de bienes producido por causa legal, pero de índole muy distinta de las anteriores, es el que se produce cuando se deja una donación herencia o legado a la mujer con la condición de que sea ella quien administre los bienes. Este caso existía desde el primitivo Código, y ha subsistido, a través de todas las reformas. Como es evidente, en este caso, la separación no puede ser sino parcial, nunca total. Además, en tal circunstancia se elimina la intervención de las autoridades judiciales: la separación se realiza por el ministerio de la ley, al aceptarse la respectiva donación herencia o legado. Sobre este punto se plantea la cuestión de si puede imponerse la condición de que el marido no administre, cuando lo que se dona o deja en herencia sea a título de legítima rigurosa, que no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno; Fueyo opina con razón que sí se puede imponer esa condición porque no cercena en nada la legítima sino que más bien tiende a asegurarla mejor.

f) Los bienes obtenidos por la mujer que ejerce una profesión

liberal están sujetos también a un régimen especial, similar al de separación, y que estudiaremos más adelante.

g) Finalmente, entre las causas legales de separación de bienes, está el caso del matrimonio celebrado en el extranjero bajo el imperio de leyes que no establecen sociedad conyugal; los cónyuges que se domicilien en el Ecuador, según el Art. 159, "se mirarán como separados de bienes".

h) La separación de bienes *voluntaria* solamente se puede producir en virtud de haberse pactado en las capitulaciones matrimoniales. Esta forma, solamente admite la separación parcial. Opino que una reforma de la ley debería permitir que se pacten también la separación total, ya que no hay razón suficiente para impedirlo en absoluto, como lo hace actualmente nuestra ley.

i) Un último caso de separación de bienes, bastante diferente de los anteriores, pero también con notable analogía, es el que se produce en el caso de divorcio que se declare por la causa de separación con ruptura de las relaciones conyugales; entonces, se considera con efecto retroactivo, como si hubiera existido una separación de bienes, porque, declara el Art. 139 que "para la liquidación de la sociedad conyugal no se tomarán en cuenta los bienes que hubiera adquirido el cónyuge agraviado, con su trabajo exclusivo, pues, en este caso, dichas adquisiciones se considerarán como patrimonio personal de tal cónyuge". No es exactamente lo mismo que la separación de bienes, porque entre otras cosas, este derecho puede favorecer también al marido, pero en cuanto se crea un régimen especial, al margen de la sociedad conyugal, se produce una figura jurídica muy semejante.

230.— Trámite y oposición a la separación de bienes.

En los casos de separación de bienes por capitulaciones matrimoniales o por constitución de herencias, legados o donaciones condicionales, no se requiere trámite judicial alguno, sino que simplemente por el correspondiente instrumento público y la aceptación —en los últimos casos mencionados—, se perfecciona la separación parcial, y desde luego, no cabe oposición alguna, ni por parte del marido ni de terceros.

Tampoco cabe oposición por parte de terceros en los casos de separación por interdicción judicial del marido, cuya mujer no quiera ejercer la guarda. En estos casos la mujer simplemente pide la separación y el juez debe concedérsela, oído el Ministerio Público y el guardador del marido. Desde 1958, en lugar de la separación de bienes, se produce la separación conyugal.

En cambio, en los tres casos que ya no subsiste, o sea en los de separación de bienes por insolvencia, administración fraudulenta o por mal estado de los negocios del marido debido a su culpa, tanto el mismo marido como terceras personas podían oponerse a la separación.

La oposición, en tales casos, podía provenir del marido que tra-

tara de demostrar que no existía la causa invocada por la mujer. Y en el específico caso de "mal estado de los negocios", podía oponerse, aún reconociendo tal situación, pero asegurando que los bienes de la mujer no sufrirían menoscabo, mediante fianzas o hipotecas rendidas por otras personas.

En general para que un acto surta efectos frente a terceros se requiere que tenga la debida publicidad. En el Ecuador la separación de bienes, lo mismo que la exclusión, deben inscribirse en el Registro de la Propiedad, y solamente desde ese momento surten sus efectos frente a cualquier persona. En otros países se exige, a veces, que se anoten estos actos al margen a la partida de matrimonio, lo cual es muy práctico, porque así, consultando ese sólo registro se sabe el estado preciso de la capacidad de las personas. Sería interesante introducir esta reforma en nuestra legislación.

231.— Efectos de la separación de bienes.

Los efectos de la separación total de bienes, hoy suprimida, y los de la separación parcial como subsiste en la actualidad, son bastante diversos, y los veremos a continuación aisladamente:

A).— La antigua *"simple separación de bienes"*, si era total producía los siguientes efectos:

a) Disolución de la sociedad conyugal. Por tanto, se entregaban a la mujer no solamente sus aportes al matrimonio, sino también su parte de gananciales, y en adelante ya no existían bienes gananciales, ni obligaciones comunes, salvo que las adquieran de consuno, solidaria o subsidiariamente ambos cónyuges.

b) El marido, continuaba, de todos modos teniendo ingerencia en los bienes de la mujer. A ella se le concedía la facultad de *administrarlos* libremente, y de enajenar los *muebles,* pero para los actos de disposición de inmuebles, tenía que contar aún con la autorización del marido. En el Código de Procedimiento Civil de 1938 se permitió ya a la mujer la libre enajenación de sus inmuebles separados, y así quedó también en el Código Civil de 1950. El punto relativo a si podía hipotecar libremente, fué muy debatido.

c) La mujer necesitaba autorización del marido para estar en juicio, aún respecto de asuntos referentes a los bienes separados, hasta la reforma del Código de Procedimiento Civil. También esto se incorporó en 1950 al Código Civil: "asimismo (dice el Art. 185) no necesita autorización del marido para estar en juicio".

d) También necesitaba la mujer autorización del marido para otros actos jurídicos como para aceptar la guarda de un descendiente, y para otros actos de la vida de familia que pudieran interesar por igual al hogar común.

e) No subsistiendo la sociedad conyugal, lógicamente, no se podía presumir en adelante que los bienes pertenecieran a ella, y por consiguiente se reemplazaba aquella suposición por la presunción de

pertenecer a quien los poseyera. En caso de quiebra del marido se presumía que los muebles eran suyos, salvo prueba.

f) La mujer adquiría una capacidad jurídica semejante a la que tendría si fuera soltera, pero con las limitaciones que acabamos de exponer.

g) No podían celebrar entre los cónyuges ningún otro contrato que no fuera el de mandato, como también se les prohibía en el caso de no haber separación.

h) El marido no podía ser curador de la mujer disipadora que estuviera totalmente separada de bienes. En cambio sí podía ejercer el marido la guarda de la mujer demente o sordomuda, pero para la administración de los bienes requería de un curador adjunto.

i) Respecto a si las obligaciones contraídas por la mujer separada de bienes podían hacerse efectivas en sus bienes raíces, se discutía el punto por no estar muy claro en la ley. La solución más probale y justa, consistía en que si las deudas se habían contraído dentro de su administración ordinaria sí obligaban a los bienes, pero no en el caso de haberse extralimitado, por ejemplo, constituyendo hipotecas sin permiso del marido.

j) Ambos cónyuges debían contribuir en proporción a sus facultades al mantenimiento de la familia común, debiendo regular el juez, en caso de conflicto, la aportación de cada uno. Para esta regulación se tomaba en cuenta más que los capitales, las rentas de cada cónyuge, pudiendo recaer incluso la obligación total en uno de ellos, si, por ejemplo, el otro estuviera enfermo, incapacitado y el otro tuviera bienes suficientes o posibilidades de trabajo.

B.— *La separación parcial de bienes*, tal como ha quedado en nuestra legislación produce efectos, por una parte más amplios que la antigua "simple separación de bienes", aunque esta fuera total, por ejemplo en lo relativo a las facultades administrativas y dispositivas de la mujer, pero también, por otra parte, los efectos actualmente se circunscriben a sólo los bienes separados, que no son todos, puesto que se trata de una institución "parcial".

a) La separación parcial de bienes no disuelve la sociedad conyugal, la cual continúa funcionando con los bienes no separados, y los que posteriormente se adquieran.

b) Por consiguiente, tampoco da lugar a la partición y entrega de gananciales, solamente los bienes establecidos en las capitulaciones matrimoniales o los dejados en herencia, donación o legado, son los que se entregan a la mujer. También recibe la mujer y hace suyos, los frutos de estos bienes separados.

c) La mujer tiene respecto de los bienes separados la misma capacidad jurídica que tendría si fuera soltera, puede administrarlos, y enajenarlos libremente y puede también comparecer en juicio sin necesidad de autorización o representación del marido para defender tales bienes.

d) No pueden los cónyuges, en el estado de separación parcial de bienes, celebrar otro contrato que el de mandato. Es frecuente que la mujer deje al marido la administración de hecho de los bienes separados, sin conferirle mandato expreso, pero en tales circunstancias bien puede haber un contrato de mandato tácito, o producirse una gestión de negocios, por ejemplo, cuando el marido cobra rentas de la mujer, y dichos actos serían, por lo mismo válidos.

e) La mujer es responsable con sus bienes por los actos que realizan en virtud de la separación parcial. Solamente si el negocio beneficia al marido, o si él asume personalmente la obligación, se le puede responsabilizar a él.

f) Como en el caso de separación total, deben los cónyuges contribuir en proporción a sus facultades al mantenimiento del hogar común.

232.— Terminación de la separación de bienes.

La actual separación parcial de bienes solamente puede terminar con la misma sociedad conyugal con la cual coexiste. Disuelta la sociedad conyugal no tiene ya sentido la separación parcial de bienes, puesto que, o no hay ya matrimonio, o bien hay matrimonio bajo un régimen distinto, que será más semejante a la antigua separación total de bienes.

La simple separación de bienes si se pronunciaba por insolvencia o por administración fraudulenta, no podía terminar sino con la finalización del matrimonio. En cambio, en el caso de mal estado de los negocios, podía pedirse al juez por parte de ambos cónyuges conjuntamente, el resatblecimiento de la administración del marido, quien debía hacer inventario solemne de los bienes de la mujer que volvía a recibir, para poner a cubierto su responsabilidad. Nada decía la ley en lo relativo a las separaciones por interdicción del marido, pero parece lógico que al rehabilitarse el marido podía cesar la separación en forma análoga a la ya indicada.

En todo caso, al restablecerse la administración por parte del marido, se daba efecto retroactivo al decreto judicial, de modo que se suponía que no había habido separación, salvo, desde luego, el valor de los actos realizados con terceros y los derechos de terceros.

233.— Exclusión de bienes: concepto; historia.

Así como la separación de bienes no está definida por la ley, tampoco lo está la exclusión de bienes, institución que se ha desarrollado en nuestro derecho coexistiendo con la separación de bienes y sustituyéndola poco a poco en el uso y en la función legal que desempeña

Refiriéndose a la exclusión de bienes dice el Dr. Carlos Arroyo del Río: "es una medida de índole legal, por la que la mujer casada, cuyo patrimonio, como consecuencia de la sociedad conyugal que se

formó al casarse pasó a ser administrado por el marido, retira de esa administración todos o algunos de sus bienes propios. No nace, ni se constituye, pues, allí, derecho alguno real sobre tales bienes. Simplemente recupera la mujer casada el ejercicio de un derecho adquirido que ya tuvo".

Efectivamente, podríamos describir la exclusión de bienes como un derecho facultativo de la mujer casada para recuperar la administración y disposición de sus bienes propios, readquiriendo también la capacidad jurídica que tendría si fuera soltera, para lo relativo a tales bienes, y que da origen a otras modificaciones en el régimen de la sociedad conyugal.

La exclusión de bienes se estableció en el Ecuador por dos leyes: la aprobada el 3 de octubre de 1911 y promulgada el 13 de noviembre de 1912, y la segunda, aprobada el 23 de octubre de 1912 y promulgada el 30 del mismo mes y año. Posteriormente estas leyes fueron reformadas en varias ocasiones, siendo quizá la más trascendental alteración la producida por la ley de 11 de octubre de 1956 que entró en vigencia el 4 de febrero de 1957.

El año 1910 se aprobó en la Cámara de Diputados un proyecto por el cual se suprimía tanto la sociedad forzosa de bienes como la incapacidad de la mujer casada, y la administración y usufructo de los bienes de la mujer por parte del marido, correspondiéndole a ella todas esas facultades, además de reconocérsele domicilio propio e independiente. Solamente habría sociedad conyugal si se pactara expresamente. Pero este proyecto fué rechazado por el Senado, y el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera presentó un proyecto sustitutivo que estableció la *exclusión de bienes*, o como entonces se decía, "la emancipación económica de la mujer casada". En 1912 se agregó que a la mujer que hubiere hecho exclusión de bienes no se le exigiría documento habilitante alguno, y que podría enajenar libremente sus bienes.

El Dr. Alejandro Ponce y Carbo expone sintéticamente los objetivos que se pretendía alcanzar con la exclusión de bienes: "La institución de la exclusión de bienes, así nos lo enseña la historia fidedigna de su establecimiento, tuvo por objeto proteger a la mujer contra los manejos del marido que, en muchas ocasiones, apropiado de la fortuna de aquella, la dilapidaba a su antojo, sin que la mujer pudiera evitar, sin el grave escándalo que significa la separación, ser conducida inevitablemente a la miseria. En virtud de la exclusión, tal como primitivamente fué establecida, los únicos bienes que recibía la mujer eran los excluídos, es decir sus bienes propios, a no ser que el marido usara del derecho que, como contrapeso se estableció en favor de él, de solicitar la separación total de bienes y la disolución de la sociedad conyugal, cuando la mujer hiciera uso del derecho de exclusión. Este sistema de justo equilibrio duró hasta las reformas de 11 de octubre de 1956, que entraron en vigencia el 4 de febrero de 1957, en cuyo artículo 2º se ordenó que en caso de exclusión de bienes, cualquiera de los cónyuges podía demandar la disolución y liquidación de la sociedad

conyugal. Esta norma, sumamente peligrosa, puesto que permite a la mujer fingir bienes que no existen para obtener la liquidación de la sociedad conyugal, cuyos bienes, la mayor parte de las veces, son, en nuestro ambiente, fruto del esfuerzo y trabajo del marido, fué, posiblemente por tales motivos, derogada por el Art. 25 de la ley de 4 de noviembre de 1958. La Comisión Legislativa, empero, en la codificación de leyes, publicada el 20 de agosto de 1960, sin aducir motivo valedero alguno, y a pesar de que su misión es solamente la de codificar y editar leyes, arrogándose atribuciones que no le competían volvió a reformar, a derogar mejor dicho, aquella norma dictada por el Congreso Nacional (en 1958) y puso en vigencia nuevamente la del año 1956".

La reforma de 1956, además estableció que "La exclusión total de bienes comprenderá, sin necesidad de nuevo instrumento, los bienes que la mujer adquiera posteriormente, a cualquier título y ella tendrá, sobre tales bienes, la administración y más derechos señalados por la Ley".

234.— *Bienes que se pueden excluir.*

Los artículos 195 y 198 nos indican los bienes que se pueden excluir:

Art. 195: "La mujer casada tendrá, en cualquier tiempo, el derecho de excluir, 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.

En dicha administración se aplicará lo dispuesto en la letra d) del artículo 180.

Los bienes propios de la mujer comprenden, no sólo los cuerpos ciertos que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie a la mujer, sino también los valores precios, saldos, recompensas y demás bienes que constituyen el resto del haber de ésta, ya en los casos especiales previstos en los números 3º, 4º y 6º del Art. 1778 y en el Art. 1779, o ya en general, siempre que los bienes aportados o adquiridos por la mujer entren a formar parte del haber exclusivo de ésta, o se agreguen al haber social con cargo de restitución de su valor a la mujer.

La mujer casada que tuviere un empleo público o privado, gozare de una pensión o ejerciere una profesión u oficio, podrá excluir de la sociedad conyugal, aun cuando esta exclusión no comprenda otros bienes, sus sueldos, pensiones o emolumentos futuros y los devengados que se hallaren pendientes, así como la mujer comerciante podrá excluir en cualquier momento su capital en giro y sus ganancias futuras".

Art. 198: "Si la exclusión fuere de todos los bienes, compren-

derá, sin necesidad de nuevo instrumento, los que la mujer adquiera posteriormente, a cualquier título".

Queda, pues, bien claro en la ley que los bienes que se pueden excluir son los propios de la mujer. Todos ellos o parte de ellos. La exclusión puede ser, efectivamente total o parcial. Se puede excluir bienes presentes o también bienes futuros. Pueden consistir los bienes en cosas materiales o en derechos inmateriales.

"Estén o no formando parte del haber social", pueden excluirse los bienes de la mujer, ya que se trata de sacarlos de la *administración* del marido, y éste administra aún los bienes propios de la mujer.

En cambio, la jurisprudencia se ha encargado de reafirmar el principio de que solamente los bienes *propios* se pueden excluir, y de ninguna manera los de la sociedad conyugal.

Un tiempo se discutió si la mujer podía excluir dinero, aduciendo que el dinero no era "bien propio" de la mujer desde que entraba a formar parte de la sociedad conyugal. Es, sin embargo evidente que sí se puede excluir el dinero: en primer lugar el legislador no distingue ni exceptúa el dinero de los otros bienes excluíbles; en 2º término, la historia de la ley confirma que sí se puede excluir, pues, el Dr. Peñaherrera en la exposición ante el Senado en defensa de su proyecto se refiere claramente a la exclusión de dinero; en tercer lugar, no se cumpliría el fin mismo de la ley sino fuera posible excluir aquél bien que más peligra con una mala administración del marido. Una sentencia bastante reciente de la Corte Suprema, confirma lo dicho: "Puede legalmente ser excluído del haber social el dinero que, con cargo de restitución, aportó la mujer para la adquisición de bienes inmuebles; por lo cual deséchase la oposición del marido a la exclusión solicitada por su cónyuge".

Puede excluirse el dinero que la mujer tendría derecho a que se le restituyera si se liquidara la sociedad, pero no el dinero que entra a la sociedad sin cargo de restitución, como sucede con los frutos percibidos, y aún eventualmente gastados.

La jurisprudencia deja también claramente expuesto que la mujer puede excluir el valor de los bienes que han entrado al haber social con cargo de restitución, y no solamente, los bienes mismos siempre que se conserven en especie.

Si se excluyeran de hecho bienes que no pueden excluirse, como lo son los de la sociedad conyugal y no *propios* de la mujer, dicha exclusión sería nula, y si enajenara ella posteriormente esos bienes ilegalmente excluídos, la venta sería nula. Hay abundantes sentencias de la Corte Suprema en este sentido.

En un caso concreto parece que la mujer no puede hacer exclusión de bienes propios: si ha constituído, de común acuerdo con el marido, sus bienes en patrimonio familiar, entonces, según el Art. 862 dichos bienes no pueden ser divididos, y por ello mismo no cabría tampoco la exclusión. De todos modos, el tenor de la ley no es suficientemente claro, y como se usa poco la constitución de patrimonio

familiar, todavía no se han presentado casos de jurisprudencia al respecto.

235.— Forma de la exclusión.

La exclusión de bienes se realiza simplemente mediante una escritura pública en la que la única comparecencia indispensable es la de la mujer, por sí misma o por medio de mandatario con poder especial para ello.

Hecha la escritura debe notificarse al marido. La notificación se hace judicialmente. Tiene por objeto, hacer que el marido pueda oponerse, no a la exclusión misma —cosa que no cabe, sino a la exclusión de determinados bienes si es que la mujer no tiene derecho de excluirlos por no ser propios de ella.

Puede muy bien el marido comparecer también en la escritura de exclusión de bienes de su mujer, con el objeto de darse por notificado del acto de su cónyuge. En esta forma queda ya perfeccionada la exclusión, se evita la notificación judicial, y es lo que corrientemente suele hacerse.

La mujer confiere la escritura de exclusión por propio derecho, es decir que no requiere autorización, ni mucho menos representación de su marido. Tampoco necesita ninguna autorización judicial, ni alegar causa alguna. El Art. 196 reconoce plena capacidad a la mujer casada tanto para otorgar la escritura como para pedir la notificación judicial al marido y para defender en juicio la exclusión, si fuere impugnada. Desde luego, se supone que la mujer no tenga otra causa de incapacidad además del matrimonio. Si es menor de edad, necesitará de un curador especial para hacer exclusión de bienes.

Inicialmente se exigía que en la escritura se enumeraran cada uno de los bienes excluídos. También hoy día el Art. 196, se refiere a que "se hará constar de escritura pública los bienes que la mujer excluya de la sociedad conyugal", pero nada impide que se los determine en forma genérica. Una sentencia de 1921 declaró nula la escritura de exclusión hecha en términos generales.

Pero a raíz de la reforma de 1956, recogida ahora por el Art. 198, y que permite hacer exclusión general que vale también para todos los bienes que en lo futuro adquiera la mujer, parece evidente, que ya no se precisa enumerar todos y cada uno de los bienes excluídos, y por lo mismo, si se hace la exclusión en términos generales, refiriéndose a "todos los bienes propios, presentes y futuros", vale tal exclusión. Además, si se tiene en cuenta que frente a terceros que reclamen la escritura de exclusión no es prueba del dominio de la mujer sobre tales bienes, y debe ella probar su propiedad por los medios ordinarios, entonces, no se ve por qué razón podría impedirse una exclusión en términos generales.

La exclusión no es título traslativo de dominio, ni transfiere tampoco la posesión de las cosas, por esto, sus efectos no están subor-

dinados a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así lo declara una sentencia de la Corte Suprema, bastante reciente. Pero, de todos modos, la inscripción de la escritura está ordenada por el Art. 196, que recoge la forma en que se ha de hacer la exclusión de bienes:

Art. 196: "Se hará constar de escritura pública los bienes que la mujer excluya de la sociedad conyugal y se inscribirá en el registro cantonal respectivo, en un libro especial que llevará el Registrador.

Si el marido no interviene en la escritura, se le notificará el contenido de ella.

Por el hecho del otorgamiento de la escritura, y no obstante cualquiera oposición del marido o de otra persona, tendrá la mujer derecho de comparecer en juicio, tanto para obtener la notificación al marido, y la inscripción de la escritura, como para defender la exclusión misma y alcanzar su cumplimiento, en cuantos casos le fuere necesario".

236.— Oposición a la exclusión de bienes.

Como queda dicho, ni el marido ni ninguna otra persona pueden oponerse al hecho mismo de que la mujer haga exclusión de bienes, porque este es un derecho potestativo de la consorte, y de la misma manera que no exige la existencia de causa legal alguna, tampoco admite oposición por parte de terceros.

Pero tanto el marido como terceros pueden oponerse a que la mujer excluya bienes que no son propios de ella. El marido tendrá especial interés en que su mujer no excluya bienes que le pertenecen a él, o que pertenecen a la sociedad y que él tiene derecho de usufructuarlos y administrarlos hasta que ésta se liquide. Terceras personas pueden igualmente interesarse, por ser acreedores del marido o de la sociedad y no querer que se disminuyan los bienes que responden por sus créditos. Para que estos derechos de oposición puedan hacerse efectivos, se dispone la publicidad del acto, mediante escritura pública, notificación al marido e inscripción en un registro especial de exclusiones de bienes.

Aunque las cuestiones que se susciten entre marido y mujer respecto a la *entrega de los bienes* se deben tramitar en juicio verbal sumario, en cambio si el litigio versa ya propiamente sobre el dominio de las cosas excluídas, o que se pretende excluir, se debe resolver en juicio ordinario, como lo ha afirmado la Corte Suprema en una sentencia de 1953.

Si terceras personas no reconocen el dominio de la mujer sobre los bienes excluídos, o pretenden hacer valer sus derechos sobre los bienes excluídos considerándolos todavía como sociales o que deben ser administrados por el marido y responder de las deudas sociales, entonces la mujer debe probar su derecho, demostrando el título y el tiempo de la adquisición de los bienes excluídos. En todo lo demás, se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad por las deu-

das sociales o personales, y las reglas relativas a la prelación de créditos, a que se refiere el Art. 201:

Art. 201: "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*".

237.— Efectos de la exclusión de bienes.

a) La mujer retira sus bienes propios de la administración del marido. Termina, pues, dicha administración marital, respecto de los bienes excluídos, y también respecto de los que en adelante se produzcan o adquieran con los bienes excluídos. Si la exclusión es total, este, como los otros efectos, se extienden a todos los bienes que posteriormente adquiera la mujer a cualquier título, aunque no sea, pues, precisamente con los bienes excluídos.

b) La mujer, correlativamente a lo anterior, adquiere el derecho de administrar los bienes excluídos. Y algo más que administrar, puede también disponer libremente de ellos, y por lo mismo, enajenarlos o gravarlos con hipotecas, servidumbres, etc.

c) La mujer adquiere por la exclusión de bienes la capacidad jurídica que tendría si fuera soltera. Esta capacidad puede ejercerla en toda clase de actos o contratos relativos a los bienes excluídos, y si la exclusión es total, en general, en todo acto o contrato. También adquiere capacidad para comerciar —si es mayor de edad—, pero el Código de Comercio exige que para esto la exclusión de bienes se publique además por la prensa (Art. 18 Código Comercio).

d) Cesan el usufructo y el derecho de gananciales del marido sobre los bienes excluídos y sus frutos. Estos bienes, propios de la mujer ya solamente pueden beneficiarle a ella misma. La mujer continúa, lo mismo que el marido, teniendo derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, que se repartirán al momento de liquidarse, pero en ellos ya no entran los bienes excluídos ni sus productos o frutos.

e) La sociedad conyugal no se disuelve por la exclusión de bienes, aunque sea total, y aunque la mujer al retirar sus bienes propios retire así todo el patrimonio que hasta entonces manejaba el marido. La sociedad continúa, y es capaz de recibir nuevos aportes, aumentos, bienes en general, y también nuevas deudas y obligaciones; los gananciales no pueden excluirse y únicamente se reparten al liquidarse la sociedad.

Pero si la sociedad no se disuelve por la exclusión de bienes, en cambio, la exclusión de bienes es causa para que cualquiera de los cónyuges pueda pedir la disolución de la sociedad conyugal, en juicio verbal sumario.

f) A pesar de la exclusión de bienes, entre marido y mujer no pueden celebrar ningún otro contrato que el de mandato, salvo también el caso de venta forzosa de los bienes de cualquiera de ellos. To-

do otro contrato entre cónyuges sería nulo. Vale, pues, en cambio la venta en remate judicial público, de los bienes del uno, y adquiridos así por el otro.

El Art. 85 de la Ley de Compañías prohibe expresamente que entre marido y mujer formen compañía en nombre colectivo. De donde se deduce que no hay inconveniente para que ambos cónyuges, cada uno por su parte, sean partes del contrato de compañías si no es a nombre colectivo; efectivamente, la compañía anónima, y aún la de responsabilidad limitada, son más bien reuniones de capitales, que de personas, y no se establecen relaciones directas de obligaciones de unos socios hacia otros, sino más bien de cada socio hacia la compañía y viceversa; así, pues, nada impide el que marido y mujer sean socios de la misma compañía anónima o de responsabilidad limitada.

g) Ambos cónyuges deben contribuir en proporción a sus posibilidades al mantenimiento del hogar común. Aunque la sociedad conyugal subsista, y normalmente es a ella a quien corresponden los gastos de mantenimiento de la familia, sin embargo es muy justo que, una vez que la mujer retira sus bienes propios, contribuya en proporción a sus posibilidades al mantenimiento del hogar. Si el marido ya no tiene derecho de usufructo sobre los bienes de la mujer, es natural que tampoco pese exclusivamente sobre él la obligación de los gastos de la familia común. Si no hay acuerdo entre los cónyuges, debe fijar el juez la proporción de sus contribuciones. Esta fijación debe hacerse sobre la base de los patrimonios de uno y otro, de las rentas de cada uno, y de las posibilidades de trabajo de ambos.

h) La exclusión de bienes no ocasiona pago de impuesto de alcabala, ni de registro, porque no hay transferencia de la propiedad ni de la posesión de los bienes.

A continuación se transcriben los artículos del Código Civil sobre esta materia, que no han sido ya antes reproducidos en su texto íntegro:

Art. 197: "Los sobredichos bienes que la mujer hubiere excluído así como los frutos de ellos y los nuevos bienes que adquieren 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.

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 clase, no se le exigirá la intervención del marido, ni la presentación de documento habilitante alguno.

Podrá, asimismo, enajenar libremente los bienes adquiridos según este artículo y los excluídos conforme a los dos artículos precedentes, y el marido no podrá disponer de ellos".

Art. 199: "En caso de exclusión de bienes, cualquiera de los cónyuges podrá demandar, en juicio verbal sumario, la disolución de la sociedad conyugal, y la liquidación de la misma.

Decretada la disolución de la sociedad conyugal, se procederá a la división y adjudicación de sus bienes en la forma común".

Art. 200: "No obstante la exclusión, 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. Exceptúase también el caso de venta forzada de los bienes de cualquiera de ellos".

Art. 202: "En estado de exclusión de bienes o en el de separación conyugal judicialmente autorizada ambos cónyuges proveerán a las necesidades de la familia común, en proporción de sus facultades. El juez, en caso necesario, reglará la contribución de cada cónyuge".

238.— Separación conyugal judicialmente autorizada: concepto e historia.

Generalmente se acepta que la institución civil de la separación conyugal, procede del Derecho Canónico; así lo afirma, entre otros, Forbes que ha estudiado detenidamente esta figura jurídica. Para Le Bras es la más original de las instituciones canónicas y consiste fundamentalmente en suprimir la obligación de cohabitar, dejando intacto el vínculo.

Efectivamente, si se tiene en cuenta que el vínculo matrimonial es indisoluble por derecho natural, y que esta indisolubilidad adquiere un valor absoluto en el matrimonio cristiano, la separación conyugal, que no destruye y no pretende disolver el vínculo, resulta una medida extrema para solucionar o por lo menos disminuir la gravedad de ciertas situaciones hogareñas difíciles de mantener.

Varias circunstancias pueden hacer muy dura la convivencia de los cónyuges, y aún inconveniente. Sobre todo en el caso de adulterio, o de otras ofensas gravísimas, puede resultar prácticamente insufrible la cohabitación, o puede entrañar serios peligros para el cuerpo y para el alma de los cónyuges. Entonces se hace necesaria su separación, pero debidamente regulada por el derecho, y no en forma arbitraria y anárquica. Desde luego, no es solución el divorcio, por ir contra el Derecho Natural, el Derecho Divino, el Derecho Canónico, la conciencia de los católicos y de muchos otros hombres de bien, y causar además gravísimos males. La separación tampoco es un bien; no es algo deseable en sí mismo; pero es un mal menor, un remedio para casos deplorables.

Antes de 1902 nuestro Código Civil reconocía a la Iglesia plena competencia en los "juicios de divorcio", y entonces se entendía por tales, los de separación de cuerpos. En ese año la Ley de Matrimonio Civil y divorcio atribuyó dichos juicios a la autoridad civil. Esta arbitraria medida usurpó el legítimo derecho de la Iglesia, contrariando la conciencia de casi todos los ecuatorianos, sin que lo demandara ninguna necesidad pública, ni la opinión pública, y violando el tratado internacional o concordato con la Santa Sede.

Se estableció, pues, en 1902 el que se llamó "Divorcio de mera separación de vida marital" (Art. 23 de la Ley), comunmente conocido como "divorcio imperfecto", "divorcio semi-pleno", "separación de cuerpos", y actualmente: "separación conyugal judicialmente autorizada" o "separación conyugal".

La nueva institución civil trataba de imitar a la separación conyugal propia del Derecho Canónico, que hasta entonces se había reconocido en el Ecuador, pero nació incompleta, excesivamente rígida e imprecisa, delatando así la precipitación con que se impuso aquella impopular legislación. A diferencia de la institución canónica que admite matices de duración (definitiva o temporal), la ley civil solamente admitió la separación definitiva; mientras las causales admitidas por el Decreto Canónico son múltiples, nuestra legislación señaló arbitrariamente cinco, que no siempre consistían en los motivos más graves para justificar la separación. La Ley civil no se preocupó de legislar sobre lo que realmente debía hacerlo, es decir, sobre los efectos civiles de la separación, como lo relativo a los derechos entre los cónyuges, y respecto de los hijos; nada se dijo sobre la capacidad de la mujer, ni sobre los alimentos, el derecho de herencia, la guarda y cuidado de los hijos, etc., dando origen a muchas discuciones al respecto. Tampoco se reguló debidamente el trámite, la forma de terminar la separación y los efectos de su terminación. En suma, solamente aparece en claro el sentido sectario de la innovación, y de ninguna manera un deseo patriótico de mejorar la regulación de la familia ecuatoriana para su progreso y engrandecimiento. Esta deplorable legislación, no se mejoró en nada, a través de tantas reformas, hasta que en 1935, fué todavía más inexplicablemente suprimida la institución misma de la separación conyugal.

A pesar de los graves defectos y de la gravísima injusticia consistente en el entrometimiento del Estado en lo que no es de su competencia, el divorcio imperfecto representaba un mal menor frente al divorcio vincular. Existiendo ambas instituciones, por lo menos, cada ciudadano podía escoger entre los dos males el que considerara mal menor.

Cuando se implantaron las dos formas de "divorcio" en el Ecuador, comentaba Luis Felipe Borja, uno de los exponentes máximos del liberalismo, y defensor del divorcio, que era indispensable la existencia conjunta del divorcio vincular y del divorcio imperfecto, y decía —en esto con razón—, que la situación de los católicos "sería muy dura" si no existiera más que el divorcio vincular. Efectivamente, en tal caso, no tendrían ni los católicos ni cualquier otro hombre respetuoso del derecho natural, medio alguno de solucionar situaciones conflictivas en su hogar.

Sorpresivamente en 1935, un Decreto de la Dictadura, sin antecedente alguno de orden histórico, sin movimiento alguno de opinión pública de la gran mayoría de los ecuatorianos suprimió la separación de cuerpos o divorcio imperfecto. Simultáneamente se faci-

litó en modo increíble el divorcio vincular permitiéndolo incluso por mutuo consentimiento mediante el trámite sumarísimo ante el Jefe o Teniente Político que podía perfeccionarse en pocos momentos, y se implantó la más absurda e injustificable de las instituciones: el llamado "divorcio por consentimiento tácito". Todas estas reformas anti-jurídicas, imperfectísimas en su técnica, injustas, violatorias de la libertad de conciencia, vejatorias para los ciudadanos de recta conciencia, despectivas para la Iglesia, inícuas en una palabra, se impusieron por voluntad omnímoda de un Dictador, sin fórmula alguna de consulta a la opinión nacional.

Tan desmabellada legislación, fue en parte corregida en 1940 (supreción del divorcio sumarísimo, y del por "consentimiento tácito), pero no se restableció la separación conyugal.

En 1953 se presentó al Senado un proyecto de reformas al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil, que entre otras cosas, contemplaba el restablecimiento del antiguo divorcio imperpecto, bajo el nombre nuevo de "separación conyugal judicialmente autorizada". Este proyecto fué elaborado por el Dr. José María Pérez Echanique y el Dr. Jorge Pérez Serrano, con la colaboración del Dr. René Bustamante Muñoz, y del autor de este libro. El proyecto, suscrito por siete senadores, entre ellos, un socialista, fué largamente discutido en los Congresos sucesivos hasta 1958, y sufrió algunas modificaciones, generalmente desacertadas. Pero a pesar de todo, significó un notable avance en nuestra legislación.

La reforma de 1958 ordenó reemplazar el párrafo 3º del Título VI del Libro I, que se intitulaba "Excepciones relativas a la separación conyugal judicialmente autorizada". Pero esta sustitución no significa que la separación conyugal venga a desempeñar análogas o sustitutivas funciones a las de la "simple separación de bienes". La simple separación de bienes ha evolucionado más bien hasta parar en la "separación parcial de bienes"; y las finalidades de la antigua separación de bienes se cumple ahora, a través de la separación parcial de bienes o de la exclusión de bienes; sobre todo, a través de ésta última. Fué un grave error del legislador -que no cometía el *proyecto* de Ley-, ordenar que se reemplazara en las leyes la expresión "separación de bienes", por la de "separación conyugal judicialmente autorizada"; esto desvirtúa a menudo el sentido de la separación conyugal y trae consecuencias desventajosas que deberán corregirse.

El proyecto original no contenía una definición de la nueva figura jurídica, pero la describía al señalar sus efectos de modo genérico, antes de precisarlos: "En virtud de la separación conyugal judicialmente autorizada -decía-, subsiste el vínculo conyugal, pero cesan los derechos y obligaciones entre los cónyuges, contenidos en el párrafo primero de este Título, salvas las excepciones de ley". Sin mayor razón fué reemplazado este artículo por el que actualmente lleva el número 179 y que dice:

Art. 179: "La separación conyugal judicialmente autorizada es la que se efectúa por sentencia judicial, de acuerdo con los artículos siguientes".

De ninguna manera se puede considerar como definición el artículo trascrito. Entraña una evidente tautología o repetición de lo definido y no revela el objeto ni la naturaleza de la institución.

La separación conyugal es realmente la institución que cumple las funciones de antiguo divorcio imperfecto, o separación de cuerpos, en virtud del cual cesaba la obligación de la vida común y otras obligaciones y derechos entre los cónyuges, sin disolver el vínculo.

Respecto de la historia de esta institución en el Ecuador, solamente queda por indicar que el congreso de 1961 aprobó unas reformas al Código Civil que entraron en vigencia en 1962 (R.O. 78 de 9 de febrero de 1962) que afectan a la separación conyugal; reforma oscura, poco inteligible y desacertada en lo que a este punto se refiere.

239.— Diversas clases de separación conyugal.

El divorcio sin disolución del vínculo afecta de todos modos seriamente a la estabilidad familiar, por esto, normalmente no se lo acepta sino por graves causas, declaradas por la autoridad judicial (canónica o civil). Sin embargo, a veces, más raramente, se permite también esta separación por mutuo consentimiento. En el Ecuador existen las dos formas: por causales de ley, y por mutuo consentimiento; en ambos casos se requiere declaración judicial.

Sin declaración judicial se puede producir una separación *de hecho*, pero no pasa de ser este un fenómeno al margen de la ley, ilegal, pues entraña el incumplimiento de obligaciones legales, como lo es la cohabitación de los cónyuges. Sin embargo, en nuestro derecho, si bien no se reconoce esta separación de hecho, sí se toma en cuenta su posibilidad, en ciertos casos y aún se le atribuyen ciertos efectos legales: el Art. 139 dispone que no se tomarán en cuenta para la liquidación los bienes adquiridos por el cónyuge agraviado, con su trabajo exclusivo, cuando ha sido abandonado por el otro.

Es frecuente la distinción entre separación temporal y definitiva. Así, por ejemplo, la Ley chilena de 1884, y la mayor parte de las legislaciones, reservan la separación definitiva sólo para el caso de adulterio, o a lo más, para las más graves causas, mientras que se permite la temporal cuando las probabilidades de una reconciliación aparecen mayores. Todo esto es muy lógico, pero no se considera en nuestra Ley, que con excesiva rigidez, solamente admite la separación definitiva, si bien, la posibilidad de restablecer en cualquier momento la vida de hogar, mitiga ese inaceptable rigorismo.

Aparte de las formas normalmente conocidas en el mundo civilizado, en el Ecuador se introdujo otra más (que no constaba en el proyecto original, de 1953): la separación conyugal facultativa para la mujer, dadas ciertas circunstancias. En los casos en que antes la mu-

ier tenía derecho a pedir la separación de bienes, ahora puede obtener la separación conyugal. Esta solución es evidentemente equivocada, injusta, y no guarda la debida proporción entre causa y efecto. Aquellos casos en que, antes de 1958, la mujer podía pedir la separación de bienes eran los del marido puesto en interdicción o ausente por largo tiempo. entonces la mujer podía no someterse al curador del marido o de los bienes del ausente, ni tampoco querer ejercer la guarda, entonces, separaba sus bienes de la sociedad conyugal, para que no fueran administrados por un extraño: todo ello era lógico. Pero suprimida la "simple separación de bienes", en lugar de ella se debió establecer o bien que la mujer haga exclusión de bienes, o que se liquide la sociedad conyugal, pero, el legislador optó por la menos razonable de las soluciones: que en tales casos la mujer pueda pedir la "separación conyugal". La separación convugal, no afecta sólo a los bienes, sino a muchos otros deberes entre los cónyuges, y es una medida extrema que no se justifica en estos casos. Además, se ha creado así una rara figura jurídica de separación conyugal que no es ni judicial ni por mutuo consentimiento, sino propiamente por voluntad unilateral de la mujer, aunque sobre la base de justificar la existencia de aquellos presupuestos legales.

240.— Causas de la separación conyugal.

Como he indicado, a pesar de las varias formas de separación, en todo caso, se requiere una sentencia judicial que la declare, y ella se debe fundar en una o más causas. Hay que distinguir, de todos modos los tres tipos distintos de separación conyugal: A) por mutuo consentimiento; B) por las causales de ley; C) los casos de decisión unilateral de la mujer, dados los presupuestos legales.

A) En el caso de mutuo consentimiento, no se exige probar ninguna causa, basta precisamente que ambos cónvuges estén de acuerdo en separarse y lo demanden en forma legal. El trámite es igual al de divorcio, con la sola diferencia de que no es preciso esperar sesenta días desde la demanda hasta la audiencia de conciliación, sino que dicho plazo se ha reducido a la mitad, treinta días, para la separación conyugal. Es natural que este plazo sea menor, dada la menor trascendencia de la separación, en la vida familiar, respecto del divorcio.

Pero existe también otra forma de producirse la separación convugal por mutuo consentimiento. Si se ha demandado el divorcio, y los cónyuges "por vía de conciliación", resuelven tan sólo separarse, el juez debe sentenciar solamente la separación y no el divorcio. Más aún. nuestro Código de Procedimiento Civil impone al juez la obligación de procurar este avenimiento parcial, y es muy razonable que sea así, puesto que no interesa sólo a los cónyuges sino a la sociedad toda, y principalmente a los hijos, que no se rompa el vínculo matrimonial, y si pueden aplacarse las discordias con sólo la separación, es lógico recurrir a ella, aunque se haya demandado el divorcio. La ley es sin em-

bargo defectuosa porque no indica cómo se ha de proceder en tales casos, no se sabe, por ejemplo si deberán esperarse dos meses para la audiencia de conciliación o sólo treinta días, si será o no preciso una nueva audiencia, etc. Estos defectos deben remediarse, y entre tanto se ha de proceder por analogía, en la forma que más apta parezca para cumplir el fin de la ley que consiste en evitar en lo posible la disolución del hogar.

B) La separación conyugal se puede pedir en juicio en contradictorio, como el divorcio, por las mismas causas señaladas en el artículo 132 para el divorcio, con algunas modificaciones, que solamente valen para el caso de separación conyugal, y que se señalan en el Art. 182 y en la reforma de 1961 (R.O. 78 del 9-II-62).

Si el legislador permite (contra el derecho natural) el divorcio por unas causales, es lógico que también permita por las mismas, la separación conyugal, que es menos grave. Más aún, es aceptable que las causas para la separación conyugal sean menos graves que las de divorcio, o que su prueba sea más fácil. Este sentido tienen las modificaciones establecidas por el Art. 182. Tales modificaciones son las siguientes:

a) Basta que las amenazas a que se refiere el numeral cuarto del Art. 132 sean graves, aunque no sean frecuentes.

b) La separación de los cónyuges con total ruptura de las relaciones sexuales es causa de divorcio si dura más de tres años, pero si dura más de nueve meses basta para pedir la separación conyugal.

c) Son también causa de separación (y no de divorcio), las "ofensas reiteradas de uno de los cónyuges hacia el otro", mientras que para el divorcio se exige que sean "graves", y que manifiesten un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades.

d) La actitud hostil o despectiva. Esta no es causa de divorcio. En cierto modo es la resultante de las ofensas reiteradas, pero no se exigiría probar la causa sino el simple hecho de tal actitud.

e) La incompatibilidad de caracteres que produzca frecuentemente falta de armonía en el hogar. Tampoco es causa de divorcio. Se requiere probar aquí la causa y sus efectos: la incompatibilidad, y la frecuente falta de armonía.

La reforma de 1961 tiende a evitar varios abusos en el trámite de los juicios de divorcio, pero desgraciadamente de forma sorpresiva y un tanto irregular se añadieron al final dos artículos confusos, mal redactados, y poco coherentes con el primero y único artículo originario, creándose así una seria dificultad de interpretación. He aquí dichos artículos:

Art. 2: "El numeral décimo tercero del Art. 132 del Código Civil dirá: La separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales por más de tres años".

Art. 3: "Al último de los artículos contenidos en el Art. 9º de la ley reformatoria de 15 de setiembre de 1958, como sustitutivo del párrafo tercero, Título VI del Código Civil, agreguese: "o que el

juicio de divorcio fuese intentado por el cónyuge que no demandó la separación judicialmente autorizada, pero así mismo con un plazo de un año por lo menos".

En primer lugar cabe observar que el legislador no debía referirse a la ley de 15 de setiembre de 1958, por la sencilla razón de no estar ya en vigencia, desde el momento en que dicha ley reformatoria fué incorporada al Código Civil en la codificación publicada en 1960. En lugar de aquel trabalenguas, bastaba referirse al Art. 184 del Código Civil, que dice:

Art. 184: "En el estado de separación conyugal judicialmente autorizada, no se podrá intentar el juicio de divorcio, salvo que éste fuere por mutuo consentimiento o por causa distinta de la que fundamentó aquella, o que sobreviniere una nueva causa".

Aún refiriéndonos al texto vigente de la ley, la reforma de 1961, continúa siendo verdaderamente enigmática. ¿Qué significa, por ejemplo, aquel "plazo de un año por lo menos"? ¿Desde cuándo se cuenta dicho plazo?, ¿para qué efecto existe tal plazo?. Todo esto, tal vez lo pensó el legislador, pero no lo dijo.

Probablemente la intención del legislador fué la de establecer que en el estado de separación conyugal pudiera demandarse el divorcio por la misma causa por la que se demandó la separación, siempre que se cumplieran estas dos condiciones: a) que quien demande el divorcio sea el cónyuge que no demandó la separación conyugal, y b) que la causa para el divorcio consista en la separación por más de tres años. Esta fué probablemente la intención, pero no está manifestada en la ley de modo claro, y sobre todo, es gravemente injusta e inconveniente.

En efecto, es absurdo que la misma causa, después de haber producido ya su efecto legal, produzca nuevamente otro más grave. La causa que justificó la separación, no debe producir luego el divorcio.

Mucho más absurdo e injusto, que esa única causa pueda ser alegada solamente por uno de los cónyuges. Y totalmente inaceptable, que dicho cónyuge privilegiado sea precisamente quien no demandó la separación conyugal. Podría en el peor de los casos distinguirse el cónyuge culpable y el inculpable, pero no cabe distinguir para preferir, al cónyuge que demandó y al que fué demandado. Y sobre todo, generalmente el demandado, si se sentencia la separación conyugal, debe ser el culpable y es contrario a todo sentido de equidad que solamente el culpable tenga un derecho que se niega al inocente.

Esta serie de absurdos legales conducirían a la más peregrina e injusta de las conclusiones: la de que alguien podría demandar el divorcio fundándose en su propia culpa! Se justificaría así incluso que la actuación dolosa o criminal fueran fuente de derechos. Esto es verdaderamente inaudito. El cónyuge irresponsable que abandonara el hogar, podría él mismo, demandar el divorcio fundándose en el abandono ilegalmente cometido por él mismo. Por eso, parece haberse supri-

mido la palabra "ilegal", que calificaba a la separación: "separación ilegal": como causa del divorcio.

Felizmente la Corte Suprema en varias sentencias, de las distintas Salas, ha dado una interpretación, que aunque tal vez no se ajusta estrictamente al tenor literal de tan embrollada ley, pone a salvo los principios más elementales de la justicia. Dichas sentencias declaran: que no basta probar la separación, sino que esta debe ser ilegal, y se debe probar la calidad de cónyuge agraviado, para que se pueda fundar en ella el divorcio (G. J. X, 2 p. 2158; 2ª sala, de fecha 23 agosto de 1963), y otra sentencia de 1 de enero de 1964, de la 3ª Sala: G. J. X, 3, p. 2314); que el propio cónyuge culpable no puede demandar en ningún caso el divorcio, y por tanto, no lo puede el que abandona o causa el abandono (sentencia de la 1ª Sala de 1º de abril de 1960: G. J. IX, 11, p. 1091); que las reformas de 1958 modifican las causales del Art. 132 pero solamente en lo referente a la separación conyugal y no en lo relativo al divorcio y que el abandono no puede ser alegado por el propio cónyuge que ha abandonado (1ª Sala, 24 de febrero de 1961: G. J. X, 1, p. 1872); y que la reforma de 1961 no exime de la necesidad de probar la culpabilidad, la ilegalidad del abandono, para lograrse el divorcio (G.J. X, 4, p. 2314, sentencia de la tercera Sala, con un voto salvado inspirado en increíble subjetivismo. "puede demandar el cónyuge que *piense, juzgue, sospeche* que la separación... le ocasione daño o menoscabo material o moral..."!).

El decoro de la legislación exige, de todas maneras una pronta corrección de tanto dislate.

Conviene advertir que así como la demencia no es causa de divorcio, y el Art. 146, impide que se disuelva el vínculo del cónyuge que se hubiere vuelto demente, en cambio, no vemos inconveniente para que pueda pedirse la separación conyugal, si esa enfermedad es grave además de incurable o contagiosa o transmisible a la prole (Art. 132 nº 8), pues ni el Art. 181 ni ninguna otra disposición hacen aplicable al caso de la separación conyugal el Art. 146 que se refiere sólo al divorcio del demente.

C) Además de todas las causas enumeradas en el parágrafo 3º del Título VI del Libro Primero del Código Civil, aparecen por aquí y por allá otras causas de separación conyugal, que con evidente falta de sistema no están en su lugar. Dichas causas solamente pueden ser usadas por la mujer, como quedó explicado, y provienen de la equivocada sustitución que hizo el legislador en 1958, de la institución de la "simple separación de bienes", por la "separación conyugal judicialmente autorizada", que es cosa totalmente distinta en sus objetivos y consecuencias, y por lo mismo no debió confundirse en sus causas.

La mujer puede pedir la separación conyugal, y el juez debe necesariamente sentenciarla, siempre que pruebe nada más que una de estas causas: a) que el marido ha sido puesto en interdicción por disipador (Art. 491); b) que el marido ha sido puesto en interdicción por demencia (Art. 504); c) o está interdicto por sordomudo que no

puede darse a entender por escrito (Art. 511); d) si la interdicción proviene de ebriedad consuetudinaria o toxicomanía (Arts. 383 y 384); e) si se ha nombrado curador de bienes del marido ausente (Art. 518); f) en general si hay lugar a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal (Art. 1814 y 1821). En todos estos numerosos casos la mujer puede optar por ejercer la guarda del marido (salvo que sea sólo disipador, ebrio o toxicómano) siempre que ella sea capaz; o bien someter sus bienes a la administración del guardador del marido, o finalmente, no aceptar ni lo uno ni lo otro, y entonces, sin más razón ni causa, tiene derecho para la separación conyugal judicialmente autorizada. Es evidente el despropósito de la ley.

Producida así la separación, por voluntad unilateral de la mujer, por lo menos debería poder el marido rehabilitado hacer cesar también por su sola voluntad el estado de separación, pero la ley no le concede esta justa compensación.

241.— Características de la acción de separación conyugal.

La separación conyugal, en cualquiera de sus formas, requiere declaración judicial. El trámite, en principio es igual al de divorcio, con la diferencia ya anotada del plazo menor (sólo 30 días) exigido para que pueda convocarse la audiencia de conciliación. Otra peculiaridad, por lo demás evidente, es que en el reparto de los hijos, no resulta aplicable a la separación conyugal, el ordinal 6º del Art. 130, que da derecho al cónyuge que no se vuelve a casar para que se le confíen los hijos que estaban al cuidado del cónyuge que contrae nuevas nupcias; como la separación conyugal no rompe el vínculo y no autoriza para un ulterior connubio, claro está que dicha regla no es aplicable a la separación conyugal.

Se debe considerar a la sentencia de separación como "constitutiva de estado civil", puesto que la situación de los cónyuges separados es realmente distinta, y produce efectos frente a terceros. Por esta razón se exige su inscripción en el Registro Civil. También la reconciliación y restablecimiento de la vida común, tiene que pronunciarse por sentencia y se debe inscribir en el Registro Civil (Arts. 876 y 877 del Código de Procedimiento Civil y 35 de la Ley de Registro Civil). En ambos casos, además, se debe anotar tales hechos al margen de la partida de matrimonio (Art. 148 Código Civil y 35 L. R. Civil). Y solamente desde el momento de la inscripción en el Registro, se producen los efectos civiles (Art. 191 Código Civil).

La acción es irrenunciable, porque se considera de orden público, y su renuncia está prohibida expresamente por el Art. 185, aunque éste se refiere exclusivamente a la renuncia "en las capitulaciones matrimoniales. También es aplicable al caso el Art. 143, que en absoluto prohibe la renuncia, en toda circunstancia. Nada obsta, desde luego, a que no se haga uso de la acción, cosa muy distinta a la renuncia. También parece posible la renuncia a una causa determinada, concreta,

una vez ya producida, puesto que también es posible la reconciliación, incluso ya pronunciada la separación conyugal.

La acción prescribe en un año, según las mismas reglas de la prescripción de la acción de divorcio (Art. 144).

Se extingue la acción por reconciliación (Art. 145). Esta reconciliación puede sobrevenir en cualquier tiempo: durante el juicio, o después de sentenciada la separación, y pasado cualquier número de años.

Como es un derecho personalísimo, no podría ejercerse por un representante legal. Si uno de los cónyuges es menor, necesita de guardador especial para este juicio. En ningún caso se exige a la mujer permiso, autorización o representación del marido para litigar contra él y pedir la separación o defenderse de la separación solicitada por el varón.

Nada dice la ley, sobre si se extingue la acción por la muerte de uno de los cónyuges, pero parece natural que sea así, porque no se ve qué ventaja podría tener su continuación, y el caso de analogía con el divorcio es evidente. Aunque, en contra de todo esto tendríamos el hecho de que la ley se remite a varias disposiciones del divorcio y las declara aplicables a la separación y en cambio no dice nada respecto del Art. 147 que es aquel que declara que se extingue la acción de divorcio por la muerte de cualquiera de los cónyuges.

Si concurren las acciones de divorcio y de separación, hay que distinguir varios casos. Si las causas en que se fundan ambas acciones son iguales (por ejemplo el uno demanda divorcio por injurias graves, y el otro cónyuge pide la separación conyugal por injurias graves), entonces se debe tramitar solamente la demanda de separación conyugal, salvo que ya se hubiere abierto la causa de divorcio a prueba, pues en este caso se sigue la acción de divorcio. Si se tramitaran ambas acciones, por causales diferentes, entonces la sentencia de divorcio da fin a la acción de separación, pero no viceversa (Art. 878 del Código de Procedimiento Civil).

La acción de divorcio puede convertirse en separación conyugal, si "por vía de conciliación" los cónyuges así lo convienen, cosa que debe procurar conseguir el juez (Art. 879 del Código de Procedimiento Civil).

En todo caso se debe tramitar primeramente la demanda que primero se cite.

242.— Efectos de la separación conyugal judicialmente autorizada.

Consideraremos los efectos de la separación conyugal que se refieren: a) principalmente a la persona de los cónyuges; b) a los hijos; c) a los bienes y derechos patrimoniales; d) al ámbito internacional.

a) El Art. 181 indica genéricamente que la separación conyugal hace cesar "todos los derechos y obligaciones contenidas en el pa-

rágrafo primero de este Título, salvo lo dispuesto en contrario por la Ley". Por consiguiente cesan las obligaciones y derechos relativos a la vida común y al mantenimiento del hogar, con sus consecuencias, como son la sociedad conyugal y la incapacidad de la mujer casada. En cambio, no puede creerse de ninguna manera que desaparezca el deber de fidelidad y sus consecuencias. No puede eximirse nunca de tal deber, que nace del derecho natural. No puede eximirse de esa obligación porque la misma definición de "matrimonio" la consagra; porque la falta de fidelidad —el adulterio— es un delito que el Código Penal sanciona; porque el sentido mismo de dignidad y la estructura jurídica toda de la familia no admite tal monstruosidad; porque en ningún momento pasó por la mente del legislador exonerar del cumplimiento de las obligaciones de la fidelidad a los cónyuges separados; y porque la historia de la institución en todos los países del mundo y en el mismo Ecuador demuestran que la separación solamente suspende la vida en común y los derechos y obligaciones más vinculados con ella, entre los cuales no se cuenta el de la fidelidad, que depende del vínculo mismo, y el vínculo permanece intocado. Concretando, se producen estos efectos en cuanto a los cónyuges:

1. Cesa la potestad marital. La mujer ya no está obligada a obedecer al marido, ni es él su representante legal.

2. Adquiere la mujer la misma capacidad legal que tendría si fuera soltera. Puede por lo mismo, administrar, enajenar, gravar, etc. sus bienes y realizar por sí misma cualquier acto o contrato, siempre que no sea incapaz por otra razón. Si tiene otra causa de incapacidad, por ejemplo si la mujer es menor, necesitará de guardador.

3. La mujer ya no está obligada a seguir al marido y a trasladar su residencia donde él la tenga. Tampoco conserva la mujer como domicilio legal el del marido, sino que tiene su propio domicilio o domicilios (Art. 63 Código Civil).

4. La mujer queda obligada a denunciar su estado de embarazo y el marido puede tomar las medidas de precaución que la ley le autoriza (Arts. 214 a 220).

5. No obstante la capacidad jurídica de la mujer, no pueden celebrar entre los cónyuges ningún otro contrato que el de mandato, o la compraventa de bienes cuando es forzosa-judicial, es decir en remate público (Art. 200).

6. Los acuerdos voluntarios y resoluciones judiciales relativas a los cónyuges y sus bienes, no pueden perjudicar a terceros (Art. 201).

7. Resulta dudoso si la mujer puede reconocer a un hijo ilegítimo. Por una parte, por ser mujer casada no puede hacerlo, por otra, dado el estado de separación y que ya no se presume la legitimidad del que nazca, parece que sí debería poder reconocer a un hijo ilegítimo. La ley no resuelve este punto

8. La separación conyugal judicialmente autorizada no es causa justificativa para el divorcio, como lo proclama expresamente el Art. 183. Es muy natural esto, ya que sólo la "separación ilegal" o "aban-

dono", con las demás circunstancias que señala el Art. 132, puede ser causa legal de divorcio, a pesar de toda la confusión introducida por la malhadada reforma de 1961-62.

9. La causa que ya produjo el efecto de la separación conyugal no puede después producir el divorcio, aunque en el estado de separación puedan surgir nuevas causas que originen el divorcio, aún de la misma especie. Por ejemplo, se ha sentenciado la separación por adulterio; ese mismo hecho ya no puede alegarse para pedir el divorcio, pero si cualquiera de los cónyuges vuelve a cometer adulterio o incurre en otra de las causales del Art. 132, entonces sí puede demandar el otro el divorcio, a pesar de la separación ya existente.

b) En cuanto a los hijos, los efectos de la separación son los siguientes:

1. Cesa la presunción de paternidad del marido respecto de los hijos nacidos después de los trescientos días contados desde que se inscriba la sentencia de separación (Art. 180). Más lógico sería contar dichos trescientos días desde que se produjo la separación de hecho.

Parece que nada obsta para que, sin embargo, los cónyuges inscriban de consuno como legítimo al hijo que nazca después de dichos 300 días, ya que solamente la presunción legal ha cesado, pero si ellos tienen la convicción de que es suyo, naturalmente es también legítimo.

En cambio, no está claro, si podría solamente la madre inscribir como legítimo al hijo que naciera después. Si de hecho se produjera tal inscripción, el marido en todo caso podría repudiar al hijo, con la simple demostración de que nació después de 300 días de la inscripción de la sentencia de separación, porque la presunción legal le descarga de toda otra prueba.

2. Los hijos menores de edad quedan al cuidado de aquel de los padres a quien corresponda según las mismas reglas que para el caso de divorcio, salvo la excepción del ordinal 6º del Art. 130, que ya se explicó.

3. Según el Art. 286 que con acierto se introdujo por la reforma de 1958, ejerce la patria potestad aquél padre a cuyo cuidado quedan los respectivos hijos menores. Los padres, con todo, pueden apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa. Así la norma no es demasiado rígida y se adapta mejor a las diversas circunstancias que pueden presentarse.

c) En cuanto a los derechos patrimoniales las principales consecuencias de la separación conyugal son:

1. Se disuelve la sociedad conyugal y debe procederse a su liquidación. Por consiguiente se entregarán a la mujer sus bienes y sus gananciales si los hay y no renuncia. En adelante, durante la separación, cada cónyuge adquiere sus propios bienes, los administra, enajena, etc., y responde de sus propias obligaciones (Art. 181).

2. La mujer puede pedir que se liquide la sociedad conyugal

en el mismo juicio de separación conyugal como puede hacerlo en el juicio de divorcio (Art. 181).

3. También tiene derecho la mujer hasta de la quinta parte de los bienes del marido, que sean precisos para su cóngrua sustentación. No se sabe, en cambio, si está obligada a devolver dichos bienes en caso de reconciliación. Considero que sería justo que tuviera que devolverlos, excepto los bienes ya consumidos o enajenados, pero la ley no lo dice.

4. Durante el juicio la mujer puede pedir todas las medidas preventivas para asegurar sus intereses. Entre estas medidas están el secuestro y la retención de bienes (Art. 968 del Código de Procedimiento Civil), la prohibición de enajenar (Art. 971 Código de Procedimiento Civil), la orden de hacer inventario (Art. 988 del Código de Procedimiento Civil), etc.

5 Los acredores de la mujer tienen acción sobre los bienes de ella. El marido no es responsable de las obligaciones de la mujer, salvo que le hayan beneficiado, y sólo hasta el monto de tal beneficio. También se obligaría el marido si accediera al contrato de la mujer como fiador o solidarizándose con ella o en otra forma semejante, es decir tomando voluntariamente sobre sí la responsabilidad. El beneficio de la familia común se considera para estos efectos beneficio del marido, si él debía correr con esos gastos (Art. 188).

6. "El cónyuge separado pierde, además, el derecho de herencia en la sucesión intestada y la porción conyugal" (Art. 180 f). Es notable el uso del singular: "el cónyuge separado", siendo así que siempre que hay separación, los separados son ambos lógicamente. ¿Será que se quiere significar que pierde su derecho sólo el culpable? No creo que se pueda llevar tan lejos la interpretación, pero sería muy justo que así fuera. Incluso la historia de la ley tiene un antecedente interesante: el Decreto Supremo 94 de 21 de noviembre de 1935, reconocía el derecho de herencia y de porción conyugal al "cónyuge divorciado sin disolución del vínculo, a menos que por su culpa haya dado ocasión al divorcio". Pero la ley actualmente no establece esta justa distinción, y la privación del derecho de herencia y de porción conyugal, en forma indiscriminada, tanto al culpable como al inocente, no es justa. Sería razonable que en la separación por mutuo consentimiento pudieran establecer al respecto los cónyuges lo que más les conviniera, y en los demás casos, que el juez resolviera de conformidad con la mayor o menor culpabilidad de cada uno.

7. No está claro si permanece o no el derecho de alimentos que se deben entre los cónyuges. Este derecho se menciona —como obligación de ayuda mutua—, en el párrafo primero del Título VI, al que se refiere el Art. 180, pero está expresamente legislado en otro punto del Código, a saber en el Título XVIII del Libro Primero, de aquí la duda.

El divorcio imperfecto que existió hasta diciembre de 1935. dejaba intacto el derecho de recibir alimentos en el estado de indigen-

cia del otro cónyuge. Pero no sabemos a punto cierto si la separación conyugal reconoce este elemental deber entre quienes se juraron amor y apoyo para toda la vida. Las causas que permiten la separación conyugal no siempre se pueden calificar de "injuria atroz", y sólo ésta hace perder el derecho de alimentos legales, luego, puede sostenerse que sí perdura esta obligación, pero los términos tan absolutos empleados por el Art. 180 hacen revivir la duda.

En el Art. 779 del Código de Procedimiento Civil encontramos otro punto de apoyo para resolver esta cuestión. Dice que si la mujer casada reclama alimentos debe comprobar que "está abandonada de él, o separada con justa causa", luego, si la mujer está separada por culpa suya, declarada así en la sentencia, no podría reclamar alimentos, pero parece que sí lo podría en caso contrario, y por sentido de reciprocidad y de equidad habría que decir lo mismo del marido: que tiene derecho a alimentos, si él no dió la causa para la separación. Queda aún la duda respecto del caso de la separación por mutuo consentimiento.

El Código del Trabajo proporciona un argumento de analogía en el Art. 360 que dispone que la viuda que estuvo separada *por su culpa* del marido mientras vivía, pierde el derecho a las indemnizaciones laborales, las cuales tienen cierto carácter alimenticio. De aquí podría concluirse que es preciso distinguir en el caso de separación la que es culpable, de la que no lo es.

8. Un efecto que *no* se produce, pero que según Urrutia debería producirse por justicia, es la privación del usufructo y administración de los bienes de los hijos al padre o a la madre que hayan causado la ruina del hogar, y probablemente de los hijos. Solamente se ha establecido en nuestra ley la privación del usufructo como consecuencia de la privación de la patria potestad, y ésta queda para el progenitor a cuyo cargo quedan los hijos. Indirectamente, pues, se logrará, a veces, este efecto, pero no necesariamente y siempre.

9. Se producen también ciertos efectos de orden fiscal. La Ley de Régimen Municipal dispone con acierto que para las rebajas al impuesto a la propiedad rural se tengan en cuenta como cargas de familia, las personas que quedan a cargo de cada cónyuge, en el caso de separación conyugal o de divorcio. El Art. 19 de la Ley de Impuesto a la Renta, modificado por Decreto Supremo 1113 de 23 de mayo de 1964 (R.O. 259 de 1-VI-64), indica que los separados deben declarar separadamente el impuesto a la renta y cada uno goza de la rebaja general de ley, y de las debidas a cargas de familia que cada uno soporte; pero no hay rebaja por estado civil para ninguno de los cónyuges.

10. Para que la mujer casada separada judicialmente pueda comerciar, el Código de Comercio (Art. 18) exige el registro de la separación y además, la publicación por la prensa. Y el Art. 30 obliga a inscribir en el Registro Mercantil las *demandas* y las *sentencias* de separación conyugal. Si no se ha inscrito la demanda por lo menos un mes antes de la sentencia, "los acreedores mercantiles tendrán derecho

a impugnar, por lo que mira a sus intereses, los términos de la separación y las liquidaciones pendientes o practicadas para llevarla a cabo".

d) En el plano internacional, tenemos las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante sobre la separación conyugal:

1. Los efectos de la separación conyugal son extraterritoriales (Art. 56) siempre que se haya declarado por juez competente.

2. El juez competente es el del domicilio de los cónyuges (Art. 54).

3. El juez aplica su propia ley (lex fori) a las consecuencias de la demanda y de la sentencia, respecto de los cónyuges y de los hijos.

243.— Terminación de la separación conyugal.

La separación conyugal judicialmente autorizada termina, bien porque el matrimonio termine, o bien por reconciliación entre los cónyuges.

En los casos de terminación del matrimonio, cabe destacar los siguientes aspectos. Si es por divorcio, cesan también las medidas precautorias que se hubieren tomado (Art. 878 del Código de Procedimiento Civil). Si es por muerte, no está claro si termina también la acción iniciada pero no concluída de separación; no se remite el Código al caso similar del divorcio (Art. 147), pero parece razonable que deba también terminar la acción iniciada y no concluída.

La reconciliación debe ser aprobada judicialmente, inscrita y anotada al margen de la partida de matrimonio. No está claro si se restablece la sociedad conyugal. El Art. 877 del Código de Procedimiento Civil y el 191 del Código Civil dan a entender que sí se restaura la sociedad conyugal: "se restablecerán los derechos y obligaciones civiles entre los cónyuges, sin perjuicio del efecto de actos y contratos válidamente ejecutados o celebrados durante el tiempo de la separación". La referencia a estos actos o contratos, parece significar la vuelta al régimen de sociedad. Además, el Art. 978 del mismo Código procesal establece que el marido hará constar en inventario solemne "los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración", y esto —aunque también podría suceder sin restablecimiento de la sociedad—, se producirá del modo más natural si la comunidad vuelve a funcionar como antes de la separación. Sería de desear de todos modos, una clara disposición legal al respecto.

244.— Situación especial de la mujer casada que trabaja.

Los principales Códigos modernos confieren una capacidad especial —a veces plena— a la mujer casada que trabaja, en una u otra forma; aparejada a esa capacidad suele ir también el derecho de hacer suyos los frutos de su trabajo, a los que a veces se llama "bienes reservados".

Generalmente se admite que para que existan estos bienes reservados se requiere: 1º que la mujer tenga un trabajo lucrativo; 2º que ese trabajo haya sido autorizado por el marido; 3º que se trate de trabajo personal, es decir, diverso que el del marido. Dadas estas condiciones, esos bienes forman un patrimonio especial; no entran en la partición de los gananciales y no responden por las obligaciones de la sociedad conyugal o del marido.

En el Ecuador ninguna ley ha establecido expresamente este sistema de "bienes reservados", pero varias disposiciones legales han conferido derechos cada vez más amplios a la mujer trabajadora, y en algunos casos se forma verdaderamente, aunque sin ese nombre, un patrimonio especial de la mujer, equivalente a los "bienes reservados" del derecho extranjero.

Una de las primeras reformas al Código Civil, la propuesta por el Dr. Gabriel García Moreno y aprobada en 1869 confirió capacidad jurídica a la mujer que ejerza una profesión u oficio. El Código del Trabajo, aprobado en 1938 extiende la capacidad de la mujer trabajadora, jornalera o asalariada; y el 25 de junio de 1949 se concedió a la que ejerce una profesión liberal, plenos derechos sobre sus bienes y la más amplia capacidad jurídica. Aparte de estas grandes etapas, otras leyes especiales señalan también pasos importantes en la evolución de nuestro derecho a este respecto, como es el caso de la Ley del Seguro Social, y de la Ley General de Bancos, además del Código de Procedimiento Civil y del de Comercio.

245.— La mujer que ejerce una profesión liberal.

La reforma de 1949 ha sido incorporada al Código Civil y figura actualmente en el Art. 176 que confiere a la mujer casada que ejerce una profesión liberal varios derechos: a) plena capacidad jurídica civil, para todo acto y contrato; b) derecho de administrar sus bienes; c) derecho de disponer de sus bienes, incluso enajenando los inmuebles; d) derecho de comparecer libremente en juicio; e) derecho a que no se le exija ningún documento habilitante, cuando actúa con esta capacidad por sus propios derechos. Además, el Art. 1780 en el numeral 4º señala otra importantísima consecuencia del ejercicio de profesión liberal por parte de la mujer casada: f) los bienes que adquiera en el ejercicio de su profesión no entran a la sociedad conyugal. Y el Código de Procedimiento Civil (Art. 43) indica que: g) la mujer puede en este caso también comparecer en juicio como procuradora, cosa que normalmente no puede, salvo separación conyugal o autorización del marido. h) Como consecuencia de todo lo anterior, los bienes así obtenidos por la mujer casada, responden por las obligaciones que también contraiga en virtud de su especial capacidad. En una palabra, se puede decir que en este caso existen "bienes reservados" de la mujer, y son todos los que adquieren en virtud de su plena capacidad, con su trabajo, o con sus bienes.

Art. 176: "La mujer casada que ejerce una profesión liberal tendrá plena capacidad civil para todo acto y contrato, inclusive para dar y recibir poderes, comprar, vender e hipotecar inmuebles y comparecer libremente en juicio.

No se exigirá documento habilitante a la mujer que se hallare comprendida en el caso previsto en el inciso anterior.

Para la administración y disposición de tales bienes no necesitará de autorización marital, ni de licencia del juez, ni el marido será su representante legal".

El artículo transcrito reproduce casi textualmente el número 1 del Art. 34 del Código de Procedimiento Civil. Pero en el texto Civil se ha suprimido la primera parte del último inciso del numeral 1º del Art. 34 del Código adjetivo, que dice así: "Los bienes que la mujer adquiere en el ejercicio de una profesión liberal, serán considerados como patrimonio personal de aquella", y luego continúa: "Para la administración y disposición de tales bienes... etc." igual que en el Art. 176 del Código Civil. ¿Por qué no figura en el Código sustantivo esa importantísima frase del de Procedimiento? Lo suprimido tenía mayor razón de figurar en el Código Civil que en el Procesal, ya que es la parte más sustantiva: "constituye patrimonio personal de aquella".

Los derechos de la mujer que ejerce profesión liberal son propios, originarios, y no derivados de los del marido, o provenientes de su voluntad. Por tanto, no puede el marido revocar lo actuado por la mujer, ni privarle de su capacidad. Se trata de una situación jurídica más amplia y plena que la de la mujer casada que ejerce otras profesiones no liberales, en las que simplemente se presume la autorización del marido, y por lo tanto, él puede revocar tal autorización.

Parece, sin embargo, que el marido podría prohibir con justo motivo, ejerciendo su autoridad, que la mujer ejerza su profesión, y en tal caso, indirectamente restringiría la capacidad de la mujer, quien podría recuperarla a través de la exclusión de bienes, o eventualmente, de la separación conyugal, si tal negativa de permiso del marido no fuere realmente razonable e implicare por lo mismo una ofensa.

246.— La mujer casada que ejerce una profesión u oficio no liberales.

Por profesión liberal se entiende corrientemente en nuestro tiempo, la que requiere estudios superiores, universitarios o no. Todas las demás profesiones u oficios no se consideran liberales, y nuestro Código Civil, precisamente se refiere a "cualquier otra profesión o industria", no liberal, en el Art. 177:

Art. 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 constitución de la República en el Art. 28 garantiza el ejercicio de las profesiones, pero "dentro de los límites de la ley". El artículo transcrito supone dicha libertad y por esto presume que si la mujer ejerce una profesión u oficio, lo hace en uso de ella, pero sin desconocer el derecho del marido de impedir tal ejercicio. El marido, efectivamente, puede oponerse, y si comunica su oposición a los que contraten con la mujer, entonces los actos de la cónyuge, carecen de valor legal, y en todo caso, no responsabilizarían al marido (salvo que se probara beneficio para él).

Luego, el ejercicio de profesión u oficio no liberales por parte de la mujer, originan una cierta capacidad legal en ella, pero simplemente derivada, dependiente de la voluntad del marido, a diferencia de lo que acabamos de estudiar en el caso de la profesión liberal. La mujer, tiene capacidad general, pero solamente para los actos y contratos relacionados con la profesión o industria que ejerce. Además, esa capacidad proviene de la autorización presunta del marido, y este puede revocarla, sin efecto retroactivo, pero dejando sin capacidad para los actos futuros de la mujer.

En virtud de este derecho, la mujer casada puede administrar y disponer de los bienes que se vinculen directamente con el oficio o profesión que ejerce, y puede también comparecer en juicio para defender tales derechos.

Pero cuando los bienes adquiridos salen del giro normal de la profesión u oficio, es decir, cuando ya no se vinculan directamente con él, considero que tales bienes entran a formar parte de la sociedad conyugal y deben ser administrados por el marido, aunque la ley es un tanto flexible, como veremos, y permite un régimen distinto.

Es necesario, sin embargo, establecer una distinción previa: si la mujer trabaja por su propia cuenta, se rige por las normas del Código Civil solamente, en cambio, si existe una relación laboral de dependencia, entonces son aplicables principalmente las reglas del Código del Trabajo, por ser ley especial (Art. 4 del Código Civil).

En el caso de la mujer sometida al Código del Trabajo, el Art. 33 de éste le reconoce plena capacidad jurídica, si ha cumplido 18 años, y esta capacidad no se funda en una presunta autorización del marido. Además, el Art. 81 ordena que los sueldos o salarios se paguen directamente al trabajador; no podría, pues, cobrarlos el marido, como representante legal contra la voluntad de la mujer. Por todo esto, parece ser que tales salarios y sueldos no entran a la sociedad conyugal y no deben ser administrados por el marido. Sin embargo la ley no es clara, y el punto es discutible. Barros Errázuris opina que la remuneración misma no entra en la sociedad conyugal, pero las cosas que la

mujer adquiriera con ella sí entrarían. El sentido social del salario consiste en una remuneración para satisfacer las propias necesidades y las de la familia, luego el salario gastado en dichas necesidades no podría dar lugar a una reclamación de compensación. Creo que efectivamente, si la mujer gasta su salario en las necesidades de la familia, nada le deberá la sociedad conyugal por ello, es decir que se considerará definitivamente, y también al liquidarse la sociedad, como que ese salario fué de la sociedad. Pero si la mujer adquiere bienes de otra índole, no para el consumo del hogar —muebles o inmuebles—, entonces estas adquisiciones a título oneroso por regla general deben también entrar en la sociedad conyugal, y para que no entraran sería preciso que en las capitulaciones matrimoniales se hubiera establecido tal cosa, o bien que la mujer hiciera exclusión de bienes. Expresamente la ley le autoriza para que haga exclusión de sus sueldos y salarios; incluso podría hacer exclusión de bienes con el solo objeto de que no entren dichas remuneraciones a la sociedad conyugal.

Si la mujer casada ejerce una profesión u oficio no liberales, sin dependencia laboral, su posición es menos independiente, porque su capacidad solamente proviene de la autorización presunta del marido. Luego, el marido podría cobrar y administrar lo que la mujer gane, aunque también la mujer tiene capacidad para hacerlo. Si surgiera conflicto entre los cónyuges, la mujer podría apartar al marido de tal ingerencia, haciendo exclusión de bienes.

Así como en el caso de la mujer trabajadora acogida al Código del Trabajo, los sueldos o salarios no entran a la sociedad sino en cuanto se gastan en su mantenimiento, o una vez convertidos en cosas adquiridas a título oneroso, en cambio, opino que los emolumentos de la mujer que no tiene dependencia laboral, ingresan a la sociedad conyugal por el simple hecho de adquirirlos. Llego a esta conclusión por varias razones: a) Si no hay dependencia laboral, no son aplicables las normas del Código del Trabajo, sino las del Código Civil; b) el Art. 1778 en el numeral 1º indica que entran a la sociedad conyugal "los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio", sin distinguir cuál de los cónyuges los gane; c) el Art. 1780 en el numeral 4º dice que los bienes que la mujer casada adquiera en el ejercicio de una profesión liberal no entran a la sociedad, luego los que adquiere en el ejercicio de una profesión *no liberal* sí entran; d) el Art. 195 permite hacer exclusión de bienes respecto de los sueldos o salarios de la mujer, y aunque es verdad que se pueden excluir bienes "estén o no formando parte de la sociedad conyugal", si se tienen en cuenta las anteriores disposiciones (Arts. 1778 y 1780), resulta más lógico que se considere que tales sueldos y salarios sí forman parte del haber social y pueden ser excluídos de él.

Sin embargo, el régimen establecido por algunas leyes especiales debilita los principios generales de la sociedad conyugal, y permite la duda sobre si los salarios ganados por la mujer ingresan en todo caso en el patrimonio social. Ya hemos visto el caso planteado por el

Código del Trabajo, y cómo probablemente es necesario establecer la distinción entre el salario y las cosas adquiridas con él. Por su parte, la Ley General de Bancos en el Art. 181 dice: "Los depósitos de ahorro hechos personalmente por una mujer casada o un menor, se conservarán en beneficio exclusivo de los depositantes, de acuerdo con con los términos del contrato, así como estarán libres de retención o embargo por otra persona, y podrán ser retirados por ellos, junto con los intereses, sin intervención de los respectivos representantes legales"; todo lo cual, parece suponer que estos bienes no entran en la sociedad conyugal, y tales ahorros pueden perfectamente proceder de sueldos o salarios. Habría, pues, que pensar que actualmente, si el marido no exige a la mujer la entrega de sus sueldos o salarios, ella podría hacerlos suyos; pero esta conclusión dejaría el régimen de sociedad conyugal reducido a una gran inestabilidad, pues dependería, en definitiva de lo que convengan los cónyuges. Más aceptable resulta, pues, interpretar en sentido restrictivo la Ley general de bancos, y otras disposiciones especiales, y entender que solamente tienen aplicación sobre la base de que los bienes adquiridos por la mujer y que no hayan entrado a la sociedad; concretamente, si la mujer ahorra de sus salarios e ingresa esas cantidades en la cuenta de ahorro de un banco, dichos depósitos no entrarían a la sociedad conyugal.

Sobre la base de entender así el sistema legal ecuatoriano, se puede señalar una diferencia muy importante entre el caso de la mujer que ejerce una profesión liberal, y el de quien tiene profesión no liberal, "cualquiera otra". En este segundo caso, la mujer obra "autorizada por el marido", y por lo mismo obliga con sus actos al marido; en cambio, la que ejerce profesión liberal obliga con sus actos sus propios bienes y no al marido, salvo que se pruebe beneficio para él.

El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil impone al Notario la obligación de cerciorarse de la capacidad de los comparecientes si son menores o mujeres casadas, mediante la exhibición de "los comprobantes legales". En el caso de la mujer separada judicialmente, o excluída de bienes, o que ejerce una profesión liberal, no se debe exigir tales comprobantes, de donde, esta obligación de los notarios quedaría reducida a los otros casos; pero tampoco parece razonable que puedan exigir comprobante alguno a la que ejerce *públicamente* una profesión no liberal, porque no se debe probar lo que es evidente. Por tanto, sólo deben exigir comprobante legal cuando la mujer, por no hallarse en ninguna de las circunstancias apuntadas, necesita de autorización del marido para actuar jurídicamente.

247.— Mujer casada comerciante.

El Código Civil se remite al de Comercio, en el caso de la mujer que ejerza actividades mercantiles:

Art. 178: "La mujer casada mercadera está sujeta a las reglas especiales dictadas en el Código de Comercio".

El Código del Comercio distingue el caso de la que ejerce habitualmente el comercio y que es propiamente comerciante, de la que ejecuta actos aislados de comercio. Pero en uno u otro caso, la mujer casada requiere la autorización expresa o tácita del marido. Para ser comerciante, debe recibir una autorización más solemne: por escritura pública, inscrita y publicada por la prensa. Para que se le considere comerciante, debe, además, ejercer sus actividades independientes del marido, no como empleada o colaboradora de él.

La mujer comerciante tiene capacidad jurídica, puede administrar, disponer de los bienes, y comparecer libremente en juicio.

Pero como la mujer actúa "autorizada por el marido", obliga los bienes del marido, los de la sociedad conyugal, y también los propios de ella. En esto último se distingue su responsabilidad, de la responsabilidad simplemente civil (que obligaría sólo los bienes del marido, y de la sociedad, pero los de la mujer sólo probado su beneficio y hasta el monto de él).

Tanto el marido como la mujer pueden, sin embargo alterar la regla anterior. La mujer puede hacer exclusión de bienes y entonces, ya no queda obligado el marido. El mismo marido puede también limitar su responsabilidad excluyendo del negocio de la mujer los bienes de la sociedad y los propios de él (Art. 15 Código de Comercio).

Si la mujer casada comerciante no hace exclusión de bienes, ni el marido limita la responsabilidad, el capital en giro de la mujer se considera y es, de la sociedad conyugal. Así lo afirma categóricamente una sentencia de la Corte Suprema, y es lógico, ya que si la responsabilidad por los actos de la mujer afecta al activo de la sociedad es equitativo que dicho activo se enriquezca también con esos mismos actos de la mujer comerciante.

También las ganancias de la mujer acrecen el haber social, son emolumentos que conforme a las reglas generales, entran a la sociedad. Pero también la mujer puede hacer exclusión de dichas ganancias y evitar que entren a la sociedad, o retirarlas después de haber ingresado.

La jurisprudencia ha distinguido el caso de la autorización del marido, del caso del mandato. Hay autorización cuando el marido permite que la mujer negocie con los bienes propios de la mujer, en cambio existe mandato si la actividad mercantil se realiza con los bienes sociales o los del marido. La autorización del marido para actos civiles se revoca simplemente, en cambio, para los actos de comercio requiere autorización del juez, oída la mujer, y luego escritura pública y notificación al público o a quienes comerciaban con la mujer.

Un caso muy frecuente de actos de comercio realizados por mujer casada no comerciante, consiste en la suscripción como aceptante o aval de letras de cambio. Debe entonces contar con la autorización del marido, la cual se presume si él firma conjuntamente con la mujer. La jurisprudencia ha interpretado, sin embargo, que en este caso se presume solamente la autorización para suscribir la obligación, pero no para intervenir en juicio, y por tanto si se demandara a la mujer por

sus propias obligaciones y derechos, carecería de personería, y por dicha ilegitimidad de personería —si no se sana—, el juicio sería nulo.

248.— Algunas leyes especiales.

El Art. 112 de la Ley del Seguro Social Obligatorio confiere capacidad y derecho de administrar los bienes que perciban en calidad de afiliadas, las mujeres casadas. No se les da derecho de disponer de dichos bienes, ni se menciona la comparecencia en juicio. Esta libre administración y capacidad especial, no parece que excluya de la sociedad los bienes que así adquieran las mujeres casadas, pero ciertas prestaciones, por ser de índole personalísima, debemos entender que constituyen bienes o derechos propios de ella: por ejemplo las del seguro de enfermedad o maternidad.

La Ley de cooperativas en el Art. 25 confiere también capacidad jurídica especial a las mujeres mayores de 18, aunque sean casadas. Sería lógico asimilar a la regla del Art. 181 de la Ley General de Bancos el caso de los ahorros ingresados en una cooperativa, pero no está previsto expresamente este caso por la Ley.

La Ley de patrimonio familiar expedita en 1940, y ahora incorporada en el Código Civil en el Título XI del Libro II, contiene otra importante excepción al régimen de sociedad conyugal. Los bienes constituídos en patrimonio familiar están excluídos del régimen de sociedad y no responden por las obligaciones sociales; dichos bienes son, además, inembargables e inalienables y no pueden gravarse con gravámenes reales; tampoco pueden dividirse, o ser objeto de comodato, sociedad, renta vitalicia, anticresis, y su usufructo beneficia al constituyente o a aquellas personas de la familia para las que se ha constituído.

Sigue una dirección contraria a la que inspira estas leyes especiales, la Ley de Compañías, es decir, en lugar de ampliar la capacidad jurídica de la mujer casada la restringe, ya que en el Art. 28 se exige a la mujer casada para que forme sociedad a nombre colectivo, autorización especial del marido, sin que le valga la autorización general para comerciar, que pudiere tener.

CAPITULO XVIII

FILIACION LEGITIMA

249.— Generalidades sobre la filiación legítima.

La generación de unas personas por otras es la base natural de la relación jurídica que se llama filiación, o, recíprocamente: paternidad y maternidad.

Pero no es únicamente el hecho físico de la procreación el que

considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existen entre padres e hijos, lo que se proteje y regula por medio de la ley civil.

No se requiere ni en la ley, ni por parte del comentador una definición de lo que es la filiación en general, puesto que apenas puede encontrarse otro concepto más evidente por sí mismo.

Las leyes, en cambio, clasifican y definen varios tipos de filiación. A pesar de las diferencias entre unos y otros sistemas, fundamentalmente podemos decir que existen tres tipos de filiación en todo el mundo: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.

A veces, como sucede en el Ecuador, la filiación adoptiva a su vez, puede calificarse de legítima o de ilegítima, según los casos; es decir, que no constituye una tercera categoría absoluta sino que se encuadra dentro de la bipartición: legítima o ilegítima. Pero así y todo, constituye un caso muy especial y merece señalarse aparte y estudiarse singularmente.

También es frecuente que se admita otra categoría de hijos: los de padres desconocidos. Pero estas personas —que no son hijos legítimos, y que tampoco son ilegítimos—, no tienen propiamente una relación actual de filiación con nadie, por desconocerse quienes son sus progenitores.

El sistema originario de nuestro Código Civil distinguía: los hijos legítimos y los legitimados que se asimilan a los primeros, y por otra parte, los ilegítimos. La categoría de los ilegítimos se subdividía en simplemente ilegítimos, o sea los concebidos fuera de matrimonio por personas que no tuvieran ningún impedimento para casarse entre sí; cuando éstos eran reconocidos por uno o ambos padres se llamaban reconocidos o naturales; en cambio los concebidos fuera de matrimonio por personas que no podían contraer matrimonio se llamaban "de dañado ayuntamiento", y eran los incestuosos, sacrílegos o adulterinos.

Los de dañado ayuntamiento constituían una categoría inferior dentro de los hijos ilegítimos, porque, entre otras cosas, no podían ser legitimados ya que habían sido engendrados en una forma más gravemente opuesta a la moral y las buenas costumbres, y además, porque los padres, no podían contraer matrimonio y ésta es la condición indispensable para la legitimación.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902, derogó tácitamente la categoría de los hijos sacrílegos, porque no contiene impedimento alguno para el matrimonio de los clérigos ni de los religiosos. Más tarde, en 1935, se derogó expresamente el art. 34 del C. Civil que contenía la definición y clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento.

La misma Ley de 5 de diciembre de 1935, cambió la nomenclatura tradicional, reservando el nombre de "hijo ilegítimo", solamente el que hubiere sido reconocido por su padre o por su madre o por ambos, o declarado judicialmente tal. En esta forma, los que no son legítimos y tampoco han sido reconocidos ni declarados judicialmente ilegítimos,

han quedado sin denominación legal, y en la práctica se les suele llamar (sin fundamento legal), "naturales" o "de padres desconocidos".

Conviene advertir, antes de seguir más adelante, que la *legitimidad* es la calidad legal *originaria*, propia de aquel que ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres. En cambio la *legitimación*, es la calidad superveniente, adquirida en virtud del matrimonio de los padres después de que ha sido concebido el hijo.

El punto de referencia, en todo caso, para establecer la condición o calidad legal del hijo, es el tiempo en que se verifica su concepción. Si en dicho tiempo, los padres están casados, el hijo es legítimo, de lo contrario, carece de aquella calidad.

En cambio, la condición de hijo ilegítimo requiere en nuestro derecho un acto expreso: reconocimiento voluntario o judicial.

El matrimonio es requisito tanto para la legitimidad como para la legitimación. No se ha admitido en el Ecuador lo que existe en unos pocos países: la posibilidad de legitimar sin matrimonio. Por lo mismo, podemos afirmar, que toda otra relación de parentesco legítimo sea de consanguinidad o de afinidad requiere siempre en su base, la existencia de un matrimonio.

La filiación establece unos nexos que son esencialmente recíprocos: entre padres e hijos. La misma calidad de legítimos o ilegítimos corresponde por igual a unos y otros, y los deberes y derechos entre ambos están también debidamente equilibrados por la naturaleza y por la ley. Sólo excepcionalmente se rompe esta equivalencia: en cuanto a la misma calidad, en el caso del matrimonio putativo con mala fe de uno de los cónyuges, y en cuanto a los derechos, en lo relativo a la herencia y los alimentos de los hijos adoptivos y de los ilegítimos, que no son iguales en el sentido ascendente y en el sentido descendente de la línea de consanguinidad.

La diferencia entre los hijos legítimos y los que carecen de esta condición, fue más acentuada en las sociedades antiguas, y el cristianismo ha contribuído a mitigar una distinción cuyo rigor no debe exagerarse.

250.—Requisitos de la filiación legítima.

En el Código Civil tenemos tres artículos que dan la noción de filiación legítima: el 29, el 203 y el 224:

Art. 29: "Los hijos son legítimos o ilegítimos.

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.

Ilegítimos, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial".

Art. 203: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo.

Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras surta efectos civiles según el art. 107.

Aquél 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 legítimo; pero el hijo sí tendrá los derechos de hijo legítimo respecto de ambos padres".

Art. 224: "Son también hijos legítimos 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.

A estas definiciones debería agregarse el caso del hijo adoptivo legítimo, que según el art. 330 es aquel cuyos adoptantes no tienen hijos o solamente los tienen legítimos.

Cabe destacar el hecho de que el legislador en el afán de equiparar absolutamente los legitimados a los legítimos, incluso han definido conjuntamente ambas condiciones, y dice que "son también legítimos", los legitimados. Esto debe entenderse en cuanto a los efectos jurídicos, no en cuando al origen, como es evidente.

Los elementos de que resulta la legitimidad son: la existencia de matrimonio entre los progenitores; y que el período en que pudo verificarse la concepción caiga al menos parcialmente dentro de dicho matrimonio. A su vez, el primer elemento, se descompone en cuanto a la prueba, en determinación de quién es el padre, de quién es la madre, y de que existió matrimonio en la época de la concepción. Además, el matrimonio ha de ser válido, y si es nulo, solamente produce legitimidad de los hijos concebidos durante él, siempre que sea putativo.

La enumeración de los elementos de la legitimidad tiene importancia principalmente para la impugnación o para la prueba positiva de la legitimidad cuando ésta es negada. Evidentemente para probar que alguien es hijo legítimo se necesita demostrar que reune todos los elementos, y para la prueba contraria, esto es, de que no es legítimo, basta con dejar sentado que le falta alguno de aquellos elementos.

251.— Prueba presuntiva.

La prueba de la legitimidad se centra casi exclusivamente en torno al problema de la paternidad y del tiempo de la concepción, al punto que a veces se confunde la impugnación de la legitimidad con la de la paternidad, aunque no se debería incurrir en este error. Más raro es que se discuta la validez del matrimonio, o su carácter de putativo, o la maternidad misma. Si se discute la maternidad, esta discución llevará consigo normalmente también la de la paternidad, como es lógico, y la de la calidad de hijo legítimo o ilegítimo.

La ley facilita la prueba de la legitimidad a través de dos presunciones de suma importancia. La primera se refiere a la época de la

concepción y la segunda, a la paternidad del concebido durante el matrimonio de su madre.

La presunción relativa al tiempo en que pudo verificarse la concepción, es presunción legal y de derecho, es decir que no admite prueba en contrario, y se basa en datos de experiencia científica que no han sido seriamente contradichos jamás.

Esta presunción, por otra parte, suple la imposibilidad de conocer de un modo directo cuando ha sido concebida una persona. Solamente se puede deducir en qué tiempo comenzó su existencia natural en el seno materno, a partir del dato cierto de la fecha de su nacimiento. Como la gestación del ser humano dura alrededor de nueve meses, o sea unos 270 días, conociendo qué día nació una criatura se puede presumir que fue concebida unos nueve meses antes. El legislador ha señalado un tiempo prudencial, con suficiente margen para evitar errores: "Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento" (art. 68). Es decir, que no cabe pensar que una gestación dure más de 300 días, ni tampoco menos de 180.

Naturalmente, la presunción de la época en que pudo verificarse la concepción, se refiere solamente a un período de tiempo: aquellos 120 días comprendidos entre los 300 y los 180 contados hacia atrás desde el día del nacimiento. Dentro de los 120 días, la concepción puede haberse producido en cualquier momento y cabría admitir pruebas técnicas, médicas relativas a una fecha más aproximada dentro de aquel período bastante amplio.

La nueva Ley de Registro Civil, identidad y cedulación codificada en 1966 ordena que "el hecho del nacimiento, para ser inscrito en el Registro Civil, se probará por constancia escrita de médico, obstetriz o enfermera; a falta de dicho documento, por la declaración de dos testigos". Generalmente se exige para estas inscripciones, en otras legislaciones, la simple declaración de los padres, o de uno de ellos, y así se disponía anteriormente en nuestra ley, pero la actual pretende eliminar o dificultar la posibilidad de fraudes, y exige la prueba documental o testimonial. Por otra parte, el art. 24 de la misma ley obliga al médico, obstetriz, enfermera o cualquier otra persona que hubiere asistido a un parto, a informar por escrito, al Jefe de Registro Civil, sobre el hecho del nacimiento.

Demostrado que una persona fue concebida en un período determinado (a base de la presunción del art. 68), si sus padres estuvieron casados durante todo ese período, o aunque sea solamente durante una parte de ese período, el hijo es legítimo. Puede, muy bien suceder que en realidad la concepción haya sucedido durante el matrimonio o fuera de él, pero el derecho es favorable a la legitimidad, y basta que una parte del período caiga durante el matrimonio para que el hijo sea legítimo.

En cambio, lo que es importante es establecer quienes son los

padres. La prueba de la maternidad, como la del nacimiento, es fácil, por tratarse de una relación física externa respecto de la cual cabe testimonio; en cambio la prueba de la paternidad resulta más difícil.

Si nace un hijo de una mujer casada, el sentido común y la experiencia más ordinaria abonan a favor de que su padre es el marido de la madre. Desde muy antiguo se ha formulado esta regla: "Pater is est quem nuptiae demonstrant": es padre aquel que el matrimonio demuestra. Lo anómalo, lo irregular, será que el hijo no tenga por padre al marido de su madre, y por consiguiente, esta situación excepcional deberá demostrarse.

Con todo, la certeza de que el padre de la criatura es el marido de su madre, será más firme solamente si el nacimiento se produce en un tiempo tal, que la concepción caiga también dentro del matrimonio. Como la concepción no puede preceder menos de 180 días al nacimiento, solamente aquel que nazca después de 180 días de haber contraído matrimonio su madre, se tendrá por hijo legítimo y que tiene por padre al marido de la madre. En este caso (pasados 180 días del matrimonio), ya cae el período de la concepción dentro del matrimonio, al menos parcialmente; y si transcurren más de 300 días desde el matrimonio, entonces ya todo el período cae dentro del matrimonio y aumenta la probabilidad de que el padre sea el marido.

Así mismo, si después de disuelto el matrimonio o de separados los cónyuges, la mujer da a luz un hijo, si este nacimiento se produce antes de los 300 días de la separación o disolución, todavía cae todo o una parte del período de la concepción dentro del matrimonio y el hijo puede ser legítimo y tener por padre al marido. Pero si nace el hijo después de 300 días de disuelto el matrimonio, ya todo el período en que pudo verificarse la concepción coincide fuera de matrimonio y el hijo no es legítimo ni se presume que su padre sea el ex-marido de su madre.

Se recogen estas reglas en el artículo 204, aunque incompletamente, porque se hace referencia al que nace después de 180 días de contraído el matrimonio pero no se refiere, como debía hacerlo, al que nace antes de 300 días después de disuelto el matrimonio:

Art. 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".

En lugar del siguiente inciso del art. 204, que trata de la impugnación de esta legalidad presunta, cabía decir en el mismo artículo que tal presunción de legilitimad favorece al hijo que nace hasta 300 días después de disuelto el matrimonio o de separados los cónyuges. En esta forma se completan las consecuencias que derivan de la presunción del art. 68.

La presunción de que el concebido durante el matrimonio de su madre también ha sido concebido dentro del matrimonio, y que, por ser hijo del marido es hijo legítimo, constituye una presunción puramente legal, y que sí admite prueba en contrario. Pero mientras no se des-

truya la presunción, con la prueba contraria, el hijo goza de la condición de legítimo. Más aún, la presunción de legitimidad favorece al hijo concebido y aún no nacido, es decir, cuando todavía no se puede saber a punto fijo el período en que se produjo la concepción, por carecerse todavía del dato de la fecha del nacimiento. Por consiguiente, bien se puede hablar de que la presunción de legitimidad se consolida, se refuerza, cuando ya consta la época de la concepción, y sobre todo si la integridad de aquel período se incluye en el matrimonio de la madre.

La presunción de legitimidad no desaparece ni aunque los padres hubieren descuidado de inscribir al hijo, como están obligados a hacerlo. Ni tampoco deja de ser legítimo el hijo que, concebido durante el matrimonio de su madre, es inscrito como hijo de padre desconocido o atribuyéndose la paternidad a persona distinta del marido. Tales inscripciones serían ilegales, y por tanto de ningún valor, porque dados estos supuestos, se requeriría previamente la impugnación de la paternidad con su correspondiente sentencia, y no basta la simple voluntad de otras personas para cambiar o para determinar la condición legal de un hijo.

De esto deriva el hecho de que normalmente el estado de hijo legítimo da lugar a la llamada "posesión notoria", la cual a su vez, es prueba del estado de hijo legítimo, a falta de la prueba documental idónea.

Finalmente digamos que la presunción de paternidad legítima en el Derecho Internacional Privado se rige normalmente por la ley personal con que se pretende hacer valer tal condición. El Código Sánchez de Bustamante en el art. 57 declara de orden público interno las reglas relativas a la presunción de legitimidad y sus condiciones, así como las que se refieren al derecho de usar el apellido del padre, aclarando el mismo Código que en tales casos se aplica la ley personal del hijo, si fuere distinta de la del padre.

252.— *Prueba instrumental.*

A pesar de que la ley favorece y facilita el que se tenga a un hijo por legítimo, no será raro el caso en que se tenga que probar dicha calidad, principalmente para entrar en el ejercicio de un derecho. La prueba normal, en este caso consiste en la partida de nacimiento del interesado y la de matrimonio de los padres. Con estos dos documentos se demuestra la época de la concepción, el matrimonio, la maternidad y la paternidad, o sea los cuatro elementos necesarios para ser tenido por legítimo.

La nueva Ley de Registro Civil exige para que se inscriba un nacimiento: "constancia escrita de médico, obstetriz o enfermera; a falta de dicho documento, declaración de dos testigos" (art. 15). Esta mayor exigencia puede dificultar en algunos casos la inscripción, si bien es cierto, que no se precisa que los testigos sean presenciales del nacimiento; considero que bien podrán testimoniar, parientes o vecinos, que hayan tenido un conocimiento indirecto del nacimiento, incluso solamente a

través de los propios dichos de los padres. Todo esto conduce a asignar, como es necesario hacerlo, gran valor a la "posesión notoria del estado legítimo". Si no se entiende la ley con esta razonable amplitud, se crearían situaciones muy difíciles e injustas, sobre todo para los campesinos y demás personas que viven más o menos aisladas, quienes en nuestro país son muy numerosas. En los pueblos pequeños y en los campos, es rara la presencia de "médico, obstetriz o enfermera", y tampoco se podrá contar siempre con dos testigos presenciales de un nacimiento.

Nuestra ley extiende la obligación de hacer inscribir un nacimiento a un grupo de personas bastante amplio: el padre, la madre, los abuelos, los hermanos mayores de 18 años, los "otros parientes mayores de 18 años", y finalmente, las personas que recogieron a un expósito o abandonado. Es laudable el propósito: que nadie quede sin inscripción de su nacimiento; pero la fórmula empleada es demasiado vaga y pretende responsabilizar a personas que difícilmente pueden cumplir con esta obligación: "los demás parientes...".

Por otra parte, desde la primitiva Ley de Registro Civil, se conserva una disposición antitécnica, injusta y que delata una singular debilidad del sistema legal. Me refiero a la prohibición de bautizar a una persona cuyo nacimiento no ha sido inscrito, salvo peligro de muerte. La norma no se compadece con los postulados de la técnica jurídica, porque no se puede poner como condición de un acto de carácter religioso, un hecho civil; tampoco es lógico que el Estado que se dice laico y que desconoce para todo efecto los hechos religiosos, los tome en cuenta para poner una traba o formalidad civil previa. Es injusta la disposición porque afecta solamente a las personas que tienen una religión, y concretamente una religión cristiana que exija bautismo; viola la libertad de conciencia, al impedir que se celebre un sacramento en cualquier tiempo. Finalmente, denota una incapacidad inaceptable del Estado para hacer obedecer sus propias leyes.

Normalmente la inscripción debe hacerse dentro de los diez días a partir del nacimiento, y el retardo ocasiona multa. Pero cualquiera que sea el tiempo transcurrido, no desaparece el derecho de inscribir. "El derecho de pedir que se registre un acto del estado civil o un hecho vital *no prescribe*". (Art. 13 de la Ley Codificada).

Las pruebas documentales más directas y propias para la demostración de la calidad de hijo legítimo, son las partidas de nacimiento y matrimonio, como dejamos dicho. Pero además, "otros documentos auténticos" (art. 348 del Código Civil), pueden también servir para esta prueba. En tal número de documentos auténticos estarían otras partidas, por ejemplo la de defunción de los padres, o del propio hijo, o bien una escritura pública, o piezas procesales en las que conste la calidad legal de una persona, o simplemente los hechos constitutivos de la legitimidad: fecha de nacimiento —de la que deriva la época de la concepción—, matrimonio de sus padres, etc.

La nueva Ley de Registro Civil ha dado valor de prueba do-

cumental también a la *cédula de identidad*, y es razonable que sea así, puesto que este documento público se expide precisamente a base de las partidas de nacimiento, etc. El art. 92 declara que "La cédula de identidad será documento suficiente para comprobar la identidad de una persona" y en el anterior artículo se indica que la cédula se expide por parte de las oficinas de "Registro Civil, Identificación y Cedulación, a base de los datos de filiación de Registro Civil y de impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso". Ahora, bien, dado que la fuente de información es el Registro Civil, y que en la cédula figuran los datos relativos a la edad, fecha de nacimiento, nombre de los padres, etc., a través de la cédula se puede probar de modo auténtico, no sólo la identidad, sino también la calidad de hijo legítimo. Por lo menos, no se ve razón alguna para excluír la cédula del grupo de aquellos "otros documentos auténticos", que según el art. 348 permiten probar un estado civil, a falta de la correspondiente partida.

El estado civil, que la Ley quiere proteger de modo que sea cierto, tiene también sanciones de orden penal. El art. 281 del Código Penal de la Policía Civil Nacional y el art. 518 del Código Penal dicen: "Serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años los culpados de sustitución de un niño por otro; o de suposición de un parto o de usurpación del estado civil de una persona".

253.— Prueba en el caso de divorcio o de separación.

Si el hijo nace después de 180 días de celebrado el matrimonio se presume legítimo: Si transcurren no sólo 180 días, sino mucho mayor tiempo la presunción en cierto modo es más sólida, pero también puede darse el caso de que nazca una criatura después de disuelto el matrimonio o de que se hayan separado sus padres, entonces, todavía le protege la presunción de legitimidad, pero siempre que el nacimiento suceda dentro de los trescientos días de tales eventos; si fuera posterior a los 300 días, evidentemente todo el período de la concepción caería fuera de matrimonio o durante la separación, y no habría fundamento para presumir que el hijo tiene por padre el marido o exmarido de la madre. Interesa, por consiguiente, tener un dato muy exacto y fácilmente comprobable respecto del tiempo del nacimiento para deducir de él la época de la concepción, y a su vez, establecer así la calidad legítima o no, del nacido.

Por otra parte, no viviendo juntos el marido y la mujer, resulta más posible la infidelidad de la mujer y la correspondiente duda sobre la paternidad. También se hace más fácil en tales circunstancias el engaño en cuanto al hecho mismo del nacimiento y sus circunstancias, particularmente de tiempo. Una persona inescrupulosa podría hacer creer que su hijo ha nacido en fecha distinta de aquella en que realmente sucedió.

Por estas razones, el Código concede el marido el derecho de tomar ciertas providencias tendientes a permitirle que se asegure en cuanto al "hecho y circunstancias del parto". Ciertamente que estas medidas que está facultado el marido para pedir al juez, pueden inspirarse también en otras razones más serias, incluso, la de proteger la vida o la salud del que está por nacer. Pero de suyo, se dirigen a preconstituir una prueba respecto del nacimiento del hijo.

Las medidas a que me refiero son las señaladas en los artículos 215 y 216 y que pueden sintetizarse en: a) "enviar a la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda", es decir, que le acompañe y proteja, puesto que aquí no se trata de la "guarda" o curaduría que se da a los incapaces; b) puede también enviar "un médico u obstetriz que asista en el parto" y c) "que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza".

Estas medidas son decretadas por el juez a petición del marido. Para que éste pueda solicitarlas debe conocer el estado de preñez de su mujer o ex-mujer, y la ley le obliga a ella misma a hacerlo saber. Con todo, aunque el marido se informara indirectamente, podría igualmente solicitar las referidas providencias.

La mujer puede hacer conocer al marido su estado dentro de los treinta días a partir de la separación. Este plazo no es fatal, y si existe una causa razonable (por ejemplo, ignorancia de la mujer), el juez puede declarar justificable el retraso y la notificación será válida. Pero si no hay notificación, o se hace injustificablemente a destiempo, transcurridos más de treinta días, entonces la notificación no surte efectos legales para la mujer, aunque, el marido sí puede aprovechar de ella para pedir las medidas legales.

El mecanismo legal está inspirado en la más pura justicia y en un sano sentido práctico de la vida. Por esto mismo, no es excesivamente rígido, y da la suficiente autoridad al juez para moderar las exigencias de uno u otro consortes. Así, por ejemplo, si el marido pretendiera que acompañe a la mujer una persona que presente alguna circunstancia inconveniente para la mujer, ésta puede recurrir al juez, y si él considera razonable la objeción puede elegir a otra u otras personas para el cuidado de la mujer embarazada. Igual cosa puede decirse del "médico u obstetriz que asistan al parto", y de la "familia honesta" y de confianza del marido, en cuyo seno puede ser recibida la mujer. Indudablemente nos encontramos ante problemas humanos bastante complejos, que el legislador tenía que solucionar con mucha prudencia y flexibilidad, como realmente lo ha hecho.

La denuncia de la mujer, respecto de su estado, será normalmente necesaria para que el marido sepa que la cónyuge separada o divorciada está encinta. Por esto, si la mujer omite el cumplimiento de este deber de dar noticia, incurre en una culpa que la ley sanciona; pero la sanción es moderada y razonable: entonces tendrá la mujer que probar el hecho y la circunstancias del parto, es decir, recae sobre ella la carga de la

prueba. Naturalmente, nada quita que el propio marido, si cree ser el padre de la criatura, pruebe también él por su parte los hechos, o los acepte, sin prueba, puesto que está convencido de ser el padre. Tampoco considero que exista ningún inconveniente para que el propio hijo, a su tiempo, pruebe los hechos y el tiempo en que ocurrieron para reclamar la condición legal que le corresponde. Pero la mujer negligente que no ha cumplido su obligación si pretende derivar algún derecho del nacimiento del hijo, está obligada a probar ese hecho y el tiempo en que sucedió.

A su vez, cuando el marido recibe la notificación de que su mujer cree estar embarazada, puede tomar las medidas legales, y si no lo hace, toda la carga de prueba recae sobre él. Si no procede en la forma que la ley le autoriza, es de suponer que tiene una confianza irrestricta en su mujer o ex-cónyuge, por tanto, deberá atenerse a la simple afirmación de ella, y si no cree que es verdad lo que la mujer afirma, será el marido negligente o confiado quien deberá probar que los hechos son distintos de los aseverados por ella.

Cabe preguntarse, cuál será la situación si el marido adopta solamente una o dos de las medidas legales, y no las tres previstas por nuestro Código. Entonces, ¿deberá estar a lo afirmado por la mujer, con carga de probar lo contrario si le interesa? Probablemente sí, ya que los términos del art. 218 dan a entender que la falta de cualquiera de las medidas preindicadas trae consigo que el marido queda obligado a aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto. Pero es evidente, que tan sólo con una de aquellas providencias bien puede tener el marido suficientes medios de prueba de modo que aunque resulta obligado a probar, esta obligación no será difícil de cumplir.

Resulta lógico concluir de lo anterior que, así mismo, si la mujer opone resistencia injustificada no a todas las providencias solicitadas por el marido, sino a una o dos de ellas, también en este caso, toda la carga de la prueba recaería sobre ella, puesto que su obligación es aceptar todas dichas medidas, y puede oponerse a cualquiera de ellas con justa causa pero no arbitrariamente.

El costo de las diversas medidas legales corre de cuenta del marido, ya que se toman en interés suyo y a su pedido. Pero si la mujer ha obrado maliciosamente pretendiéndose embarazada sin estarlo, o tratando de atribuir falsamente la paternidad al marido, entonces ella debe indemnizar los gastos realizados. No hay lugar a la indemnización si la mujer cree de buena fe estar encinta y resulta que no ha concebido.

Todas las medidas anteriormente indicadas pueden también solicitarse por parte de los consaguíneos del marido hasta el cuarto grado, pero solamente en el caso de que la mujer haya hecho la denuncia a uno de ellos y no al mismo marido, por impedírselo alguna circunstancia. En este caso, los efectos y las sanciones para el caso de resistencia a las providencias, son los mismos que en el caso normal de denuncia al mismo marido.

Hay que observar, por último que la redacción de estos artículos (214 a 220) fue ligeramente reformada en 1958 para hacerla más moderna y acorde con las costumbres actuales. Así, el que ahora es art. 215 hablaba de "una matrona que inspeccione el parto", y ahora se dice: "un médico o una obstetriz que asista al parto". Sin embargo en el art. 218 se ha conservado la antigua nomenclatura aún en la recopilación de 1960. Y este detalle permite interpretar más flexiblemente la ley, como conviene, sobre todo si se considera la muy diferente condición de los medios rurales o campesinos, y del ambiente de las grandes ciudades. Considero que en lugares en los que no existen médicos ni obstetrices, bien podría solicitar el marido la asistencia de una partera o comadrona, y el juez no podría negarse a decretar tal medida.

Considerando que, además del motivo principal de preconstituir medios de prueba sobre la época de la concepción y la posible paternidad, estas providencias pueden tener también el objetivo de proteger la salud o la vida del que está por nacer, parece que el marido podría solicitar que su mujer o ex-mujer se asile en una clínica u hospital en caso de requerir especiales cuidados médicos o quirúrgicos. Esto equivaldría en un sentido muy amplio a la colocación en el seno de una familia honesta. En apoyo de esta tesis podría aducirse también una reciente disposición legal (de 20 de enero de 1965) que reafirma la obligación de proteger la vida del que está por nacer, y que siempre ha figurado tanto en nuestro Código Civil, como en otras leyes especiales.

Hay que observar que aunque estas reglas anteriores se refieren directamente al caso de la mujer divorciada o "que pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido" (art. 214), sin embargo, desde 1958 se aplican también al caso de la muper separada judicialmente del marido, aunque no esté pendiente el juicio de divorcio, tal como lo dispone expresamente el art. 181 que se remite a los arts. 214 a 220. En cambio, estas reglas no podrían aplicarse al caso de la mujer separada arbitrariamente del marido, sin que se haya iniciado el juicio de divorcio ni exista la separación conyugal judicialmente autorizada. Considero razonable extender estas reglas, por analogía, al caso de la mujer "actualmente separada", mientras se sigue el juicio de separación conyugal, ya que en todo es equivalente al de divorcio para estos efectos.

254.— Reglas relativas al hijo póstumo.

La situación que se produce cuando muere el marido estando embarazada la mujer es semejante a la estudiada en el punto anterior. También el caso del hijo póstumo, es decir, del que nace después de muerto el marido de la madre, se presta a alguna duda respecto de la paternidad. Es necesario, como cuanto se ha producido divorcio o separación, determinar la fecha precisa del nacimiento para deducir el tiempo de la con-

cepción, y de allí establecer quién es el padre. Por esto el Código señala reglas similares a las anteriormente examinadas.

La herencia del marido difunto puede distribuirse de manera muy diversa si nace un hijo póstumo o si no tiene tal hijo. Por consiguiente, los más directamente interesados, desde el punto de vista patrimonial, para que se determine de quién es hijo el póstumo, serán "los que, no existiendo el póstumo serían llamados a suceder al difunto" (art. 221).

Son pues, los presuntos herederos del marido los que pueden tomar las medidas que podría hacer efectivas el mismo marido si viviera. Es a ellos a quienes la mujer debe hacer la denunciación de su estado de preñez. El Código dice que "la mujer podrá denunciarlo", pero más propiamente debería hablarse de que *deberá* hacerlo, puesto que si no lo hace en tiempo oportuno es sancionada en la forma que ya hemos visto: asumiendo la carga de la prueba respecto del hecho y circunstancias del parto.

El plazo en que la mujer debe notificar su estado es también de treinta días, que se cuentan a partir del momento en que tuvo conocimiento de la muerte del marido. Y caben aquí las presunciones comunes: se supone que la mujer conoce dicho fallecimiento de inmediato, si sucede en el mismo lugar en que ella está, pero no si acaece en lugar distinto. También el juez puede calificar la causa del retraso de la mujer en verificar su denuncia, y hallarla razonable y excusable, o no, produciendo o no produciendo efectos legales respectivamente.

Entendemos que si los herederos adoptan actitudes diversas, cada uno tendrá que sufrir en principio las consecuencias de su conducta; pero como se trata de preconstituir unos medios de prueba, no es necesario que todos designen un médico u obstetriz, una compañera de buena razón, etc., sino que si uno o varios de ellos lo solicitan al juez, los demás quedan descargados de tener que hacerlo. Si con todo, alguno se opusiere, probablemente, él tendría que atenerse a la declaración de la mujer, con cargo de probar lo contrario caso de interesarle.

Otra disposición importante encontramos, un tanto al margen de la prueba de la paternidad, y es la relativa al mantenimiento de la madre con los bienes que corresponderán al póstumo. Nos hallamos ante una disposición muy humana y justa: la subsistencia del póstumo está directamente relacionada y dependiente de la madre, nada más natural que la madre reciba de los bienes que han de corresponder al póstumo lo necesario para su manutención y para los gastos del parto.

Según el art. 526 del Código Civil deben administrar los bienes que corresponderán al póstumo, el curador testamentario, o el dado por el juez, "a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo", es decir, los mismos que pueden tomar las medidas de precaución. El curador debe conservar esos bienes, cuyo titular es puramente "posible", y no es actualmen-

te persona, pero de esos bienes se separará lo necesario para la madre cuyas necesidades actuales es preciso satisfacer.

Lo que la madre reciba tiene el carácter de una ayuda alimenticia, de allí que incluso si el hijo muere, nace muerto o no sobrevive las 24 horas, es decir aunque no llegue a ser titular de los derechos que se suponía serían suyos, la madre no está obligada a restituir lo que recibió por anticipado. Tampoco debe restituir la madre, si erróneamente se creyó embarazada y luego resultó no estarlo. Solamente debe restituir todo lo recibido la madre que hubiere actuado de mala fe sea porque fingió el embarazo o bien porque el hijo no es del marido.

Parece indudable que estas reglas serían igualmente aplicables en el caso de que el marido muerto haya estado separado de hecho o con separación judicialmente autorizada, o que haya dejado de ser marido por haberse divorciado, siempre que estos hechos se hayan producido en un tiempo suficientemente reciente antes de la muerte, como para originar alguna duda respecto de la paternidad. Por ejemplo, si una persona muere un mes o dos después de divorciarse o separarse de su mujer, no cabe duda que los que heredarían a esta persona (que ya no era marido) sí tendrían derecho de tomar las medidas de que estamos hablando. Pero si el divorciado o separado ya tomó esas medidas, antes de morir, no parece que los herederos presuntivos puedan repetirlas, salvo que lleguen a ser ineficaces por alguna circunstancia.

255.— Reglas para el caso de pasar la mujer a otras nupcias.

El párrafo 4º del Título VIII del Libro I del Código Civil, bajo el epígrafe de "Reglas relativas al caso de pasar la mujer a otras nupcias" contiene únicamente el art. 223 que dice:

Art. 223: Cuando, por haber pasado la madre a otras nupcias, se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se solicitare una decisión judicial, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias, y oyendo el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente.

En el caso de este artículo, la mujer y su nuevo marido estarán solidariamente obligados a indemnizar los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad".

El artículo transcrito se refiere a todo caso de otras nupcias de la mujer, sin distinguir que éstas se produzcan a raíz de su viudez o del divorcio o de la declaración de nulidad del primer matrimonio o de su disolución por muerte presunta del marido. Tampoco se señala el tiempo en que estas segundas o ulteriores nupcias se han de producir para que den lugar a la aplicación de la ley.

Pero es evidente que si el nuevo matrimonio de la mujer se produce pasados más de 300 días de disuelto por cualquier causa el primer connubio, entonces no cabe duda respecto de la paternidad, pues-

to que no cabe que el hijo haya sido concebido durante el primer matrimonio.

En cambio, si el nuevo matrimonio se produce antes de los trescientos días de disuelto el primero, la cuestión es más compleja. Este nuevo matrimonio puede ser nulo: si quien lo contrae es una viuda, según el numeral 10º del art. 109 dicho matrimonio resulta nulo. También si se trata de divorciada, probablemente, a partir de la reforma de 1961, aunque no sea absolutamente clara la cuestión, su matrimonio será nulo si no ha transcurrido un año desde la inscripción de la sentencia. Ahora bien, si el segundo matrimonio es nulo, el hijo concebido dentro de él no puede ser legítimo salvo la hipótesis del matrimonio putativo, que tampoco parece muy probable en estos casos. Pero de todos modos, puede presentarse la duda respecto de la paternidad: puede ser padre el primero o el segundo marido.

Nuestra ley ha dado en esta situación poderes verdaderamente excepcionales al juez, contra lo que generalmente dispone, ya que el Código suele ser muy cauto al conceder facultades al juez. Este debe decidir "tomando en consideración las circunstancias". ¿Qué circunstancias? Como la ley no las delimita, debemos contestar que todas las pertinentes.

En primer término si por el tiempo en que sucede el nacimiento la mayor parte del período en que pudo verificarse la concepción cae dentro de uno de los dos matrimonios y en el otro apenas alcanza algún día, es lógico que habrá mayor razón para creer que el hijo ha sido concebido en aquel matrimonio que abarca casi todo el período de la concepción. A esto pueden sumarse otros datos, como el peritaje médico relativo al tiempo más probable de la concepción dentro del plazo legal.

Solamente en el caso de que el intervalo entre los dos matrimonios sea muy reducido puede caber duda seria respecto a si la concepción se ha verificado durante el primero o el segundo. Y en estas circunstancias tendrán mayor valor los argumentos morales: así por ejemplo, no será muy probable que el hijo sea del primer marido, si se ha disuelto el primer matrimonio por divorcio causado por actitud hostil, ofensas, etc.

En cambio, la ley es demasiado benigna en cuanto a la sanción del perjuicio que se produce por la incertidumbre de la paternidad. No es lógico que se sancione con nulidad al matrimonio de quien contraviene estos plazos de espera, y en cambio, por el perjuicio que puede ser muy grave, referente a la paternidad, solamente se produzca un efecto tan benigno como es el de que "la mujer y su nuevo marido estarán solidariamente obligados a indemnizar los perjuicios y costas ocasionados a terceros". Entre estos terceros, entiendo que debe comprenderse también y principalmente al propio hijo.

Debe tenerse en cuenta que además de la paternidad de uno de los dos maridos, también es posible que el hijo haya sido engendrado

durante el tiempo intermedio entre los dos matrimonios y por una tercera persona. Pero si se discutiera esta posibilidad ya las facultades amplísimas del juez no tendrían aplicación sino que se deberían seguir las reglas para la investigación de la paternidad, puesto que ya no se trataría del conflicto entre dos maridos, sino con un tercero que habría engendrado *fuera* de matrimonio.

En cuanto a las diligencias o medidas que se pueden tomar a raíz de la disolución del matrimonio para asegurar el hecho y las circunstancias del parto, no parecen aplicables al caso de la mujer que pasa a otras nupcias, salvo quizá la relativa a enviar un médico u obstetriz que asista al parto. No podría el anterior marido (o sus parientes si él murió), enviar una compañera de buena razón, ni lograr que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta, puesto que si se ha vuelto a casar, esa es su familia, y su marido está obligado a darle la protección debida, y personas extrañas no pueden ingerirse en la vida familiar ajena.

En el plano del Derecho Internacional Privado, tenemos la disposición del art. 158 del Código Sánchez de Bustamante: "Las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, se sujetarán a lo dispuesto en la legislación del lugar en que se encuentre". Como esto podría dar lugar a algunas arbitrariedades, cada estado puede prohibir que salga del país la viuda o la divorciada dentro de un razonable período, para impedir así que pueda sustraerse a las medidas de precaución que ordene la ley local.

256.— Impugnación de la legitimidad por parte del presunto padre.

Todas las medidas que acabamos de estudiar tienen en último término la finalidad de proteger la familia legítima, de favorecer la presunción fundamental de que el marido es el padre de los hijos que nacen de su mujer una vez expirados los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. Pero si bien esta presunción es exacta en cuanto demuestra que el hijo ha podido ser concebido *durante* el matrimonio, en cambio no es irrefutable sobre el punto a saber quién es el padre. Probablemente el padre será el marido: esto es lo normal, pero también cabe la posibilidad de que sea otra persona. La mujer puede haber tenido relaciones carnales con su marido y con otra persona o aún solamente con otra persona.

Es acertado que la ley conceda exclusivamente al marido, mientras viva, el derecho de impugnar la falsa paternidad que se le atribuya. El art. 204 de nuestro Código habla de "no reconocer al hijo como suyo", y con esta expresión se quiere decir más propiamente impugnar su propia paternidad, o la falsa filiación del hijo de la mujer. Más precisamente el art. 206 dice: "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".

Hay que distinguir la impugnación de la paternidad de la impugnación de la legitimidad. Se puede impugnar solamente la legitimidad sin poner en duda la paternidad, por ejemplo, si se trata de demostrar que el matrimonio ha sido nulo. Por el contrario en el caso de la mujer que ha contraído nuevas nupcias podría caber disputa de paternidad sin que pierda en ninguna de las dos soluciones posibles la calidad de hijo legítimo, el que fué engendrado durante el primero o el segundo matrimonio de su madre.

La impugnación de la legilitimidad puede ser: porque no hay matrimonio entre el padre y la madre; porque el hijo ha nacido antes del matrimonio; porque ha nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio; porque no tiene por madre a la mujer; o porque no tiene por padre al marido. La impugnación de la legitimidad cuando se refiere a cualquiera de los cuatro primeros supuestos, puede ser hecha por aquellas personas que tengan interés en ello, pero cuando lo que se disputa es la paternidad del marido (y sólo consecuentemente la legitimidad del hijo), entonces solamente el mismo marido puede ejercitar la acción, tal como lo afirma el art. 206, "mientras viva el marido", y únicamente después del fallecimiento del marido pasa este derecho de impugnar a otras personas interesadas.

El derecho exclusivo del marido se conserva incluso en el caso de divorcio o de separación conyugal judicialmente autorizada, respecto de los hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación. Esto se desprende claramente del art. 209, que atribuye a cualquier persona que tenga interés actual, el derecho de impugnar la legitimación del que nace *después* de 300 días del divorcio o la separación: luego, *dentro* de esos trescientos días, solamente el marido conserva ese derecho y podría ejercer la acción correspondiente. Naturalmente, como afirma el mismo artículo: "si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad".

Punto discutido es el de si puede el marido ejercer su derecho por medio de representante legal. No cabe duda que podría ejercerlo por medio de representante voluntario provisto de poder suficiente, pero, ¿podrá el curador del marido ejercer en nombre de su pupilo la acción de impugnación de la filiación legítima? Nada dice expresamente nuestra ley al respecto, y en un plano de equidad natural me parece que una solución razonable sería la de permitir la acción al curador del marido que sea absolutamente incapaz, y requerir la intervención conjunta del marido y su curador en el caso de que el pupilo sea sólo relativamente incapaz; además, en el caso del marido menor de edad, si no ejerciera la acción durante la minoría, se le debería permitir que la intentara en un plazo breve a partir de sus 21 años.

La estabilidad y seguridad máxima que se quiere dar a la familia legítima ha inducido a que el legislador conceda un plazo muy bre-

ve para que el marido pueda impugnar la paternidad que se le atribuye respecto del nacido dentro del matrimonio. "Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del parto", dice el art. 207. Entendemos que esta impugnación es la que hace el marido en cuanto niega ser él el padre, es decir, más bien, impugnación de la paternidad o de la filiación. Si el marido sostuviera que aquél que se atribuye la calidad de su hijo legítimo no nació durante el matrimonio sino antes o pasados los trescientos días de la disolución, entonces (a pesar de ser impugnación de la legitimidad, y por parte del marido), se seguirían otras reglas que veremos más adelante.

La prueba de cuándo tuvo conocimiento el marido, del parto de la mujer, podría resultar muy difícil, porque en cierto modo requeriría demostrar que el marido *no tuvo* conocimiento antes de un cierto momento; y comprobar un hecho interno (la ignorancia), y negativo, será siempre difícil, y muchas veces imposible. Por esta razón el legislador ha recurrido a señalar dos presunciones legales: si el marido reside en el lugar en que nace el presunto hijo, se presume "que lo supo inmediatamente"; y si al tiempo del nacimiento el marido estaba ausente, "se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer". Ambas presunciones deben entenderse con cierta amplitud: por "lugar del nacimiento del hijo" puede comprenderse la ciudad o pueblo en que nazca, o las inmediaciones del punto rural en que suceda el alumbramiento. Y por "conocimiento inmediato", probablemente se quiere decir: en el mismo día, ya que también el plazo es de días, y no interesarían las horas u otras fracciones de tiempo.

Pero ambas presunciones se destruyen si "ha habido ocultamiento del parto", es decir, si la mujer ha tomado precauciones para que no se sepa que ha dado a luz. En este caso, naturalmente, el marido tendría que probar dicho ocultamiento y cuanto le llegó a él la noticia a pesar del esfuerzo realizado por la mujer para que ignorara. El ocultamiento del parto, una vez demostrado, será una circunstancia que hará sospechosa la conducta de la mujer, y le colocará en una posición desventajosa en caso de que se impugne la legitimidad del hijo.

El ocultamiento del parto, por parte de la madre, es un circunstancia que en todo caso le coloca en una situación peligrosa, facilitando jurídicamente la impugnación de la paternidad por parte del marido. Así se considera esta circunstancia en general en la legislación de muchos países. También en nuestro Derecho, como hemos señalado, el ocultamiento del parto tiene importancia. Pero el hecho fundamental para la impugnación de la partenidad por parte del marido consiste en haber estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el período en que pudo verificarse la concepción.

Si el marido prueba dicha circunstancia, es evidente que él no

puede ser el padre. La ley es suficientemente precisa y bastante exigente al respecto: se trata de probar absoluta imposibilidad física de haber tenido relaciones sexuales con la mujer, y esto durante todo el tiempo en que pudo verificarse la concepción. Por tanto, si el marido no logra probar la imposibilidad física durante todo el período de la concepción, no puede impugnar la filiación del hijo nacido de su mujer.

Aquella imposibilidad puede demostrarse por ejemplo, mediante la prueba de que el marido estuvo ausente respecto de su mujer durante todo el período de la concepción. También vale como prueba, la demostración de que el marido adoleció de una enfermdad u otra causa de impotencia durante todo aquel período. Pero no bastarían otras razones que solo constituyeran una imposibilidad moral y no física de que hubieran tenido relaciones carnales los cónyuges, como sería el caso de haberse producido seria enemistad entre ellos. La ley precisamente exige imposibilidad *física*.

Con todo, aunque el marido no pueda probar la absoluta imposibilidad física de haber tenido relaciones sexuales con su mujer durante todo el período en que pudo verificarse la concepción, cabe también otra forma de impugnar la filiación. Este caso supone la prueba de que la mujer haya cometido adulterio durante el período de la concepción, y que además, "por otros medios", se demuestre que el hijo concebido por la mujer casada no es de su marido.

En este segundo caso, aunque se pruebe el adulterio, no se excluye de por sí la posibilidad de que el hijo sea del marido, ya que también él puede haberlo engendrado. Por esto, el Código exige otras pruebas complementarias, que lleven a la convicción de que la mujer que cometió adulterio, precisamente en el adulterio concibió al hijo, y no por las relaciones lícitas con su marido.

Considero que, probado el adulterio de la mujer, serviría de prueba al marido, una demostración de que estuvo en imposibilidad *moral* de tener relaciones con su mujer. Aquí sí esta imposibilidad que no es física, sino tan solo moral, serviría para impugnar al hijo. Por ejemplo, si el marido demuestra que tuvo conocimiento del adulterio, y como consecuencia de ello, que se separaron los cónyuges.

Varios autores chilenos, como Fueyo y Rossel aceptan que las pruebas contra la paternidad del marido, dado el adulterio de la mujer, pueden consistir en constatar el diferente grupo sanguíneo, la distinta pigmentación de la piel o característica biológicas muy marcada. Estas pruebas usadas con la debida prudencia, pueden ser efectivamente muy útiles. Normalmente todas ellas sirven sobre todo para establecer quien *no puede* ser el padre (principalmente la referente a los grupos sanguíneos), por consiguiente, pueden servir mejor para la impugnación de la paternidad, que para la demostración de quién sea el verdadero padre.

Los artículos 204 a 207 concretan la doctrina que se acaba de exponer, y se transcriben a continuación:

Art. 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 marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 68, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Art. 205: El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí sólo, al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

Art. 206: "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio sino el marido mismo".

Art. 207: "Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionado en el inciso precedente".

257.— Impugnación por otras personas.

Cuando además del marido pueden reclamar contra la legitimidad del hijo otras personas, hay que distinguir claramente dos casos: o esas personas ejercen la misma acción del marido muerto, o bien esas personas ejercen una acción propia de ellas, distinta de la del marido.

En el primer caso, la hipótesis fundamental consiste en que el marido haya muerto. Solamente dado el fallecimiento del marido, otras personas pueden ejercer la misma acción que la ley le reserva exclusivamente durante la vida.

Además se requiere que el marido no haya reconocido ni expresa ni tácitamente al hijo cuya legitimidad tratan otras personas de desconocer. Efectivamente, el art. 208 se refiere a que el marido no haya reconocido al hijo como suyo por testamento u otro instrumento público (reconocimiento expreso), ni tampoco haya iniciado en tiempo hábil la acción de desconocimiento de la paternidad. Si ha transcurrido aquel tiempo sin que el marido ejerza la acción, ésta ha caducado y ya no puede proponerse válidamente ni por él mismo ni tampoco por los continuadores de su derecho. En cuanto al "reconocimiento" por instrumento público, aunque se le califica de "expreso", sin embargo puede en cierto

modo ser tácito, ya que ningún padre legítimo está obligado a "reconocer" a sus hijos legítimos para que estos gocen de tal calidad, sino que la tienen por ley y se presume (art. 204), luego, bien bastaría que el marido se refiera a sus hijos y les atribuya o determine sus derechos (por ejemplo hereditarios), para que ya exista una renuncia a la acción de impugnación de su filiación legítima, y por tanto, para que ya no puedan tampoco otras personas ejercer la acción renunciada por el marido.

Estas "otras personas" que pueden ejercitar la acción propia del marido después de su muerte, son los herederos del marido "y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo cause perjuicio actual". Que los herederos del marido puedan continuar o iniciar la acción que correspondía a su causante es muy lógico En cambio la atribución de la misma acción a "toda persona" que pueda sufrir un menoscabo actual, parece por demás amplia, y que debe necesariamente admitir ciertas restricciones.

En primer término, el perjuicio actual a que se refiere la ley, solamente debe ser un perjuicio económico o moral de gran importancia; debe existir una cierta proporción entre el grave asunto de la impugnación de la legitimidad y el interés del reclamante. Lo más sensato sería precisar que dicho interés consista en el económico relativo a la participación en una herencia, o bien el moral que exclusivamente atañe a los ascendientes (abuelos o bisabuelos) que pasan por tales y que consideran no serlo.

La impugnación de la paternidad —como observa Borda— no puede ser intentada por la madre en ningún caso en que la acción implicaría alegar su propio adulterio. En cambio parece lógico pensar que sí podría impugnar la paternidad del que fue su marido, si el hijo fue concebido antes del matrimonio y nació después de un matrimonio que duró muy poco, y esto, siempre que no hubiera mediado un reconocimiento expreso o tácito del marido. La hipótesis, naturalmente será de muy rara ocurrencia.

En cambio no parece que exista razón plausible para negar al propio hijo el que intente —una vez muerto el marido de su madre— la acción de impugnación de la paternidad; aunque también es verdad que difícilmente puede tener interés positivo en demostrar que el que pasa por ser su padre legítimo no lo fue realmente. Si trata de probar la paternidad de otro hombre, podría hacerlo directamente, dadas las circunstancias en que ello es posible, sin necesidad de demostrar previamente que el que pasa por ser su padre no lo fue.

El caso de la acción propuesta por otras personas, después de la muerte del marido, ejerciendo el mismo derecho que el marido habría podido ejercer, exige lógicamente las mismas pruebas que el marido habría debido presentar: esto es: o bien la demostración de que el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener relaciones carnales con la mujer durante todo el período de la concepción, o bien, que, habiendo cometido adulterio la mujer durante ese tiempo, existen además otras

circunstancias que confirman que el marido no fue el padre. A esta acción se refiere el art. 208:

Art. 208: "Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo, en los mismos términos, los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo causare perjuicio actual.

Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento, o en otro instrumento público".

El siguiente artículo trata de una acción distinta, aunque también de impugnación de la legitimidad. Se impugna la legitimidad directamente, y no la paternidad del marido directamente, como en la anterior:

Art. 209: "A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio".

Habría sido más lógico que en este punto se refiera el legislador genéricamente a todas las acciones de impugnación de la legitimidad de un hijo que pueden ejercer terceras personas interesadas, o a todos los casos en que dicha ilegitimidad puede ser declarada. Sin embargo se refiere únicamente al caso del nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio. Además de esta circunstancia está la muy evidente de no haberse casado nunca los padres, o la de haber nacido el hijo antes del matrimonio. Pero en el art. 209 solamente se ha asimilado el caso de nulidad del matrimonio, al del nacido después de 300 días de disuelto. Falta también coordinar este artículo con la reforma introducido en 1958, por la cual cesa la presunción de paternidad también con la separación conyugal judicialmente autorizada, de modo que el hijo que nace después de trescientos días de inscrita la sentencia, no se considera del marido. Finalmente, si se demostrara la suplantación de la persona del hijo, es decir si se demuestra la falsa maternidad de la mujer, entonces también se puede impugnar por cualquier interesado la correspondiente paternidad del marido De todo esto aparece lo incompleto y defectuoso que es el art. 209.

No está nada claro aquello de que "lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio", palabras con las que termina el art. 209. No está claro porque, no es la separación de los cónyuges, el hecho material, el que da origen a la impugnación de la legitimidad del hijo cuando el matrimonio de los padres es declarado nulo, sino que la no legitimidad del hijo proviene simplemente de la sentencia de nulidad, aunque los padres no se hayan separado de hecho y continuaran viviendo en con-

cubinato. Además, era necesario distinguir el caso del matrimonio nulo del putativo que también es nulo pero produce los efectos del válido respecto de los hijos. Debemos entender, pues, que en todo caso en que termina el matrimonio, si el período íntegro de la concepción cae fuera de él, se puede impugnar la legitimidad del hijo, es decir, siempre que nace después de 300 días de disuelto, sea por muerte, divorcio o nulidad, y además, se asimila a la disolución, para estos efectos, el caso de la separación judicialmente autorizada.

En cuanto al caso de la muerte presunta, tanto para la acción que ejercen terceras personas por sus propios derechos, como cuando ejercitan la acción que en vida solamente correspondía al marido, por el art. 210 parece que la acción puede ser presentada después del primer decreto de posesión concedida a favor de los herederos presuntivos. Pero en algunos casos resulta imposible la aplicación de la ley, por contradictoria. Efectivamente, el matrimonio se disuelve con el decreto de posesión definitiva, y por lo mismo no podría presentarse la acción de impugnación de la paternidad del hijo nacido solamente 300 días después del decreto de posesión provisional ya que entonces perdura aún el matrimonio, y solamente el marido podría impugnar la legitimidad del hijo tenido por su mujer en su ausencia.

El plazo de que disponen estas personas que tienen interés en la impugnación de la legitimidad, es también de 60 días, y no ha querido distinguir el legislador el caso en que se propone la acción que correspondía al marido difuto, de aquel otro en que los terceros tienen un derecho propio de intentarla. Solamente se distingue el momento desde el cual se cuentan los sesenta días dentro de los cuales se puede demandar: cuando es necesaria la muerte del marido, se cuentan los días desde la fecha en que los herederos o interesados tuvieron noticia de ella; y cuando no es preciso que haya fallecido el marido, el plazo corre desde que los interesados tuvieron conocimiento de haber nacido el pretendido hijo legítimo.

Todo lo contrario sucede cuando quien reclama es el pretendido hijo legítimo. Si los herederos u otras personas hubieren entrado en posesión de sus derechos, como si el hijo no fuera legítimo, éste puede en cualquier tiempo reclamar y también en cualquier tiempo pueden los poseedores oponer la excepción de ilegitimidad del hijo. Esta disposición, contenida en el art. 210, es muy razonable: si el hijo ni siquiera figura como legítimo, no ha sido inscrito como tal en el registro de nacimientos, ni ha estado en posesión de dicho estado hay que distinguir dos casos: si nació después de los 300 días de disuelto el matrimonio de su madre, evidentemente no es legítimo y cualquiera puede en todo momento oponerse a que pretenda reclamar derechos de hijo legítimo ya poseídos y disfrutados por otras personas; y si nació en tiempo que permite suponer su legitimidad, en cualquier momento el mismo hijo puede solicitar que se reconozca la existencia de la presunción legal a su favor,

pero no se puede negar a terceros interesados el derecho de oponerse y defender lo que están poseyendo.

El favor del derecho en pro de la legitimidad se manifiesta una vez más en el art. 213 que ordena que se tenga por legítimo al hijo durante el juicio en que se discuta sobre la legitimidad. Si se declara la ilegitimidad, la madre queda obligada a restituir los perjuicios que haya causado la pretendida legitimidad. En esta forma nuestra ley sanciona civilmente el adulterio, pero lo hace en forma indiscriminada y a veces injusta. Efectivamente, la madre no puede impugnar la legitimidad del hijo concebido en adulterio, y si ella ha sido víctima de una violación sea que tenga duda o certeza de que el hijo que ha concebido no es del marido, no puede atacar la legitimidad de su hijo; luego no es justo que en toda circunstancia en que se declare que el hijo no es del marido, ella deba indemnizar a quienes hubieren resultado perjuidicados con la supuesta legitimidad; este efecto solamente sería justo cuando la madre fuera culpable o hubiera consentido en el adulterio, o bien si ella pudiera evitar el perjuicio de terceros impugnando la legitimidad del hijo, pero esto no le concede la Ley.

258.— Impugnación de la maternidad.

Hemos considerado hasta aquí la impugnación de la legitimidad que se funda en la falsa paternidad; como este elemento es más incierto y sólo se demuestra indirectamente, es también el que más frecuentemente da lugar a conflictos; pero cabe también la impugnación de la legitimidad basándose en que una persona no sea la madre de un individuo. Nuestro Código trata del problema de la impugnación o disputa de la maternidad en el Título XVI del libro I, o sea después de haber regulado todo lo referente a la filiación legítima e ilegítima y aún después del título sobre la adopción. Evidentemente habría sido mejor situar esta materia a continuación del Título XII en el que se habla de la impugnación de la paternidad. Sin embargo hay un motivo que, por lo menos parcialmente explica este desplazamiento inadecuado de la materia: que el Título de la maternidad disputada considera todo caso de discusión sobre la maternidad y no solamente en función de la legitimidad del hijo.

Cabe, pues, como queda dicho, discutir que una persona tenga por madre a otra, independientemente de la condición legal o ilegal de la filiación. Ahora bien, es evidente que si se demuestra que quien pasaba por madre legítima de un individuo, no lo es, también esta demostración destruye la presunción de que el marido de la supuesta madre sea el padre legítimo de esa persona. La discusión de la maternidad lleva envuelta la cuestión de la paternidad y de la legitimidad del hijo.

El juicio de maternidad disputada puede asumir dos formas radicalmente opuestas: o bien se trata de probar que una persona no es la madre, o por el contrario, alguien pretende demostrar que es la ver-

dadera madre. Pero en uno y otro caso, se procura destruir una creencia, y un estado de cosas que se tienen por falsos.

El supuesto fundamental consiste, por lo mismo, en que un individuo sea tenido por verdadero hijo de una mujer. Esta situación a su vez, deriva de la atribución a dicha mujer de un parto, y de la identificación de la criatura dada a luz por tal madre, con quien actualmente pasa por ser su hijo. Si son dos, los elementos que componen la relación de maternidad-filiación, la impugnación de la misma puede atacar a cualquiera de dichos elementos: se puede demostrar que la mujer no ha dado a luz en las circunstancias que se supone, o que el fruto de ese nacimiento no es la persona que actualmente se dice hijo de tal mujer.

Inmediatamente se apreciará que los elementos de la impugnación de la maternidad son hechos físicos fácilmente comprobables y que admiten pruebas directas, como la de testigos y la documental.

Consideremos primeramente qué personas pueden ejercer esta acción. La ley la concede: 1. Al marido de la supuesta madre; 2. A la misma madre supuesta; 3. A los verdaderos padre y madre del hijo; 4. A cualquier persona interesada en la sucesión de los supuestos padre y madre.

Pero hay una diferencia notable entre las acciones que puedan proponer los padres supuestos, y la intentada por los que pretenden ser verdaderos padres y la propuesta por otras personas. Cuando se cree que la atribución de un hijo a una mujer es falsa, entonces esta impugnación se dirige a desconocer la legitimidad del hijo. No cabe, pues, que la que pasa por madre ilegítima impugne la filiación; y esto es evidente, ya que el vínculo ilegítimo se establece o por el reconocimiento voluntario o por declaración judicial, y no cabe impugnar ninguno de los dos. Por el contrario, si quienes reclaman son los que se creen verdaderos padres, solamente pueden intentar la acción para conferir al hijo los derechos de familia en la familia suya.

En este segundo caso, el Código se refiere al "verdadero padre y madre legítimos del hijo". Pero debemos entender que tanto el uno como el otro pueden intentar esta acción aunque el otro no exista o no pueda llevarla a cabo.

Habría sido preferible que no se indicara que solamente los padres legítimos pueden intentar esta reclamación. Es lógico que si el hijo pasa por ser legítimo de una determinada madre, solamente puedan reclamar los que se creen verdaderos padre o madre legítimos. Pero si se supone a un individuo hijo ilegítimo de una mujer, no se ve por qué razón no puede reclamar la que se cree verdadera madre de dicho ilegítimo aunque ella tampoco pretenda ser madre legítima sino solamente ilegítima. En este caso, no se atenta contra la condición legal del hijo. Y parece que la suplantación del parto o de la identidad del hijo será más fácilmente realizable precisamente cuando se trate de filiación ilegítima, por las circunstancias que normalmente rodean a ésta.

Como observa Borda sería inconcebible que se admitiera la re-

clamación de la madre que alegara suplantación del parto, porque no cabe este hecho sin su propia complicidad, y nadie puede beneficiarse del propio dolo. La que ha pasado por ser madre, no podría, pues, de hecho reclamar sino por suplantación de la identidad del que se tiene por ser hijo suyo.

En cuanto a la acción propuesta por otras personas, éstas a su vez solamente pueden presentar reclamación para que no se les perjudique en sus derechos hereditarios respecto de los supuestos padre o madre. De aquí se podría deducir que si el supuesto hijo renuncia a tales derechos hereditarios, no se le podría disputar por terceros su condición de hijo. La impugnación de la maternidad puede dirigirse contra una persona que está en posesión de la condición de hijo y que además esté inscrito como tal, o contra quien solamente cumpla uno de estos dos requisitos. Como nuestro sistema de pruebas del estado civil es principalmente documental, mayor dificultad habrá en destruir la presunta maternidad que tenga en su haber una inscripción en el registro civil; en cambio, si alguien ha sido tenido simplemente por hijo, sin dicha inscripción, la misma falta de registro será ya un principio de prueba contra la falsa maternidad.

Los impugnadores deben probar o que la mujer no ha dado a luz en las circunstancias que se supone, o que el hijo no es el mismo. Por ejemplo si la mujer no ha dado a luz nunca o cuando tuvo un hijo consta que nació muerto, o fue en una fecha distinta de la correspondiente a la edad que tiene el que actualmente pasa por ser su hijo, entonces se está impugnando directamente el hecho del parto. En cambio, puede también combatirse la maternidad aseverando que la persona que actualmente pasa por ser hijo ha suplantado la identidad del verdadero, prueba esta en la que caben los testimonios, los documentos y el peritaje como pruebas; singular valor tienen a este respecto las huellas o marcas digitales.

En cuanto al plazo para intentar estas acciones, es también distinto el que se concede a los verdaderos y supuestos padres, y el que se señala a favor de terceras personas. Los que pasan por ser padres o los que pretenden serlo, solamente pueden reclamar dentro de los diez años siguientes a la fecha del parto. Aunque se concede todavía un nuevo plazo de dos años más, si es que en cualquier tiempo, aparece algún hecho desconocido e incompatible con la supuesta maternidad. Por ejemplo, si después de más de diez años del nacimiento del hijo se revela que la supuesta madre es virgen, o que el único hijo que dio a luz nació muerto, etc., entonces se podrá reclamar durante dos años contra esta falsa maternidad. Naturalmente, en ningún caso puede reclamar quien ocultó dichos hechos arbitrariamente, para luego pretender beneficiarse de su revelación.

Las terceras personas que reclaman derechos en la herencia de los supuestos padres tienen un plazo mucho más breve: solamente sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la muerte de

los supuestos progenitores, y en ningún caso después de dos años de la fecha del fallecimiento, ya que se supone que no pueden haber ignorado durante un tiempo más largo la muerte de personas a quienes pretenden heredar.

529.— Impugnación del carácter matrimonial de la paternidad.

Sobre la base de la existencia de un matrimonio, el derecho construye la presunción de la paternidad y la legitimidad de los hijos, de modo que normalmente se ataca dicha calidad legal mediante la demostración de que el presunto padre realmente no lo es, o que la presunta madre no dió a luz tal hijo. Pero también puede impugnarse la legitimidad de un hijo demostrando que sus padres no estuvieron casados con matrimonio válido, en la época en que se verificó la concepción. Aquí no se discute, pues, quienes han sido los progenitores, sino que, precisamente fundándose en que los padres son aquellas dos personas que pasan por serlo, se pretende demostrar que no tienen el carácter de legítimos.

El matrimonio válido es la base de la legitimidad, y si esta falta no cabe legitimidad, sino en el caso excepcional del matrimonio putativo.

Supuesta la sentencia de nulidad del matrimonio, considero que cualquier persona que tenga interés en ello podría pedir que se declare que no es legítimo el hijo concebido durante el matrimonio nulo que no sea putativo. En cambio, ya sabemos que no cualquier persona puede pedir la declaración misma de la nulidad del matrimonio sino que esta acción se reserva en algunos casos sólo a los cónyuges, y en otros además de ellos a sus padres o ascendientes y al ministerio público.

Otro caso distinto sería el de quien pase por ser hijo legítimo de dos personas que realmente son sus padres, pero que los progenitores no hayan estado casados. Es distinta la nulidad del matrimonio —que debe declararse en sentencia judicial—, de la inexistencia de matrimonio, que no requiere sentencia especial. En este caso, más bien se trataría de una rectificación de partida, pues, si el hijo está inscrito como legítimo, la partida es falsa y debe corregirse. También creo que cualquier persona interesada podría solicitarlo. Si el hijo no está inscrito como legítimo y pretende serlo, entonces sería él quien tendría que demostrar esa calidad, lo cual evidentemente no logrará probar si sus padres no estuvieron casados; y cualquier interesado podría oponerse a esta reclamación infundada.

Como la ley no habla de acción especial en estos casos, tampoco señala plazo dentro del cual puedan hacerse valer tales derechos. A falta de regla especial debemos entender que mientras no corra el tiempo ordinario de la prescripción, podrían intentarse estas acciones.

260.— Reclamación por parte del hijo, respecto de su condición de legítimo.

Hasta aquí hemos considerado los casos en que estando un hijo en posesión del estado de legítimo, o teniendo a su favor la presunción de legitimidad, otras personas se oponen a ella, impugnan la legitimidad. Pero también puede darse el caso inverso: que un individuo no esté actualmente en posesión del estado de hijo legítimo y pretenda que lo es.

Si el hijo no está inscrito como legítimo, puede plantear su reclamación precisamente para hacerse registrar como hijo legítimo. Puede también suceder, el caso más raro, de que alguien incluso esté inscrito como legítimo pero no sea tenido por tal y se le nieguen los derechos y el tratamiento correspondientes, entonces simplemente tratará de hacer respetar su derecho el cual está ya suficientemente probado por la correspondiente partida.

El que no está inscrito como legítimo tendría que probar quienes son sus padres, cuándo nació, y por consiguiente cuándo fué concebido, y que durante el período de la concepción sus padres estuvieron casados con matrimonio válido o por lo menos putativo.

La acción para reclamar el estado civil de hijo legítimo puede proponerse tanto por el propio hijo como por parte de sus herederos, como se deduce del inciso segundo del art. 210.

Del mismo inciso segundo del artículo 210 se deriva la conclusión de que esta acción puede ser propuesta en cualquier tiempo, ya que en cualquier tiempo en que se presente, las terceras personas que hayan entrado en posesión de los derechos que corresponderían al pretendido hijo legítimo, pueden oponerse a su demanda. Habría sido deseable que el Código haga una referencia directa, y no tan sólo indirecta, a esta importante acción, aunque comprendemos que será de muy rara ocurrencia. La referencia mencionada, del inciso segundo del art. 210 dice así: "Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo en que él o sus herederos les disputaren sus derechos". Resulta evidente que si pueden otras personas proponer la excepción de ilegitimidad, es porque el propio hijo o sus herederos pueden presentar la acción tendiente a ser declarados legítimos.

CAPITULO XIX

LA LEGITIMACION

261.— Concepto y origen histórico de la legitimación.

Siendo el matrimonio el fundamento de la legitimidad el concebido fuera de matrimonio no goza de tal condición. Pero si los pa-

dres que han engendrado un hijo fuera de matrimonio llegan después a casarse, el derecho permite que, dadas ciertas condiciones, los hijos concebidos antes del matrimonio se equiparen a los legítimos.

Trata la ley de estimular con esta institución la regularización de las situaciones o vínculos extramatrimoniales que hubieren dado lugar a la procreación de uno o más hijos, porque la base fundamental de toda legitimación es —por regla general— el matrimonio de los padres.

También posee un hondo sentido humanitario y de beneficio en favor de los hijos, puesto que aquellos que han sido concebidos fuera de matrimonio pueden, mediante la legitimación llegar a ser en todo semejantes a los legítimos. Los padres que no tengan impedimento y que sientan la responsabilidad de dar un hogar y una situación conveniente a sus hijos pueden proceder a celebrar el matrimonio, mediante el cual, cumplidos sencillos requisitos legales, legitiman a los hijos concebidos fuera de matrimonio.

En nuestra legislación y en la mayor parte del mundo, la legitimación se opera solamente por subsiguiente matrimonio de los padres. Pero esta regla ha sufrido algunas excepciones en otros Estados en los últimos tiempos. En algunas partes se admite, como en el antiguo Derecho Romano la legitimación por decreto de la autoridad soberana (per rescriptum principis) o por resolución judicial, en ciertos supuestos legales.

Existió la legitimación en nuestro Código Civil desde su primera edición, pero fué considerablemente ampliada por la Ley de 15 de mayo de 1869, debida a la iniciativa del Presidente García Moreno, que introdujo la forma ipso iure de legitimación. Otras reformas legales posteriores han insistido sobre la total equiparación entre los legítimos y los legitimados, a pesar de que rigió desde un principio.

262.— *Clases de legitimación.*

Nuestro Código admite dos clases de legitimación: una ipso iure, o sea automática, por el mismo derecho, y otra que supone un acto de aceptación expresa o tácita del legitimado.

La forma ipso iure se produce a su vez en dos circunstancias diversas: a) cuando un hijo concebido fuera de matrimonio nace dentro del matrimonio de los padres; b) cuando los que han engendrado fuera de matrimonio han reconocido al hijo como ilegítimo, o ha sido éste declarado judicialmente ilegítimo de tales padre y madre, quienes posteriormente contraen matrimonio entre sí.

En el primer caso de legitimación automática (a), se supone, naturalmente que el nacimiento se produce antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, pues si se produjere después de los 180 días, el hijo se presume legítimo.

La segunda forma de legitimación ipso iure depende de nues-

tro sistema de filiación ilegítima. En el Ecuador no es hijo ilegítimo todo aquel que no tenga la calidad de legítimo, sino que, por el contrario, se "adquiere la calidad legal de hijo ilegítimo" sea mediante el reconocimiento expreso de uno o ambos padres, o por sentencia judicial que lo declare hijo ilegítimo de tal padre o madre.

Se puede, pues, tener la calidad de hijo ilegítimo o bien respecto de uno o de ambos padres. Solamente el que haya adquirido la condición de hijo ilegítimo de padre y madre, resulta legitimado cuando ambos progenitores contraen entre sí matriminio válido. No se requiere otro requisito que el martimonio de los dos padres de un hiio ilegítimo, para que éste sea legitimado .Pero para que hava adquirido la calidad de ilegítimo se requirió su aceptación de esa calidad, si el reconocimiento fué voluntario, o que él haya expresado su voluntad de ser reconocido como ilegítimo si él mismo demandó el reconocimiento. Esta es la razón formal por la cual en estos casos no se exige otra notificación y aceptación por parte del hijo respecto de su nueva condición.

Podría plantearse la duda respecto del caso del hijo que precisamente es reconocido en el acta de matrimonio. ¿Tendremos aquí un caso de legitimación ipso iure, o no?— Considero que no se trata de legitimación automática, ya que la ley habla claramente de "hijos ilegítimos comunes", y el que recién es reconocido en el acta de matrimonio de sus padres no tiene todavía la condición de hijo ilegítimo común, aunque antes haya sido ya reconocido por uno de los padres. En todo caso, habrá que notificar el hijo el acto del reconocimiento y solamente cuando éste lo acepte, entonces aquel acto de reconocimiento producirá el doble efecto de incorporación a la filiación al que antes no tenía padre o madre o padres conocidos, y al mismo tiempo el de elevarlo a la condición de legitimado, en virtud del matrimonio cantraído por sus padres.

La legitimación no automática es la que se produce después del matrimonio de los padres, Supone esta hipótesis que quienes han engendrada un hiio se han casado antes de reconocerlo, y que lo reconocen tiempo después. Naturalmente, se excluye también la circunstancias de que nazca el hijo dentro del matrimonio: el hijo ha nacido antes del martimonio de los padres, y estos se han casado, y después quieren legitimar al hijo que no han reconocido aún, En este caso, el acto de legitimación es un reconocimiento que debe notificarse al hiio, y este puede aceptar o repudiar libremente la nueva condición legal que se le quiere conferir. Este tipo de legitimación aproxima dicha figura jurídica a un contrato, no a un contrato ordinario pero sí a un contrato de familia, como lo es la adopción. Efectivamente, la voluntad del hiio juega un papel decisivo: da perfección jurídica a la voluntad de los padres, o deja esa voluntad carente de todo efecto: porque el hijo puede libremente aceptar o repudiar la legitimación.

Aun que el Código no hace referencia, parece evidene que también se produce esta forma de legitimación, cuando el hijo demanda a sus

padres que han contraído matrimonio y obtiene la declaración judicial de su condición de hijo ilegítimo de ambos, llegando por el heho del martrimonio de sus padres a ser también hijo legitimado, equiparado a los legítimos. El caso, probablemente será raro, y por eso no se ha referido expresamente el legislador, pero evidente que si el reconocimiento voluntario y el judicial producen los mismos efectos respecto a la calidad de hijo ilegítimo, también sirvan uno y otro por igual para producir la condición de hijo legitimado.

263.— Personas que pueden ser legitimadas.

En principio, podemos decir que puede ser legitimado, en nuestro derecho, todo el que es hijo ilegítimo o tiene capacidad para llegar a serlo. No se pasa directamente a ser legitimado sino en el caso del que nace dentro de matrimonio (antes de los 180 días de contraído). En este caso, se nace legitimado: coincide el comienzo de la existencia con la calidad legal, de tal modo que no sobreviene ésta, sino que se tiene desde el principio de la personalidad, aunque no desde el momento de la concepción, ni desde momento anterior al martimonio de los padres. En todos los demás casos, llega a ser hijo legitimado el que ha sido hijo ilegítimo.

El primitivo Código Civil distinguía dentro de los hijos ilegítimos los llamados "de dañado ayuntamiento": incestuosos, sacrílegos y adulterinos. Generalmente las legislaciones han prohíbido la legitimación de todos ellos, por considerarla inmoral y estimulante de los más graves desórdenes contra la recta constitución de la familia. Desde que en 1935 se suprimió la clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento, todos pueden teóricamente ser legitimados por igual. Digo que "teóricamente" porque si bien, todos pueden adquirir el carácter de ilegítimos, en cambio de hecho los concebidos en adulterio de los padres, no pueden ser legitimados (si el adulterio se ha declarado judicialmente), porque los padres no pueden casarse entre sí, por lo que dispone el Art. 109 del Código Civil, y el matrimonio es condición indispensable para la legitimación.

264.— Quienes pueden legitimar.

Unicamente ambos padres pueden legitimar en nuestro derecho. Necesariamente deben proceder de modo conjunto en el caso de legitimación ipso iure, mediante el matrimonio. Si se trata de la legitimación que no se produce automáticamente, cabe que uno de los padres haya reconocido al hijo como ilegítimo y el otro no, entonces al producirse el segundo reconocimiento, ya dentro del matrimonio con el otro progenitor, entonces se efectuaría también la legitimación, supuesta la notificación al hijo y su aceptación. Pero en todo caso, como se acaba de exponer, ambos padres deben actuar.

Si el padre que reconoció al hijo, después de haberse casado con el otro padre muriere, y después de este fallecimiento el cónyuge sobreviviente reconociere a su vez al hijo, considero que también habría legitimación no automática, porque en realidad se han cumplido todos los requisitos, y la ley no exige experesamente ni lo simultaneidad de los elementos, ni prohibe el reconocimiento después de muerto el otro padre.

En cambio, nuestra ley no permite en ningún caso, que muerto el padre que no había reconocido al hijo, se le declare tal padre, ni judicialmente, ni por el expreso reconocimiento de otras personas, por ejemplo, de los abuelos, o de los herederos del fallecido..

265.— Clase de matrimonio apto para legitimar.

Solamente el matrimonio válido es suficiente para producir el efecto de la legitimación de los hijos, sea de los nacidos en él, o de los reconocidos posteriormente por ambos cónyuges como hijos suyos concebidos antes del mismo matrimonio.

El Art. 225 dice expresamente que "El matrimonio putativo no basta para legitimar a los hijos que hubieren sido concebidos antes".

El matrimonio putativo, aunque nulo, sí sirve para producir la legitimidad, pero no la legitimación. Es legítimo el concebido dentro de matrimonio putativo mientras dura la buena fe y justa causa de error de por lo menos uno de los padres, pero no adquiere la calidad de legítimo el que fué concebido fuera de matrimonio y cuyos padres celebraron matrimonio que no es válido sino simplemente putativo.

La solución de nuestro Código no parece muy acertada. Si el matrimonio putativo surte los efectos del válido, también debería producirse este efecto del connubio válido que es la legitimación. No se alcanza a ver la razón para poner en una condición de inferioridad al hijo concebido antes de este matrimonio. Sobre todo, en el caso de que ambos cónyuges probaren su buena fe y justa causa de error, no habría razón alguna para negar a los hijos la legitimación. Quizá el legislador quiso evitar que alguien de mala fe contrajera un matrimonio que en virtud de la buena fe del otro contrayente legitimara a los hijos ya enjendrados; pero esta intención moralizadora de rara aplicación y discutible eficacia no parece suficiente para justificar la disposición de nuestra ley.

266.— Instrumento de la legitimación y de su aceptación o repudiación.

En los casos de legitimación **ipso iure** basta el nacimiento del hijo dentro del matrimonio o que los padres que previamente han reconocido al hijo se casen, y por estos solos hechos el hijo adquiere la calidad de legitimado. Pero en los demás casos, es imprescindible el

otorgamiento de un instrumento público en el que se haga constar la voluntad de legitimar a los hijos, precisando a quienes se confiere este beneficio. Este instrumento debe, además notificarse al legitimado, quien puede aceptar o repudiar libremente la ligitimación.

El instrumento de legitimación puede otorgarse " en cualquier tiempo desde la celebración del matrimonio" (Art. 228). Puede hacerse constar en la misma acta de matrimonio, como expresamente lo dice el Art. 34 de la Ley Codificada de Registro Civil, Identificación y Cedulación, o bien puede realizarse por otro instrumento público como la escritura pública, o una declaración ante el Juez y testigos. Urrutia opina que, aunque el testamento es instrumento público, no cabe legitimación mediante este instrumento, por ser acto esencialmente unilateral mientras que la legitimación implica la voluntad de ambos cónyugues, además de que el testamento admite revocación y la legitimación no la admite; pero si se tiene en cuenta que nuestro Código permite el reconocimiento de hijos ilegítimos mediante testamento y que bien es posible que la legitimación se opere por la voluntad de uno de los cónyuges, cuando el otro ya anteriormente ha manifestado su voluntad, entonces parece que también se debe admitir la legitimación mediante testamento, la cual, desde luego, solamente podría producirse cuando el testamento adquiera su plena validez y estabilidad, esto es, al morir el testador.

Nuestro sistema permite conceder la calidad de hiio ligitimado en cualquier tiempo, y aún después de que haya muerte el beneficiado, en cuyo caso la legitimación surte sus efectos respecto de los descendientes legítimos del fallecido. Los países que han señalado plazos se han visto forzados a suavizar el rigorismo legal.

Conferido el instrumento de legitimación debe notificarse al hijo. Si éste es mayor de edad y capaz, es a él directamente a quien se debe notificar, y si no lo es, a su representante legal: marido, tutor o curador. Si el hijo ha muerto, se notifica a sus descendientes legítimos.

Opino que la ley debería ordenar que en el caso de muerte del legitimado, se notifique no sólo a sus descendientes legítimos, sino también a los ascendientes y hermanos, y en general a quienes puedan heredarle, para que ellos puedan aceptar o repudiar dicha legitimación que puede afectar a sus derechos hereditarios.

Parece muy prudente la disposición de que el hijo pueda no aceptar la legitimación, precisamente para evitar el que personas desaprensivas puedan incorporar a su familia en calidad de hijos a quienes no lo son, y tal vez con el sólo objetivo de heredarles o de obtener alguna otra ventaja económica. En cambio, adolece de un excesivo sentido individualista el que el hijo pueda arbitrariamente, por su sóla voluntad, y sin necesidad de expresar causa alguna, repudiar la legitimación, aunque conste que realmente quienes le legitiman son sus padres. Si los progenitores no han cumplido oportunamente sus obligaciones,

si tuvieron abandonado al hijo y solamente se acuerdan de legitimarle cuando tal vez pueden beneficiarse de tal acto, bien podría la ley permitir que se restrinjan los derechos de tales padres, pero resulta excesivo que el hijo pueda repudiar sin más la legitimación, es decir, pueda desconocer él a sus padres.

En Chile la ley 10271 suprimió en 1952 el requisito de la modificación y de la aceptación. Quizá en el Ecuador podríamos optar por una solución intermedia: que la notificación deba realizarse para que el hijo pueda oponerse a la legitimación expresando causas, y que el juez pueda con amplio criterio judicial establecer si la legitimación es válida y qué efectos de derechos y obligaciones recíprocos crea.

La aceptación, o repudio en nuestro derecho debe realizarse dentro del plazo de noventa días a partir de la notificación de la legitimación. Cuando se trata de personas que no son capaces, el representante legal acepta o rechaza la legitimación con autorización judicial previo conocimiento de causa.

Si no hay ni aceptación ni rechazo dentro de los noventa días, se presume que se ha aceptado. Pero, como observa Somarriva, esta regla no es aplicable al caso de los incapaces. Efectivamente, si se aplicara también a los que no pueden aceptar o rechazar por sí mismos, quedaría totalmente al arbitrio de su representantes legal la cuestión, pues bastaría con que dejaran pasar 90 días para que se produjera la aceptación tácita, desvirtuándose así la disposición de que deben recurrir a la justicia para obtener el correspondiente permiso para aceptar o repudiar la legitimación.

Al Art, 44 de la Ley Codificada de Registro Civil ordena que se inscriba el repudio, dentro de los diez días. Pero si no se hace dentro de dicho plazo, solamente se sanciona el incumplimiento con multa, y el repudio será válido de todas formas.

Discrepo de la opinión de Somarriva que sostiene que la legitimación está ya perfeccionada al otorgarse el instrumento público, aunque no se haya notificado y aceptado por el hijo, por cuanto estos otros requisitos no tendrían otra significación que la de evitar fraudes, y su omisión solamente da derecho al propio hijo, de impugnar la legitimación. Por mi parte considero que nuestro sistema legal no permite aquella interpretación. Por el contrario, exigiendo la ley, todas estas solemnidades, solamente cuando se ha cumplido la última de ellas, puede decirse que se ha perfeccionado la legitimación. Cosa distinta será que los efectos puedan retrotraerse a un momento anterior, que además no tiene necesariamente que coincidir con el tiempo del otorgamiento del instrumento público de legitimación.

267.— Inscripción de la Legitimación.

Si el hijo nace dentro del matrimonio (antes de 180 días de

celebrado), se inscribe simplemente el nacimiento del hijo, y figura como legítimo desde el primer momento, por este sólo hecho.

Si los padres que previamente han reconocido como ilegítimo a un hijo o han sido declarados judicialmente padres ilegítimos, celebran matrimonio entre sí, también basta la simple inscripción de la partida de matrimonio, y ésta es la prueba de la legitimación.

Cuando los padres reconocen al hijo ilegítimo común en la partida de matrimonio, probablemente se requiere otra inscripción posterior, puesto que se necesita notificar al hijo el reconocimiento y que él lo acepte, pudiendo también rechazarlo.

En los demás casos de legitimación, no automática, lógicamente se exige la inscripción del instrumento mismo de legitimación, y deberá constar también la aceptación por parte del hijo, previa la notificación respectiva.

La inscripción es imprescindible, de todos modos, porque el estado civil de hijos legitimados no se prueba simplemente por posesión notoria; aunque esto deberá reformarse para coordinar el Código con la nueva Constitución.

Inscrita la legitimación, este nuevo estado civil de un individuo resulta asequible a cualquier persona, y las que pueden impugnar la legitimación, podrán ejercer sus derechos.

268.— Efectos de la legitimación.

Varios artículos del Código Civil indican que los hijos legítimados son iguales a los legítimos. El Art. 25 dice que la legitimación "surte los mismos efectos civiles que la legitimidad". El Art. 29, define como legítimos a los legitimados; el Art. 224 dice: "son también legítimos... los legitimados". Los Arts. 234 y 235 excluyen más radicalmente toda diferencia entre los unos y los otros: "la designación de hijos legítimos, aún con la calificación de "nacidos de legítimo matrimonio", se entenderá comprender a los legítimos..."; "los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio"... Indudablemente, no hay otro paso de redundancia igual a este, en el Código Civil.

Sin embargo, hay alguna diferencia legal entre los legitimados y los legítimos.

En primer lugar, como es evidente, difieren los hijos legítimos de los legitimados en cuanto a su origen. Pero lo que importa más al derecho son los efectos, los derechos de unos y otros. Y la diferencia de origen, hace que los derechos no se concedan desde el mismo momento.

Los legítimos tiene sus derechos de tales desde el principio de su existencia legal, y aún antes de este principio ya se les reserva los derechos que eventualmente les corresponderá si nacen vivos y sobreviven las 24 horas a la completa separación de la madre. En cambio

los derechos que se confieren a los legitimados en ningún caso se retrotraen a una fecha anterior al matrimonio de sus padres, de tal modo que en el caso del legitimado ipso iure porque nace dentro del matrimonio se aproxima máximamente al legítimo, pero ni aún entonces coincide con él, ya que los derechos conferidos durante la gestación y que se debieron reservar, solamente le corresponde a partir de la fecha del matrimonio al legitimado, mientras que al legítimo se le pueden atribuir esos derechos desde el momento en que pudo estar ya concebido. Esto tiene enorme importancia en materia hereditaria, ya que no puede heredar sino el que existe al momento de deferirse la herencia, y el legitimado, aunque ya esté concebido, no se considera existente como tal hijo, sino desde el momento del matrimonio de sus padres. En los otros casos de legitimación aparece todavía con mayor claridad la diferencia: si un hijo fué concebido fuera de matrimonio, luego reconocido como ilegítimo, y después de algunos años contraen matrimonio sus padres entre sí, sólo a partir de esta fecha adquiere el hijo los derechos de los hijos legítimos, se equipara a ellos, pero únicamente a partir de la fecha del matrimonio de los padres.

La legitimación, como todos los estados civiles, surte efectos frente a todos. Del mismo modo que los fallos de estado civil tienen carácter de obligatoriedad general, también la adquisición de esta condición de hijo legitimado produce efectos respecto de la generalidad de las personas.

Particularmente afecta la legitimación a los descendientes legítimos del legitimado, los cuales adquieren la condición de descendientes legítimos de sus abuelos, bisabuelos, etc. No sucede lo propio con los descendientes ilegítimos del legitimado, ya que ellos continúan siendo descendientes ilegítimos de sus abuelos, etc., aunque su padre sea legitimado, y prácticamente no tienen ninguna relación jurídica con tales antepasados ilegítimos.

269.— Impugnación de la legitimación.

Conviene distinguir nítidamente el concepto de repudiación del de impugnación, aunque nuestro Código no emplea siempre con propiedad estos dos términos. La repudiación consiste en la no aceptación voluntaria, el rechazo de la legitimación que libremente puede hacer el hijo cuando no se trata de legitimación ipso iure. Solamente el hijo puede repudiar la legitimación si él vive, sea por sí mismo si es capaz, o por medio de su representante legal con autorización judicial si es incapaz. Una vez muerto el hijo, también sus descendientes legítimos pueden aceptar o repudiar libremente la legitimación. Y aún pueden aceptar unos y repudiar otros, produciéndose entonces los efectos de la legitimación solamente respecto de los aceptantes. En cambio se impugna la legitimación que es considerada ilegal, nula o anulable. Pueden impugnar la legitimación, el propio hijo, sus descendientes, a

otras personas, entre las que ocupa un lugar destacado el presunto padre del legitimado.

En el primer caso de legitimación ipso iure, esto es, cuando el hijo concebido fuera de matrimonio nace dentro del matrimonio (antes de los 180 días de celebrado), la impugnación de la legitimación se equipara a la impugnación de la legitimidad: puede ser hecha por las mismas personas, en los mismos plazos y condiciones. Por tanto, mientras vive, solamente el marido puede impugnar la calidad de que pasa por su hijo.

Indudablemente, el Código podía ser más preciso, porque no es lo mismo ignorar que la mujer está encinta, a no manifestar que se reconoce al hijo. Lo lógico sería que estas dos condiciones diversas se enumeraran distintamente como requisitos indispensables para que el marido pudiera impugnar la legitimación y la misma filiación del hijo de su mujer, agregando a esas condiciones otros hechos o pruebas de que él no es el padre. En cambio, el Art. 226 menciona ambas cosas casi como equivalentes. Pero dejando aparte esta impresión terminológica, no parece que nuestro sistema merezca la dura crítica que ha formulado Borja. Efectivamente, el principio del favor jurídico respecto de la legitimidad, se cumple una vez más en este artículo, sin llegar al extremo de no permitir al marido la impugnación. Si en algunos casos puede resultar una carga un tanto grave la de probar que el hijo no es propio, más duro sería imponer a la mujer casada la obligación (como pretende Borja) de probar que el hijo nacido dentro del matrimonio pertenece al marido aunque fué concebido antes del matrimonio. Esta prueba sí, me atrevería a decir que a veces sería imposible, y en todo caso, humillante, difícil y contraria a nuestro sistema.

La impugnación de la legitimación en el caso que acabamos de analizar, solamente puede ser presentada dentro de los sesenta días del nacimiento del hijo, si el marido estuvo presente, y si ausente, dentro de sesenta días a partir de su regreso. Si la acción la inician, muerto el marido, otras personas, que le suceden en su derecho, entonces los sesenta días se cuentan a partir de la fecha en que tuvieron conocimiento del fallecimiento, y desde luego, no pueden demandar sino en el caso de que el marido no haya reconocido expresamente al hijo, y no dejado pasar el marido los sesenta días sin demandar él mismo.

En los otros casos de legitimación, pueden intentar la acción de impugnar todos los que prueben interés actual en ellos y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes. También a este propósito observa Borja, que debía enumerarse entre las personas que pueden impugnar, a los hermanos. Pero considero acertada a nuestra ley en cuanto no hace mención directa de los hermanos, ya que ellos la mayor parte de las veces tendrán interés actual en dicha impugnación -por ejemplo para lograr una mayor parte de herencia de los padres o ascendientes-, y si no tienen ese interés actual, tampoco parece necesario concederles tal acción.

Llama mucho la atención que se confieran dos plazos distintos, según las personas, para que se pueda iniciar dentro de ellos la acción de impugnación. El Art. 237 indica que los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes pueden iniciar su acción dentro de sesenta días desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; mientras que las demás personas, que tengan un interés actual, pueden hacerlo "dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho". No se alcanza a ver con claridad la razón de esta distinción: ¿Por qué los ascendientes legítimos de los legitimantes cuentan con un plazo mucho más breve que otras personas que tal vez pueden ser hasta extraños a la familia? ¿Es que se ha querido proteger en mayor medida el interés actual (tomado en sentido económico), que las razones puramente morales o aún sólo sentimentales que pueden tener los ascendientes? Mucho más sencillo, y probablemente más justo habría sido señalar un plazo único. Además, ahora parece que los ascendientes, agotado su plazo en tanto en cuando ascendientes, tal vez podrían proponer la acción demostrando que tienen un interés actual, y todo esto resulta demasiado complicado.

Dice el Código que los trescientos días de los interesados, se cuentan desde que tuvieron interés actual " y pudieron hacer valer su derecho". Esta expresión tampoco es muy feliz, por demasiado vaga. Muy numerosas especies de razones pueden impedir a alguien hacer valer sus derechos: la ignorancia culpable o no del derecho, impedimentos legales, su minoría de edad, consideraciones de índole social, carencia de recursos económicos, etc. De entre todas ellas, entendemos que solamente, los impedimentos legales propiamente dichos podrían servir de excusa para no haber ejercido el derecho y pretender hacer valer la acción a partir de los 300 días del desaparecimiento de tal impedimento (por ejemplo la interdicción judicial); pero habría sido deseable que la ley precisara este punto.

La impugnación por parte de las personas antes indicadas puede realizarse probando que cualquiera de los elementos constitutivos de la legitimación ha faltado, excepción hecha del elemento formal de la notificación y aceptación por parte del hijo, que sigue otras reglas, como veremos de inmediato.

Por consiguiente, los interesados y ascendientes de los legitimantes, pueden probar: 1º que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, porque éste no pudo tener relaciones sexuales con la madre durante todo el tiempo en que pudo verificarse la concepción; 2º Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante, siguiendo en esto lo dispuesto en el Título de la Maternidad disputada; 3º Que el matrimonio de los legitimantes no pudo producir la legitimación por ser nulo simplemente, o putativo. Esto último, no quiere decir que cualquier interesado pueda impugnar la validez misma del matrimonio, sino que, puede alegar que el matrimonio ha sido decla-

rado nulo, mediante la acción correspondiente; sólo la sentencia de nulidad destruye la presunción validez del matrimonio, y en la acción de impugnación de la legitimación no podría involucrarse la declaración de nulidad del martiminio.

Cuando el elemento de la legitimación que ha faltado ha sido el de la notificación al hijo (o a sus descendientes) y la aceptación por parte de él (o ellos), entonces, la impugnación de la legitimación corresponde solamente al propio hijo mientras vive, y si ha muerto, a sus descendientes legítimados. En estas circuntancias parecen confundirse la repudiación y la impugnación de la legitimación. Ambas cosas corresponden solamente el hijo o a sus descendientes legítimados, una vez que ha fallecido el legitimado, pero no son iguales. La repudiación únicamente puede verificarce dentro del tiempo establecido: noventa días a partir de la notificación, y no requiere causa jurídica alguna; solamente si se trata de incapaces, debe hacerse por medio de su representante legal debidamente autorizado por la justicia, y el juez deberá examinar la conveniencia para el menor o incapaz, de tal rechazo, y nada más. En cambio la impugnación puede verificarse fuera de aquel plazo, precisamente demostrando que o no hubo notificación (y por tanto ni siquiera ha comenzado a correr el plazo), o que una vez notificada la legitimación ésta fué repudiada, o no fué aceptada en forma legal. Es decir, que la impugnación sí requiere causa, y debe probarse judicialmente, y no se trata ya de una cuestión de conveniencia sino de estricto derecho: se pretende que se declare nulo un acto, que careció de un requisito formal, o más exactamente, que no se perfeccionó por falta de manifestación de un consentimiento en la forma que la ley determina.

270.— *Regla de Derecho Internacional Privado.*

Aparte de la regla general contenida en el art.. 14 del Código Civil, por la cual las relaciones de familia de los ecuatorianos aunque se hallen en el exterior se rige por la ley ecuatoriana, no tenemos otras reglas en la legislación interna. Por tanto, son plenamente aplicables las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

a) La calidad misma de hijo legítimo, que adquiere el legitimado, se regula por la ley personal, y si el padre y el hijo no tienen la misma ley personal, se atiende a la del hijo (Art. 57).

b) Sin embargo, en materia de derechos sucesorios, prevalece la ley personal del padre (Art. 58). Esta regla parece justa, porque se debía distinguir el caso de la sucesión del padre, es decir, cuando el padre es el causante, del diametralmente distinto: cuando el hijo fallece y se abre su sucesión hereditaria.

c) La capacidad para legitimar se rige por la ley del padre y

la capacidad para ser legitimado, por la ley del hijo, produciéndose así una acumulación parcial de estatutos (Art. 60).

d) Hay ciertos elementos que se declaran de orden público internacional: ya prohibición legitimar a los hijos que son simplemente legítimos (Art. 61), el derecho de alimentos que derive de la legitimación (Art. 59), paternidad o la maternidad (Art. 63), la forma del reconocimiento de los hijos ilegítimos (que puede ser condición para legítimar) (Art. 66).

f) Las consecuencias de la legitimación y la acción para impugnarla se someten a la ley personal del hijo.

CAPITULO XX

LA AUTORIDAD PATERNA

271.— Concepto. Distinción con la patria potestad.

El Título IX de nuestro Código Civil lleva el epígrafe de: "De los Derechos y Obligaciones en los Padres y los Hijos Legítimos", en tanto que el Título X se encabeza: "De la Patria Potestad". Estas denominaciones podrían inducir a considerar que la patria potestad no contiene derechos y obligaciones entre padres e hijos, cosa absolutamente falsa; o bien, que los dos títulos contienen materias totalmente distintas e independientes lo cual tampoco es exacto.

Sin embargo, a mi modo de ver la clasificación de las relaciones de paternidad-filiación en dos títulos distintos sí tiene una justificación, aunque los epígrafes dados por el legislador no hayan sido del todo precisos. Efectivamente, en el título noveno se dispone sobre lo que la doctrina suele llamar la "autoridad paterna", mientras que el título X se reserva propiamente a la reglamentación de la patria potestad en sentido estricto.

La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes de los padres legítimos sobre los hijos no emancipados, de índole prevalentemente económico, e intransferibles; mientras que los deberes y derechos disciplinados por el título IX pueden ser ejercidos por otras personas que reemplazan a los padres, y tienen un carácter prevalentemente de derechos no patrimoniales, aunque puedan tener repercución en el ámbito económico.

La separación de los Títulos IX y X se aplican según Somarriva porque en el Código primitivo no se concedería la patria potestad a la madre, de tal forma que desde que se extendió a ella dicha potestad, ya no tendría razón de ser la división. Pero aún admitiendo el origen histórico indicado, también hoy subsistiría la necesidad de distinguir porque respecto de los hijos ilegítimos se aplican las reglas contenidas en el título IX, con ligeras variantes, mientras que no existe patria potestad sino

respecto de los hijos legítimos; aunque deberá extenderse a éstos para cumplir el precepto de igualdad de la nueva Constitución. Por otra parte, como acabo de decir, las personas que pueden ejercer unos y otros derechos y titulares de las correspondientes obligaciones no siempre son la mismas. Entre otros, los artículos 250, 251, 253 y 255 extienden los derechos y obligaciones reconocidos a los padres en el Título IX, también a los demás ascendientes, y aún, a veces, a otros consanguíneos.

Las reglas relativas a las relaciones entre padres e hijos tienen hoy día un carácter marcadamente proteccionista del hijo, sobre todo mientras es menor de edad. En el primitivo Derecho Romano, sucedía lo contrario: la potestad paterna tenía tal fuerza, tal condición absolutista, que parecía toda ella enfocada a beneficiar al padre confiriéndole poderes hasta inhumanos sobre el hijo. El poderoso influjo del cristianismo suavizó aquellas duras disposiciones, modificó las costumbres y creó un nuevo sentido de las leyes, penetrándolas de espíritu de caridad, y dirigiéndolas por lo mismo sobre todo a la protección del débil que en este caso es el hijo.

El mismo carácter proteccionista de estas reglas las encuadra en el ámbito del orden público. Aunque son normas del Derecho Privado por excelencia, interesan al orden público y dan por ello lugar a cierta intervención de la autoridad y a una marcada limitación de la libertad. Los derechos que se confieren en estos títulos no están a la disposición de sus titulares, no pueden comerciarse, cederse ni renunciarse.

En algunos países, como Suiza, Alemania, Estados Unidos, la ley o la jurisprudencia han ampliado excesivamente la intervención de la autoridad pública en los asuntos familiares, limitando en exceso la autoridad de los padres. Nuestro Código inicialmente fué, por el contrario demasiado individualista; pero con las reformas posteriores y el complemento de la legislación especial de menores hemos logrado una acertada síntesis que huye de los extremos y se coloca en un prudente término medio.

272.— *Quienes ejercen la autoridad paterna.*

Tradicionalmente la autoridad del hogar corresponde al padre y se ejerce de una manera más rigurosa —por el estrecho contacto—, sobre los hijos legítimos. Hoy día, sin embargo, se reconoce un mayor ámbito de influencia a la madre, en todo lo tocante a la autoridad paterna, al punto que se puede decir son ambos progenitores quienes la ejercen, si bien con predominio del padre. Solamente en Rusia y en algún país se ha ensayado una perfecta igualdad de ambos padres en lo tocante a la autoridad sobre los hijos, acarreando necesariamente esta pretendida igualdad total una intervención desmedida de la autoridad. Es evidente que si los dos padres tienen iguales po-

deres y derechos, en caso de desacuerdo no cabe más que el recurso a la autoridad, perdiendo así mucho la intimidad del hogar.

Nuestro Código confiere prevalentemente al padre legítimo los poderes y las correspondientes obligaciones de la autoridad paterna, y de un modo secundario o subordinado, a la madre legítima, de tal forma que en caso de desacuerdo prevalece la opinión del padre. Además, se extiende estos mismos poderes y obligaciones respecto a los hijos ilegítimos con la diferencia de que con relación a ellos, puede prevalecer la madre, si solamente ella los ha reconocido, o si han sido confiados a su cuidado.

Además, la autoridad paterna, o por lo menos muchas de sus derivaciones, pasan también a los ascendientes, a falta de los padres, y aún a otros consanguíneos, cuando los hijos menores son confiados a su cuidado por faltar todos los anteriormente mencionados.

El Tribunal de Menores, principalmente a través de su Presidente, ejerce una función de control y debe subsanar las deficiencias de los que ejercen la autoridad paterna. Su misión es principalmente de controlar y de suplencia: no cabe una intervención del Tribunal sino cuando existen hechos realmente serios, graves, que denotan descuido, incumplimiento de los deberes por parte de los padres o ascendientes. Como son los vínculos del efecto, la misma inclinación natural, los que inducen a cumplir estas obligaciones,más que la prescripción de la ley positiva, es lógico que la intervención de las autoridades públicas sea siempre algo anómalo, un mal menor que siempre que se pueda evitar es preferible que se evite.

En algunos países se han constituído los consejos de familia con el fin de realizar más de cerca este control y fución supletoria de la autoridad paterna. Son dichos consejos quienes autorizan a los padres para ciertas determinaciones de mayor trascendencia respecto de los menores; el mismo consejo de familia puede recurrir a las autoridades judiciales en los casos extremos, en defensa de los intereses de los hijos, etc. Todo esto, debidamente organizado reporta notable ventaja en la vida familiar; pero supone un elevado espíritu de colaboración, que entre una cierta cultura desarrollada, y quizá un arraigo tradicional de la institución, que entre nosotros no existe. Resulta fácil prever que dado el excesivo individualismo de nuestra nación, la poca elevación de la cultura cívica y la carencia de antecedentes tradicionales, los consejos de familia no tendrían entre nosotros buen resultado.

En los casos extremos de descuido o incumplimiento de los deberes por parte de quien deben ejercer la autoridad paterna, o sea cuando los menores son abandonados física o moralmente, el Tribunal de Menores debe "procurar la colocación en el seno de una familia" (Art. 42 C. Menores). Pero tanto en este caso, como cuando el menor ingresa a un establecimiento de reeducación o es internado en un Reformatorio, la autoridad paterna no desaparece ni se transfiere a es-

tas instituciones. Solamente los cuidados inmediatos del menor, su educación, etc. corren a cargo de estas entidades, pero los padres conservan su derecho, aunque esté como quiescente o quede temporalmente limitado.

273.— Quienes están sometidos a la autoridad paterna.

Los hijos legítimos menores de edad están sometidos a la autoridad paterna; y se asimilan prácticamente a ellos los ilegítimos, de cuyo estatuto se tratará más adelante.

La autoridad paterna subsiste en muchas de sus manifestaciones incluso respecto de los hijos menores de edad que están emancipados. Si un menor ha sido puesto bajo tutela o curaduría de persona distinta de los padres, éstos y los ascendientes están todavía obligados a dirigir la educación y cuidado personal de los hijos, aunque no puedan manejar sus bienes.

Las guardas, como también se verá adelante, son instituciones supletorias, y por lo mismo no anulan los poderes superiores, y las responsabilidades más apremiantes de los padres y ascendientes.

Por su parte, el hijo ya emancipado, aunque sea mayor de edad, no se desvincula totalmente de los padres y ascendientes, sino que continúa obligado hacia ellos. En cierto modo sus obligaciones más bien nacen, o por lo menos se hacen más apremiantes a partir de la mayoría de edad.

274.— Crianza del hijo.

La primera obligación de los padres consiste en la crianza del hijo, es decir, el conjunto de cuidados indispensables para su subsistencia y desarrollo: es la primera educación y algo más, el mantenimiento de la misma existencia. Se concreta esta obligación en el deber de alimentar, vestir, dar habitación y la formación de los primeros hábitos físicos, intelectuales, morales, etc. La obligación de crianza del hijo está tan arraigada en la misma naturaleza, que el derecho apenas tiene que confirmarla más que nada para evitar algunos casos un tanto excepcionales de incumplimiento de estos elementales deberes.

La Constitución de la República del año 1946 en el Art. 168 reconocía expresamente el derecho de los hijos, tanto legítimos como ilegítimos, a ser criados y educados por sus padres, y a "heredarles en los términos que la ley establezca." Hay pues una igualdad fundamental —reafirmada por la Carta Política—, en cuanto a lo más esencial, y sin embargo, se admiten las razonables diferencias en lo accesorio, así como en el monto y alcance de la herencia. La nueva Constitución, afirma la igualdad de los hijos (Art. 29) pero, para ser efectiva esta igualdad se requiere una adecuada reforma de las leyes.

Si el menor está sometido a una guarda, el tutor o curador de-

be conformarse en lo referente a crianza y educación con la voluntad de las personas encargadas de ella, o sea de los padres o de los ascendientes. Pero este límite de lo razonable: el guardador puede recurir al juez, para que él decida, cuando considere que los padres o ascendientes exigen aquello que no es conveniente para el menor.

El Capítulo III del Título VI del Código Penal configura varios delitos bajo el epígrafe de "abandono de personas". El abandono de un niño en lugar solitario es naturalmente más grave que el abandono en lugar no solitario. Las penas son más severas si del abandono se sigue la muerte, mutilación o estropeo de la criatura (Atr.452), pudiendo llegar hasta la reclución mayor extraordinaria de cuatro a ocho años (Art. 456).

Sin embargo de que el abandono es un delito grave y que el Código Penal lo sanciona severamente, el Art. 285 del Código Civil, indica que los padres no pierden por él sus derechos ni quedan exentos de sus responsabilidades respecto del hijo, y por esto considera el caso de que los padres que hubieren abandonado el hijo, quieran sacarlo después del poder de la persona que lo hubiere criado y alimentado. No impide la ley que el padre abandonante recupere su hijo, y solamente —en el plano civil— le exige recompensar lo que otros han gastado en el hijo, lo que es de estricta justicia. Por su parte, el Código de Menores confiere el Tribunal de Menores la facultad de privar a los padres que hubieren abandonado al hijo, de la patria potestad (Art. 54), pero ni aún en este caso se les exonera de la obligación de criar y educar al hijo (Art. 55), y por consiguiente, tampoco pierden el correlativo derecho, que deriva de la autoridad paterna, aunque el mismo Tribunal, en casos extremos puede limitar este derecho de los padres.

El juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, puede confiar el cuidado personal de los hijos a otro persona o personas competentes, prefiriendo a los ascendientes o a otros consanguíneos. (Art. 243). Pero entendemos que en esta delicada operación jurídica el juez (oído siempre el parecer el Presidente del Tribunal de Menores), no puede imponer coercitivamente a otros parientes el cuidado de un menor cuando éstos se resisten, porque si bien están obligados por la moral y por el derecho a recibir al menor, sin embargo,es evidente que si no tienen buena voluntad de hacerlo, el imponerles el cumplimiento de esta obligación sería más bien inconveniente para el mismo menor, que hallaría un ambiente de hostilidad totalmente inapropiado para su desenvolvimiento normal. Tampoco puede humanamente hablando, imponer el juez a unos ascendientes muy ancianos, o a otros parientes que ya tienen muchas cargas de familia, el cuidado de otro u otros menores. En todo, el juez tiene que actuar con un elevado sentido de equidad, de ponderada humanidad, considerando los intereses y circunstancias de unos y de otros.

Para las resoluciones judiciales sobre el cuidado personal de los

menores, establece el Art. 245 del C. Civil, que el juez debe escuchar a los parientes, los cuales son los indicados en el Art. 32.

275.— Cuidado material y moral del hijo.

Cuando se habla de "crianza", se entiende propiamente los cuidados proporcionados en los primeros años de la vida. La crianza se refiere más estrictamente al niño, y sólo extensivamente al menor adulto. Pero en este sentido más amplio la crianza continúa durante toda la minoría de edad. Prefiero hablar de cuidado material y moral del hijo, con lo que se describe esta fase complementaria de la crianza.

A medida que avanza el desarrollo del hijo los padres deben respetar en mayor medida su libertad, pero simultáneamente están más obligados a dirigirla, a encauzar su recto uso. Por esto la ley les reconoce el derecho de vigilar y dirigir su conducta. Como observa Arias el padre puede prohibir al hijo el trato con determinadas personas, la asistencia a ciertos espectáculos o sitios, las lecturas que considere perniciosas.

El Art. 178 del Código Penal sanciona a los que sustrajeren cartas confiadas en los correos, "excepto las padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, que se hallen bajo su dependencia". Por consiguiente, queda claro que quien ejerce la autoridad paterna tiene derecho de vigilar la correspondencia del hijo menor de edad.

Para ejercer esta función los padres tienen derecho a ser obedecidos por el hijo, y en caso de desobediencia, pueden castigarlo moderadamene.

Los padres pueden ser privados de estos derechos en el caso de cometer delitos muy graves, como por ejemplo, el homosexualismo (Art. 491 del Código Penal), o si llevan al hijo a una casa de expósitos o lo abandonan de otra manera (Art. 256 del C. Civil), o simplemente, por llevar los padres mala conducta que dé lugar a que sean separados los hijos de su cuidado (Art. 257).

El derecho de dirigir la educación y cuidar material y moralmente del hijo, tiene también otros límites que el mismo sentido común impone, y son los relativos al respecto de la libertad natural del hijo, por eso, el Art. 254 C.C. dice expresamente que los padres no pueden obligar al hijo a tomar estado o a casarse contra su voluntad. El tomar estado se refiere principalmente al estado eclesiástico o religioso, pero por extensión podría comprender también otras formas estables de vida que impliquen un compromiso por tiempo más o menos largo o permanente, como serían la carrera militar u otras similares.

Cuando los padres faltan física, moral o jurídicamente, el cuidado material y moral que los hijos debe confiarse a otros ascendientes o consaguíneos, en su defecto, a otros tutores o curadores, y finalmente a un establecimiento para huérfanos, abandonados, etc. Fal-

tan los padres, por haber fallecido, o por estar ausentes por largo tiempo, o por estar incapacitados por locuras u otra enfermedad equiparable, así como cuando han sido privados de la custodia de sus hijos por resolución judicial.

Pero el derecho de los otros ascendientes a cuidar de los descendientes no solamente es supletorio de los padres sino también complementario, por lo menos en lo que se refiere a lo más esencial. Los abuelos tienen verdadero derecho de tratar a sus nietos, y no pueden ser privados de él si no hay causas justas. La jurisprudencia de muchos países ha precisado este derecho.

Desde luego, los mismos padres tienen, con mayor razón el derecho de visitar a sus hijos, cuando no viven con ellos, y esto aunque los progenitores hayan sido privados judicialmente de la custodia de sus hijos. Pero también en este caso, el juez, con amplios poderes, puede regular la forma o la frecuencia de tales entrevistas.

276.— Educación de los hijos.

La crianza, y el cuidado material y moral, culminan con la educación propiamente dicha; ellas son un principio de educación; la educación, en cierto modo las engloba y las perfecciona.

La educación consiste en el desarrollo de las facultades, la formación de los hábitos, la inducción de las virtudes, y la comunicación de los conocimientos que se juzga que convienen a un individuo. Abarca por lo mismo el desenvolvimiento de los más variados aspectos de la personalidad: lo físico, lo moral, lo estrictamente espiritual y sobrenatural.

Si los padres han sido el instrumento para la procreación, nada más lógico que ellos mismo sean los encargados de completar esta obra, educando a los hijos.

La misma naturaleza inclina, por otra parte, a los padres a cumplir este deber y derecho. Y todo el mundo considera como una gravísima falta, propia de padres desnaturalizados, el desentenderse de este sagrado deber.

No están, sin embargo, solos los padres en esta delicada misión sino que cuentan con el apoyo de la Iglesia y del Estado, Las dos sociedades jurídicas perfectas tienen una función propia, complementaria de la paterna. Cada una de las dos sociedades jurídicas perfectas, dentro del ámbito de su propio fin, tiene en materia de educación derechos bien definidos.

La Iglesia, sociedad sobrenatural, tiene derecho de enseñar las verdades de índole religioso, y relacionadas con lo religioso, y de inclinar a los individuos a la práctica del culto y respeto de la moral. También por su conexión indisoluble, puede la Iglesia enseñar las demás verdades, impartir una enseñanza y educación que abarque los otros aspectos de la vida. De hecho, ninguna entidad como la Iglesia

Católica ha ejercido desde tiempo más antiguo, y con mayor perfección la labor educativa; ella es la fundadora de las primeras escuelas, colegios y universidades, tal como hoy se las entiende. En algunas épocas, la Iglesia ha suplido totalmente las deficiencias del Estado, o se le ha confiado toda la misión educativa. Sin embargo, nunca ha disputado la Iglesia a los padres su propio derecho de educar a los hijos, sino que su misión se ha considerado complementaria, excepto en materias de fe y de moral, en que la Iglesia tiene indiscutible prevalencia.

Aunque solamente la Iglesia Católica ha recibido la misión expresa de Jesucristo de enseñar a todas las gentes, dado el carácter pluriconfesional de los Estados modernos, es equitativo reconocer a otras organizaciones religiosas que no atentan contra el Derecho Natural y las buenas costumbres, el derecho de enseñar.

El estado por su parte tiene una función de vigilancia y estímulo de la educación. Debe también suplir las deficiencias de los padres. Pero sobre todo, corresponde a la sociedad temporal, proporcionar los medios adecuados para que los padres cumplan su obligación, y para que la Iglesia por lo menos goce de suficiente libertad y también de medios adecuados para cumplir su misión.

Para cumplir bien su cometido el Estado debe, pues conformarse con el criterio, con las convicciones de los padres y no contrariarlas, salvo que hubiera en ellas algo manifiestamente contrario a la moral o al Derecho Natural.

Principalmente corresponde al Estado la formación de los ciudadanos en lo que dice especial capacitación para los mismos fines del Estado, para que los ciudadanos puedan servir a la comunidad temporal. La preparación militar y cívica de los individuos es función prevalente del Estado. Pero también en este campo pueden y deben hacer mucho la familia y la Iglesia, si bien más indirectamente, esto es, creando virtudes, fomentando el sentido de patriotismo, de respeto a la autoridad, etc.

Como la educación es desarrollo unitario de la personalidad del hombre, que no puede dividirse artificialmente, se desprende que la mejor educación será aquella en que las tres potestades encargadas de ella: -la familiar, la estatal y la eclesiástica-, actuén en perfecta coordinación. Cualquier ruptura, conflicto u oposición podría ser fatal para la verdadera educación: conduciría a desequilibrios morales o psíquicos, a escepticismos y dudas que siempre son malas, o a ciertos géneros de educación fragmentaria, llena de vacíos y deficiencias.

Por lo dicho se ve, que la llamada educación láica, tal como se la ha entendido en el Ecuador durante mucho tiempo, dista mucho de ser buena. La enseñanza laica ha sido fundamentalmente, enseñanza alejada de la religión, que desconoce la religión, prescinde de ella, como se puede precindir de una cosa de poca o ninguna importancia. Siendo la religión la base fundamental de la formación, y de

la dirección de toda la vida, este error en la raíz, conduce a gravísimas consecuencias.

Conviene recordar, además, que se implantó el laicismo en la enseñanza oficial del Ecuador, en una época en que la inmensa mayoría de los ecuatorianos eran católicos, es decir, cuando una inmensa mayoría no quería ese tipo de enseñanza. Fué una imposición antidemocrática.

Se privó a la inmensa mayoría de ciudadanos del derecho de que sus hijos recibieran, con fondos y en establecimientos del Estado, una educación conforme a sus convicciones católicas. Al privarles de este derecho, sin causa alguna, se cometió una grave injusticia. Fué una reforma injusta.

Los católicos tenían derecho de que sus hijos se formaran de conformidad con sus convicciones. Un católico considera que la religión debe influir en todos los actos de la vida, inspirar todas las creencias, dirigir la personalidad íntegra del hombre. Al quitar de la enseñanza oficial la religión, se mutiló la educación, se creó un tipo único de educación oficial que no puede satisfacer a los católicos. El tipo de educación laica garantiza la libertad de conciencia de los ateos, pero no la de los católicos. Se puso, pues a los católicos en situación de inferioridad. Se cometió un atropello, poniendo a unos ciudadanos en mejor condición que otros. Se violó la igualdad de los ciudadanos.

La libertad de conciencia, implica que cada uno pueda no solamente crear y enseñar lo que cree, sino que cada uno disponga de los medios adecuados para ello. Si el Estado cobra impuestos y dispone de los fondos aportados por todos los ciudadanos para fomentar la educación, debe proporcionar a todos condiciones económicas iguales para que ejerzan su derecho, de otro modo no existe verdadera libertad de conciencia. Pero al imponer en todas las escuelas oficiales un tipo único de educación que no satisface a los católicos, se viola su libertad de conciencia. Debe respetarse la libertad de conciencia de todos los ciudadanos; pero la escuela oficial laica respeta solamente la libertad de los ateos. Está bien que se respete la libertad de conciencia del ateo, pero mucho más importante es que se respete la de los católicos, que están en la verdad, y que son la inmensa mayoría en el Ecuador.

La Constitución de la República garantiza la igualdad de los ecuatorianos ante la ley. Las distinciones de raza, partido político, idiología filosófica o religiosa, no cuentan para la atribución de las garantías y derechos. Y así sucede en todo estado moderno civilizado. Por desgracia, aquellas elevadas declaraciones no se concretan debidamente en la práctica. En efecto, los católicos en materia de educación se hallan en franca desventaja. Respecto de ellos se hace una injusta, odiosa discriminación.

No se ha respetado, pues, la igualdad fundamental de los ecuatorianos, ni la teórica declaración de que todos tienen derecho de educar a sus hijos "como a bien tuvieren" (Art. 1 de la Ley Orgánica de

Educación, en concordancia con el Art. 33 de la Constitución Política).

Todos sabemos perfectamente que, además, la enseñanza laica en los primeros años de su establecimiento no sólo fué neutra, indiferente (inspirada por tanto en un ateismo de hecho, aunque no combativo), sino que se caracterizó por su tendencia sectaria, anticristiana, beligerante. Con el correr del tiempo, las cosas han cambiado, y el laicismo actual, salvo excepciones, por lo menos es externamente respetuoso de la religión: la tolera, como una cosa mala que no se puede ni se debe desarraigar, que se la deja, o no se la toma en cuenta. Pero el agravio a la justicia, a la libertad, a la igualdad, al sentido democrático, a los derechos de los padres, de los hijos y de la Iglesia sigue siendo igualmente grave.

Al cambio en el ambiente, ha correspondido una lenta modificación de las leyes en un sentido cada vez más favorable a la libertad de educación, aunque todavía no se haya llegado a la plenitud deseable. La misma Constitución de la República refleja este notable cambio en favor de la libertad, corrigiendo, por lo menos en parte, las injusticias antidemocráticas de la Carta de 1906.

Las Constituciones de 1946 y 1967 después de reafirmar el derecho fundamental de los padres para dar a sus hijos la educación que juzguen más conveniente, conforme lo reconoce también la Declaración Universal de los Derechos Humanos formulada por la ONU, pasan a caracterizar cómo ha de ser la enseñanza oficial, es decir la impartida por el Estado, los Consejos Provinciales o los Municipios. Esta enseñanza debe ser gratuíta, y es también laica, pero laica en un nuevo sentido, hasta entonces no empleado por las leyes ni divulgado en el lenguaje corriente. El laicismo que proclaman las últimas Constituciones, es muy diverso del tradicional: no significa ya, escuela sin Dios, en señanza que prescinda de la religión o que la persiga.

Las Cartas Políticas han dado un nuevo concepto de lo que se debe entender por laico. Han definido la enseñanza laica así: aquella en la que "el Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna" (Artículo 175).

Deber del Estado es, pues, en primer lugar no atacar a ninguna religión, y el antiguo laicismo puesto en práctica en el Ecuador había sido un constante ataque a la religión, y particularmente a la católica, al excluirla de la enseñanza oficial de modo absoluto.

Ordenan también que el Estado *como tal* no enseñe ninguna religión. Y este es otro gran acierto de la Constitución. Efectivamente, el Estado en cuanto tal, por sí mismo, no tiene función de enseñar ninguna religión. Corresponde a la Iglesia, o a las otras confesiones religiosas, enseñar, difundir la religión. Pero desde luego, esto no significa que el Estado deba desentenderse en absoluto de la enseñanza de la religión, o ponerle trabas. Por el contrario, si el Estado no debe enseñar religión debe en cambio facilitar a quienes tienen el deber de enseñarla, el cumplimiento de su deber.

El nuevo laicismo definido por las constituciones más recientes, no significa, pues, como se entendía antaño, escuela neutra, sin Dios, sino que el Estado oficialmente no enseña ni ataca a la religión, aunque debe permitir y facilitar que se cumpla esta importantísima función educativa: enseñar la religión. Prohibir la enseñanza de la religión, poner obstáculos, sería evidentemente anticonstitucional, porque significaría atacar a la religión No se puede, por lo mismo, en nombre del laicismo impedir que se enseñe religión en los planteles públicos.

Además, la Constitución del año 1946, a diferencia de otras anteriores, está dictada "en nombre de Dios", lo cual indica ya el espíritu que la inspira. No podía el legislador en nombre de Dios negar los derechos de la religión, coartar la libertad de que Dios sea conocido, e injuriar a Dios prohibiendo que se enseñe la religión en los planteles oficiales.

Más todavía: el mismo Art. 175 dice que: "La educación de los hijos es deber y derecho de los padres o de quienes los representen. El Estado vigilará el cumplimiento de ese deber y *facilitará* el ejercicio de ese derecho". No facilitaría el Estado a los padres de familia el cumplimiento de su deber y el ejercicio de su derecho, aplicando el viejo laicismo, negador de aquellos derechos.

Dos medidas se imponen, pues, en el plano estrictamente jurídico, para dar cumplimiento cabal a la Constitución de la República y para respetar, a la vez, los legítimos derechos de las familias y de la Iglesia.

En primer lugar, que en todos los establecimientos educacionales del Estado se enseñe la religión que pidan los padres de familia, *no por parte del Estado*, sino por medio de los comisionados de la respectiva autoridad eclesiástica.

Para la inmensa mayoría de los ecuatorianos, que son católicos, debe permitirse, favorecerse y facilitarse la enseñanza de la religión católica. Para las minorías de otras religiones o para los ateos, deben quedar otras escuelas de tipo laico en el antiguo sentido, o adaptadas a su mentalidad.

La segunda medida necesaria, sería la justa distribución de los subsidios para la enseñanza particular de los distintos grupos religiosos, siguiendo un criterio de proporcionalidad, de justicia distributiva. Esta es la solución constructiva y democrática seguida por muchos países.

Hemos demostrado como de acuerdo con la Constitución de la República y los principios universalmente admitidos (y aún formulados en la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos), no puede admitirse el viejo concepto de laicismo, negador de la igualdad de los ciudadanos, de la libertad de las conciencias, de los derechos de la religión y de los padres e hijos de familia.

Queda, todavía por observar que ese concepto ya felizmente superado de laicismo, era imposible de llevar a la práctica conforme se predicaba en teoría. Efectivamente, el indiferentismo religioso absoluto

es imposible en la enseñanza. No cabe enseñar historia, filosofía, ciencias naturales, sin adoptar una postura frente a los grandes problemas religiosos. Ignorarlos, es negarlos. No dar importancia a la religión en la vida del hombre, es ya atacarla.

De hecho los maestros laicos, colocados en una posición dificilísima por la intransigencia del Estado, tenían o que atacar la religión, o, como ha sucedido en la mayor parte de las veces, defenderla, porque sus mismas íntimas convicciones no podían dejar de manifestarse en la enseñanza de sus alumnos. La ley le ha estado exigiendo una posición artificial, hipócrita: consistente en tapar, en ocultar sus convicciones, en prescindir de lo que ellos también consideran -la mayor parte de las veces- como cuestión de capital importancia. Se ha forjado así un clima curioso de convencionalismos insinceros, que los propios maestros laicos son los primeros que suelen lamentar cuando reflexionan sobre el absurdo papel que se les pedía desempeñar. Hoy día, por el contrario, pueden los maestros oficiales cumplir con libertad su gloriosa misión y transmitir a sus alumnos una orientación para la vida, de conformidad con las convicciones de los padres de familia, que suelen ser también sus propias convicciones. Ya no necesitan disimular sus convicciones, ocultar la verdad como si fuera algo vergonzoso. Es preciso que se forme una clara conciencia de este radical cambio de orientación de nuestra legislación, que por desgracia todavía no ha sido debidamente captada ni por las autoridades ni por los ciudadanos.

En cuanto a la educación, el Código Civil asegura la primacía de los padres, o de quienes los representan o sustituyen, y esto aún en el caso de que los hijos sean confiados al cuidado de un tutor o curador.

Si el menor de edad presenta anomalías más o menos profundas que hacen su conducta díscola, pueden tomarse especiales medidas. Si un menor que no ha cumplido aún ni 18 años, comete un delito, pero por todas las circunstancias, no acusa peligrosidad, el Tribunal de Menores puede dejarlo con sus padres, salvo que sea inconveniente para el menor; y si lo consideran peligroso o se halla "moralmente abandonado" puede ser colocado en un establecimiento educativo especial o en un Reformatorio -según los casos-, hasta que cumpla 21 años (Código de Menores, Art. 46).

Los gastos de la educación y de establecimiento de los hijos legítimos recaen sobre la sociedad conyugal de sus padres. Pero si el hijo tiene bienes propios, los gastos de establecimiento se deben sacar de esos bienes, y también los gastos de educación, si es necesario, es decir si la sociedad conyugal no puede correr con esa carga. En los casos de separación, exclusión total de bienes, o divorcio, los dos cónyuges deben contribuír en proporción a sus posibilidades para dichos gastos, fijando, si es preciso, el juez la cuota de cada uno. Muerto un padre, los gastos de crianza, educación y establecimiento corresponden

al sobreviviente. Si han fallecido ambos, la obligación pasa a los demás ascendientes. Las disposiciones judiciales a este respecto son siempre modificables y deben ajustarse a las circunstancias que, como es obvio, pueden variar muy notablemente con el tiempo.

277.— Obediencia.

El ejercicio de la autoridad paterna, y el cumplimiento de sus finalidades, particularmente la de educar a los hijos, exige por parte de estos el sometimiento a dicha autoridad. Nuestro Código Civil establece claramente la obligación que tienen los hijos de familia de obedecer a sus padres, estando especialmente sometidos al padre (Art. 239).

El hijo está obligado a la obediencia mientras no se emancipe, sea por el cumplimiento de los 21 años, o por las otras causas de emancipación (Arts. 287 a 292 del Código Civil).

Naturalmente, la obediencia que la ley impone a los hijos no puede ser sino la razonable: en todo lo que no sea contrario a la moral, las buenas costumbres, la dignidad humana y el debido respeto a la libertad del hijo.

Los padres deben mandar a sus hijos lo que es razonable, teniendo en cuenta ante todo el bien de ellos mismos. Ya he reseñado cómo la reforma de 1869 puso expreso límite al poder de los padres, impidiendo que puedan obligar a sus hijos a casarse o a tomar estado.

Un aspecto de esta obediencia, como también del respeto debido a los padres, es la consulta que deben hacerles para contraer matrimonio, mientras son menores de edad. En este caso el poder de los padres es relativo, porque, como sabemos, si el hijo ha cumplido ya 18 años puede recurrir al juez para que califique el disenso, y el juez solamente puede confirmar la prohibición paterna en caso de haberse probado la existencia de una de las causas que el Código considera suficientes para que los progenitores, o los ascendientes o guardadores, puedan impedir el matrimonio de un menor.

De la obediencia deriva también la obligación de vivir en el lugar que señale el padre. El Código Argentino y otros hacen expresa mención de este aspecto; el nuestro no se refiere de modo directo, pero es evidente que contiene en su contexto la misma obligación de los hijos.

Otra interesante determinación de la obediencia, encontramos en el Código Uruguayo: "Los padres pueden exigir de los hijos que están en su poder, que les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar recompensa alguna" (Art. 259). Esta norma, que tampoco está explícita en nuestras leyes, también se puede decir que pertenece a nuestro derecho por numerosas disposiciones que se compaginan con ella. Así, por ejemplo, el hecho de que el Código del Trabajo no considere que existe relación laboral entre

padres e hijos que viven bajo su dependencia doméstica; el mismo Código del Trabajo permite a los padres que "no puedan conservar o educar" a un menor de 18 años, "consignarlo en calidad de sirviente doméstico" (Art. 222), lo cual es sustitutivo de aquellos servicios en el hogar; y sobre todo el mismo deber de obediencia genéricamente formulado por el Código Civil, incluye lo antes indicado.

278.— Habitación del menor.

La obediencia exige que el hijo viva en la casa paterna o en el lugar designado por los padres. A su vez, el cumplimiento de los deberes paternos hacen necesario que el hijo conviva con ellos, o sea puesto en otro ambiente que aproximándose al del hogar pueda eventualmente suplirlo: este es el caso de un internado en un colegio.

Si el hijo huye de la habitación donde debe vivir, los padres pueden recorrer a la fuerza pública para que se le obligue a regresar. Si otras personas trasladan al hijo contra la voluntad paterna a un sitio distinto incurren en delito de rapto.

El Código Penal sanciona también (con prisión de ocho días a un año y multa de cuarenta o ochenta sucres) a los que, estando encargados de un niño, no lo hicieren saber a las personas que tienen derecho de reclamarlo (Art. 522), es decir sus padres u otros ascendientes. Esta obligación de hacer conocer el paradero de un menor ausente de la casa paterna está también sancionada por el Código Civil, porque el Art. 251 prescribe que si no se cumple con esta obligación voluntariamente, se pierde el derecho a recibir el reembolso de lo que se haya gastado en el mantenimiento del menor.

También se considera contravención de tercera clase el hecho de "recibir en su casa, sin conocimiento de la Policía, a menores prófugos" (Art. 580, Nº 21 del Código Penal). De modo que una persona que recibe a un menor ausente de la casa paterna, sin que conste el consentimiento del padre, debe ponerse en inmediata comunicación con él, y debe también dar parte de este hecho a la policía, lo cual es otro medio más para que se localice al padre.

Por su parte, el Código de la Policía Marítima prohibe a los capitanes recibir a bordo menores sin autarización de sus padres, y caso de contravenir a esta disposición los sancionará con multa (Art. 156 y 370 sección II, Nº 13).

Tan protegido por la ley está el derecho de los padres para tener consigo a sus hijos, que, a pesar de ser una garantía constitucional la inviolavilidad del domicilio, sin embargo, el Código Penal autoriza que se allane la morada de un habitante de la República "cuando el padre, la madre u otro individuo que tenga su inmediata inspección y cuidado, reclame la entrega del hijo, del pupilo o menor que haya sido plagiado o raptado y esté oculto en alguna casa" (Art. 170 del Código Penal).

Si un menor está de hecho ausente de la casa paterna, cabe suponer dos cosas: o que tiene consentimiento paterno o que no lo tiene. La conducta del menor es el fundamento para deducir si tiene o no ese permiso. Y cualquier persona que lo reciba o proteja, a parte de cumplir con la primaria obligación de dar cuenta de inmediata al padre del protegido, deberá darle un trato correspondiente a las circunstancias. En cierto modo, la persona que acoge a un menor ausente de la casa paterna, hace temporalmente las veces del padre, y por esto no cabe que se tenga las mismas consideraciones con el hijo prófugo y desobediente que con el que se ha ausentado con el consentimiento de la persona de quien depende.

El Código Civil indica indirectamente que al hijo prófugo solamente se le debe dar "lo absolutamente necesario para la física subsistencia personal" (Art. 251), ya que, cualquier otra cosa que se le proporcione, no se podrá reclamar después al padre para que pague o recompense. Darle más de lo estrictamente necesario, sería como constituírse en cómplice de la ausencia injustificada, y de aquí que no quepa reclamar al padre lo gastado en demasía. Desde luego, se supone que realmente el hijo esté prófugo, lo cual se debe apreciar y desprender de la conducta del hijo.

Además de la suposición relativa al tratamiento que el padre daría a su hijo, lo dispuesto por nuestro Código en el Art. 251, concuerdan con el Art. 1741 del mismo Código que establece que "si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias", etc. En el caso del hijo ausente, quien le protege no celebra ningún contrato con el menor, sino que realiza un acto lícito del cual nace la obligación del padre del menor (o de quien haga sus veces), de pagar lo que justamente se haya gastado en el mantenimiento del hijo. Si no hubiera esta obligación, se produciría un enriquecimiento injusto, conforme al criterio claramente manifestado en el Art. 1741. Pero precisamente por la noción de lo que es enriquecimiento injusto, se limita el derecho al reembolso de lo gastado únicamente a lo necesario. Y a su vez, se entiende que "lo necesario", varía según la circunstancia fundamental de que el hijo tenga o no el permiso de su padre para ausentarse: si no cabe presumir dicho permiso, solamente se puede considerar necesario lo indispensable para la subsistencia; si el hijo está autorizado por el padre, se le puede suministrar todo lo que corresponda a su cóngrua sustentación, con derecho a reclamar luego el reembolso.

En una palabra, la protección al hijo ausente, equivale a una dación voluntaria de alimentos con derecho de reembolso. Y tales alimentos son los cóngruos respecto del hijo obediente, y solamente los

necesarios (y "estrictamente"), si cabe suponer que el menor ha fugado de la casa paterna.

279.— Corrección y castigo.

Quienes ejercen la autoridad paterna, y en el mismo orden que ya se ha indicado para los otros derechos que ella confiere, pueden también corregir y castigar a los hijos de familia. Este derecho es complemento necesario del deber de educarles y de la obligación que tienen los hijos de obedecer y respetar a su padres u otras personas que hagan sus veces. El castigo, rectamente usado, robustece la autoridad, la respalda, la hace más eficaz.

El Código indica (Art. 252) que el castigo debe ser "moderado". Efectivamente, cualquier sanción que no guardara proporción con la falta no sería educativa sino que, por entrañar injusticia, y tal vez, crueldad, contribuiría a deformar al menor. La moderación no puede determinarse sino por el sentido de equidad, y en la vida práctica, por lo que comunmente se usa. Una sanción inusitada, fuera de lo corriente sería siempre también inmoderada, y por lo mismo, contraria al derecho. El padre (madre, ascendiente, etc.) que se excediere en el castigo incurriría a su vez en contravención penal o en delito, merecedores de las correspondientes penas.

El Código Penal es bastante amplio en la apreciación de lo que es castigo moderado, pues permite a los padres la injuria verbal no grave, y no la considera de ningún modo delito. Dice el Art. 478 de dicho Código: que no cometen injuria los padres respecto de los hijos a quienes reprenden o apostrofan, salvo que les imputen faltas o crímenes en forma calumniosa.

Tampoca se considera por el uso común que los padres cometen injuria si castigan a sus hijos con golpes no fuertes, o reteniéndoles encerrados en una habitación por corto tiempo. Pero si estos golpes fueran excesivos, o causaran lesiones, como si el encierro se prolongara más de lo común, el castigo ya no sería "moderado", y responderían penalmente dichos padres.

La ley indica, además, que todo castigo de quienes ejercen la autoridad paterna, no puede imponerse sino a los menores de edad, en ningún caso al mayor de edad. Y considero que esta regla (Art. 253), debe entenderse en sentido extensivo: es decir que la facultad de castigar no puede hacerse efectiva sino respecto del menor no emancipado en el sentido jurídico y vulgar de la palabra, puesto que el hijo menor de edad emancipado por haberse casado, o por emancipación voluntaria, no cabe que sea castigado, en cambio, el emancipado jurídicamente por otras razones (como la muerte de ambos padres, o su incapacidad), sí puede ser castigado por los ascendientes u otras personas a cuyo cuidado queden (sin quedar "emancipado" todavía, en el sentido vulgar de la palabra).

Si los castigos usuales no bastan para corregir al menor, los padres pueden solicitar la reclusión del mismo en un establecimiento especial para su reforma o reeducación, pero esta sanción solamente se verifica si el Tribunal de Menores encuentra que hay razón para imponerla, ya que no es una facultad discrecional de los padres. Así lo dispone el Art. 42 del Código de Menores, que ha suavizado el rigor de la primitiva ley que confería a los padres el derecho de ordenar la reclusión de sus hijos en establecimientos reformatorios.

El mismo Tribunal de Menores puede también sancionar al hijo de familia, aunque no soliciten los padres dicha sanción, en los casos de delito, o si se considera que el menor acusa peligrosidad o se halla "moralmente abandonado" (Art. 46), y la sanción que puede imponer es la de colocar al menor en un establecimiento educativo especial o en un Reformatorio, hasta que cumpla 21 años, o por un tiempo menor.

El hijo que ya ha cumplido la mayoría de edad no puede ser castigado por sus padres, pero si no cumple las obligaciones que tiene hacia ellos o hacia sus ascendientes, incurre en sanciones civiles. El deber de proteger a sus padres y ascendientes en la ancianidad, la enfermedad, etc., se concreta por las sanciones impuestas particularmente en materia de sucesión por causa de muerte. Efectivamente, el Art. 1037 declara indigno de suceder como heredero o legatario al "consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o desvalimiento de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiéndolo". Y "es también indigno de suceder el que, siendo varón y mayor de edad, no hubiere acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.... Pero esta causa de indignidad no padrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio" (Art. 1038 del Código Civil). De modo que por una parte, la obligación proveniente del parentesco es la de mover a la justicia que sancione el delito, pero si el delito ha sido cometido por los ascendientes, etc., la piedad familiar disculpa de esa obligación y más bien impone el callar.

Sanción civil que se puede imponer por los padres o ascendientes es también el desheredamiento parcial del hijo o descendiente que se casó, siendo menor de edad sin su asentimiento o licencia cuando estuvo obligado a pedirla. Esta sanción se conserva, aunque el hijo o descendiente cumpla después la mayoría de edad, y se abra la sucesión hereditaria solamente cuando él ya es mayor de edad. Igual cosa cabe recordar respecto de la sanción consistente en la revocatoria de las donaciones hechas a tales menores de edad.

280.— Libertad del hijo.

A través del estudio de las obligaciones de los padres respecto de los hijos, y de éstos con relación a aquellos se puede ya deducir y apreciar que las relaciones paterno - filiales están dirigidas a procurar el bien común de la familia. Este es el sentido cristiano de la vida doméstica, que ha penetrado tan profundamente en la conciencia general de modo que hoy nos parece imposible sostener otra cosa distinta. Las épocas arcaicas en las que se entendió la autoridad paterna como un beneficio del padre, sin mayor consideración del interés del hijo, ni respeto de su personalidad, parece totalmente superadas.

Hoy día, más bien se suele decir que toda la organización familiar se centra en beneficio del hijo. También esto resulta un tanto exagerado. No sólo el hijo es persona. Ciertamente el hijo, sobre todo cuando es menor de edad, requiere especial protección y cuidado, pero la familia está constituída para beneficio mutuo de todos sus integrantes. Realmente es el bien común de todos ellos el principio informador de la organización familiar, aunque dentro de este bien común adquiera particular relieve el desarrollo de los nuevos seres humanos.

El bien común de la familia, a su vez, debe coordinarse con el bien común de las sociedades mayores dentro de las cuales se incluye: el Estado y la Iglesia. No cabe un sentido exclusivista de las cosas. No se pueden sacrificar unos derechos por otros, ni subordinar intereses superiores a otros inferiores, sino viceversa. El bien de los individuos, de la familia, del Estado y de la Iglesia, coinciden en un punto porque todo ello no es más que un aspecto del orden universal.

Es, pues, falso plantear estos problemas en términos de contraposición, como si el bien individual significara perjuicio de la sociedad, o al contrario: como si el bien social debiera concebirse como opresión y menoscabo del individuo. Si la idea de justicia tiene una realización adecuada, se dará a cada uno lo suyo, y por lo mismo, nadie tiene que resultar oprimido ni perjudicado. La coordinación de los distintos derechos e intereses, constituye precisamente, el ápice de la política y de la buena legislación.

Conviene tener presentes estos principios para apreciar rectamente cómo debe resolverse el delicado equilibrio de disciplina y libertad en el ámbito familiar, como en el ámbito más amplio de las sociedades jurídicas perfectas que incluyen en su seno a la familia: Estado e Iglesia. En todos estos casos, tienen que prevalecer la idea suprema de justicia, de orden, y de respeto de la personalidad humana.

Difícilmente podría el Derecho por sí solo determinar el ámbito de la libertad y sus límites. La moral y las buenas costumbres -expresión práctica de la moral, juegan en esto un papel importantísimo. El Derecho únicamente puede señalar unos cuantos puntos concretos, pero no todos. Y esos mismos aspectos prácticos requieren una inteligencia matizada, un tino especial para graduar la libertad conveniente.

En principio, puede decirse que la libertad de los hijos debe ser respetada al máximo posible, porque ese respeto redunda en consideración de su misma dignidad personal; porque la libertad es un bien, de los demás altos bienes, y por lo mismo merece la mayor consideración posible.

Pero dicha libertad solamente puede ser eficaz y constructiva en la misma medida en que el sujeto esté dotado de la debida responsabilidad. La libertad, aunque es un altísimo valor, no es el supremo valor. No es tampoco la libertad un fin en sí misma; más bien es medio. No debe conducir la libertad al mal, sino al bien; al bien en todo orden de cosas: bien físico, moral, espiritual, intelectual, etc.

De aquí que los padres tengan la delicada misión de encaminar a los hijos por el camino de la libertad: la misión de enseñarles a usar bien de su libertad y en la medida en que vayan adquiriendo sentido de responsabilidad, mayor debe ser la autonomía de los hijos.

Pero, a su vez, la responsabilidad no se forma sino a base de profundas convicciones, de valores adquiridos y asimilados por una persona. Por esto, sería utópico pretender que alguien pueda ser responsable, y por lo mismo, estar preparado para la libertad, si es ignorante. Solamente la verdad hace libres. Y de aquí se deriva que la primera obligación de los padres es la de formar a sus hijos para que puedan ser libres.

Sería contrario a la libertad imponer creencias a la fuerza -si esto en último término fuera posible-, pero igualmente contrario a la libertad, y más gravemente atentatorio de la libertad sería dejar en la ignorancia.

Los padres no pueden decidir en forma absoluta cómo han de opinar sus hijos en materias políticas, económicas, sociales, etc., en todos aquellos asuntos opinables. Pero no pueden dejar de comunicarles sus propios criterios; no como quien transmite una verdad indiscutible, sino con el grado de certeza que realmente tienen esas opiniones.

Todos heredamos muchas cosas: desde disposiciones fisiológicas hasta una educación adecuada a la civilización en que vivimos, un modo de enfocar los problemas del mundo, un idioma, una cultura.... El hombre nace en un medio determinado, con unos parientes que no escoge, en un medio económico y social precisos, en un tiempo y espacio concretos, que no son arbitrarios. Los padres tienen que transmitir todo ello, y al hacerlo no violan la libertad de nadie. Sería imposible forjar una nueva personalidad de la nada, prescindiendo de todo lo adquirido por generaciones y generaciones, cerrando los ojos ante la realidad de la herencia y de la tradición.

Excesos contra la libertad son por igual el desconocimiento de los valores que hay que transmitir, como el querer imponer todos los factores del mundo (material y espiritual) en que se han desenvuelto las generaciones anteriores, como si fuera un depósito inviolable, una

obra acabada y sin defectos, que no puede ser rectificada ni perfeccionada.

El respeto a la libertad, por el contrario supone la leal transmisión de lo que uno cree, de lo que uno aprecia y siente, sin pretender que en las cosas opinables no quepa, otra solución que las dadas.

No se puede callar las propias convicciones ni en estas cosas mudables y relativas: es preciso entregar lo que se ha recibido, a pesar de su discutible y relativo valor.

En materia de convicción religiosa, el problema sube de punto, porque los padres tendrán no solamente opiniones sino convicciones, con un grado máximo de certeza. No cabe por consiguiente que estas cosas se oculten y no se transmitan. Y el transmitirlas, tampoco es contrario a la libertad. Mas bien es un deber. Solamente comunicando estas convicciones se puede cimentar debidamente el sentido de responsabilidad, indispensable, como he dicho para que pueda usarse debidamente de la libertad.

Pero si bien los padres no pueden dejar de orientar a sus hijos en materia religiosa, de acuerdo con sus convicciones, esto no significa que puedan *imponer* sus creencias. La libertad religiosa es un aspecto particularmente importante de la libertad que no es más que una sola Y no pueden los padres desconocer esta libertad de los hijos.

Faltarían los padres al debido respeto a la libertad religiosa de sus hijos si les forzaran a aceptar unas creencias o prácticas religiosas Y faltarían igualmente, si no cumplieran con el deber de transmitirles lo que ellos consideran cierto, si les condenaran a la ignorancia, que sería condenarles a la irresponsabilidad, y por lo mismo a la carencia de capacidad para ser libres.

En conclusión: los padres tienen que orientar pero no imponer ideas. Tienen que formar, pero no forzar la personalidad de sus hijos Deben instruir y enseñar, pero no dogmatizar. Y tienen, sobre todo, que saber distinguir lo que es relativo y opinable (casi todo), y lo que no es cuestión de simple afición personal o peculiar inclinación sino de creencia irrenunciable y firmísima (las cuestiones de fe, que son dogmáticas, con dogmatismo no humano, sino sobrenatural).

Con mucho acierto la reforma propugnada por García Moreno y aprobada el 15 de mayo de 1869 introdujo en el Código Civil (actual art. 254) la prohibición de que los padres obliguen a sus hijos a casarse o a tomar estado. He aquí dos puntos concretos en los que el Derecho podía y debía intervenir, e intervino acertadamente. Estos dos aspectos fundamentales de la dirección de la vida, requieren libertad y responsabilidad personal: no convenía que la ley dejara la puerta abierta a la imposición paterna en tales aspectos.

Quizá sería conveniente también una declaración parecida en lo que respecta a la elección de carrera u oficio, en la afiliación a partidos políticos u organizaciones de carácter económico, cultural etc. Ya de hecho, las costumbres sociales suelen imponer este respeto a la liber-

tad en estas cuestiones opinables, pero no estaría mal que el Derecho consagrara usos que se conforman con el derecho natural.

Más difícil de regular resulta la libertad religiosa, por el carácter absoluto de la verdad religiosa. Pero al mismo tiempo, es menos urgente un precepto legal al respecto, ya que todo individuo en último término acepta o rechaza las creencias religiosas, en cuanto es capaz de razonar, y resulta prácticamente imposible que se impongan por la fuerza. Quizá convendría prevenir más bien ciertos abusos relativos a la práctica de las propias convicciones, es decir, que se sancionara el abuso de coartar la manifestación y ejercicio de las propias obligaciones religiosas.

CAPITULO XXI

LA PATRIA POTESTAD

281.— Generalidades.

A diferencia de la autoridad paterna, de la que trata el Título IX del Libro Primero del Código Civil, y que no está definida por la ley, la patria potestad, materia del Título X, tiene definición legal: "es el conjunto de derechos que tienen los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados" (art. 259). Y a continuación, en el mismo artículo se definen también los sujetos activos y pasivos de este derecho: "Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman *hijos de familia;* y los padres, con relación a ellos, *padres de familia*".

Nos hallamos, pues, ante una de las "potestades", que son figuras jurídicas típicas del Derecho familiar; muy diferentes, desde luego, de las potestades o poderes, propios del Derecho Público. La potestad es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculados, correlativos, que persiguen todos ellos un fin de carácter social dentro de la organización de la familia. La potestad marital fundamenta la autoridad en el hogar y la administración de los bienes sociales; la potestad paterna o "patria" constituye también la expresión jurídica de la autoridad sobre los hijos y origina igualmente el régimen de los bienes que pertenecen a los hijos.

El peligro actual en la evolución de la patria potestad radica en la excesiva intervención estatal, que puede poner en una indeseable situación la intimidad del hogar.

Considerada la patria potestad como conjunto de deberes y derechos, tiene ciertas características generales que conviene tener presentes. De ningún modo se debe considerar como una potestad absoluta, sino más bien como algo *relativo,* es decir encuadrada en las exigencias de proteger al menor y lograr el bien de la familia. Por esto mismo, la patria potestad no es sino *transitoria,* ha perdido el primi-

tivo carácter de perpetuidad, y está sujeta a *un cierto control* por parte de las autoridades públicas, tendiente a evitar los abusos.

La legislación procura en la época contemporánea reforzar los lazos de solidaridad familiar, tan venidos a menos en parte por culpa de la misma legislación disolvente de la familia, en boga hasta hace pocos años. Esta solidaridad familiar tiene una de sus expresiones más perfectas en la organización del hogar a base de la potestad paterna. Pero tiene repercusiones muy amplias, aún en el campo procesal y penal. Así, por ejemplo, no cabe acusación penal entre ascendientes y descendientes, ni entre hermanos o cónyuges (salvo adulterio) (art. 21 Código Procedimiento Penal), ni pueden ser testigos en materia criminal (art. 70 C. P. P.).

Los principales efectos de la patria potestad serán examinados a continuación, y consisten en el usufructo del padre sobre los bienes del hijo de familia, su administración, y la representación o autorización para que el hijo pueda modificar sus derechos.

Aparte del usufructo, administración y representación, la patria potestad surte otros efectos secundarios o indirectos. Así, el que vive bajo patria potestad, sigue el domicilio paterno (art. 64). El viudo que tiene hijos bajo patria potestad no puede volverse a casar si previamente no hace inventario solemne de los bienes que administra, con intervención de un curador (Arts. 150 - 152). La privación judicial de la patria potestad inhabilita para ejercer una guarda (arts. 400 y 538 nº 11), etc.

282.— *Quien ejerce la patria potestad, y respecto de quienes.*

La definición misma de la patria potestad indica precisamente los sujetos activos y pasivos de ella. Ejercen la patria potestad los los padres legítimos, y solamente respecto de los hijos no emancipados. Pero es necesario concretar algunos detalles.

Tenemos en el Ecuador que el primeramente llamado al ejercicio de la patria potestad es el padre, y en segundo lugar la madre; en ambos casos, solamente los legítimos. Pienso que la ley debe extender la patria potestad a los hijos ilegítimos, y la nueva constitución hace necesaria esta reforma, con la debida moderación.

Nuestro país que tan adelante ha ido en la concesión de derechos a la mujer casada, y que le ha reconocido poderes verdaderamente excepcionales en la administración de los bienes de la sociedad conyugal y de sus propios bienes, debería igualmente, por congruencia, ampliar las facultades de la madre dándole una participación más activa en el ejercicio de la patria potestad.

Considero que, además de la función supletoria que ya le reconoce la ley, bien podría establecerse que la madre deba intervenir en los actos de enajenación o gravamen de los bienes raíces de los hijos, o que por lo menos sea necesario contar con su parecer para que el

juez autorice estos actos. Igualmente debería intervenir en la inversión de los bienes de los hijos en propiedades raíces o en acciones de compañías anónimas, compra de títulos del Estato y otros actos similares.

En algunos países se ha llegado a extender la patria potestad también a favor de los ascendientes u otros consanguíneos que, a falta de los padres, se hacen cargo del cuidado de los menores. No creo que entre nosotros presentara ventaja este sistema. Tenemos debidamente organizadas las guardas, que suplen a la patria potestad, y matizan suficiente y adecuadamente los derechos del guardador y sus obligaciones respecto de los pupilos. La guarda reemplaza a la patria potestad y se diferencia apropiadamente de ella, puesto que, cuando otras personas distintas de los padres, deben cuidar de los menores y de sus intereses, es lógico que la ley tome especiales precauciones.

En el Ecuador, la patria potestad se ejerce exclusivamente sobre los hijos legítimos (salvo el curioso caso de la adopción que luego se explicará), pero el padre ilegítimo ejerce una guarda legal sobre sus hijos ilegítimos que prácticamente es igual a la patria potestad, aunque lleve otro nombre, y las ligerísimas diferencias, son en todo caso favorables a la seguridad de los intereses del menor, de tal manera que, propugnar una equiparación absoluta de legítimos e ilegítimos en este aspecto, resulta en el Ecuador más bien una posición demagógica, nominal y nada efectiva. Considero, en cambio que sería muy digna de estudio una reforma en el sentido de la reseñada legislación portuguesa y peruana, es decir, que la guarda legítima del padre que reconoció voluntariamente al hijo debe estar rodeada de mayores ventajas para el padre, mientras que si la relación de paternidad se estableció por una declaración judicial, al padre deben corresponder solamente las cargas y no las ventajas.

Se ejerce la patria potestad respecto de los hijos no emancipados. Pronto estudiaremos en detalle la emancipación; valga anticipar que en todo caso se emancipa el que deja de ser menor de edad, el que cumple 21 años, si ya antes no se emancipó por otras causas (por ej. el matrimonio del menor o la muerte de ambos padres). Comienza a ejercerse propiamente la patria potestad cuando nace el hijo, pero aún antes de nacer, el padre o la madre pueden ejercer algunos derechos que se desprenden de la patria potestad, como el de nombrar guardador testamentario para el hijo que está por nacer, o el de administrar los bienes que le corresponderán si llega a existir jurídicamente.

En cambio, en el caso del hijo legitimado, la patria potestad comienza precisamente cuando se perfecciona la legitimación, y entonces también cesa la guarda legal bajo la cual debió estar el menor, sea que dicha guarda haya sido ejercida por el mismo padre o por otra persona.

En principio todo menor no emancipado, si es hijo legítimo está sometido a patria potestad, pero el Código Civil considera dos casos

de excepción parcial: a) el hijo que ejerce un cargo o empleo público es "considerado como mayor de edad", y no está sujeto a la patria potestad en todo lo relativo a dicho cargo o empleo (art. 261), y b) el hijo de familia se mirará como emancipado para la administración y goce de su peculio profesional o industrial (art. 265). Aparte de estas dos excepciones que, aunque parciales, tienen un alcance bastante amplio, pronto expondremos otros casos de excepción más particular en los que se concede al hijo de familia alguna especial capacidad o se le desvincula en tal o cual aspecto de la protección paterna.

283.— Los peculios del hijo de familia.

Como queda dicho, la patria potestad significa fundamentalmente que el padre o madre tienen el usufructo, la administración y la representación de los bienes y derechos del hijo. Ahora bien, desde muy antiguos tiempos estos derechos se han limitado por los peculios concedidos al hijo de familia. Un peculio en términos generales significa un conjunto de bienes de los que uno puede disponer en medida más o menos amplia. Los peculios del sometido a patria potestad comprenden a veces el derecho de administrar o de usufructuar tales bienes, o simultáneamente de usufructuar y administrar un patrimonio; anexa a estas facultades puede estar también una cierta capacidad jurídica especial para esos negocios jurídicos referentes al peculio, o puede también faltar esta especial capacidad de excepción. En una palabra: la patria potestad puede desmembrarse más o menos de sus derechos integrantes, y éstos pueden pasar al hijo de familia para que los ejerza por sí mismo o por medio de otro representante legal distinto, que será un guardador (tutor o curador).

Aunque la doctrina de los peculios conduce a conferir alguna especial facultad al hijo sobre sus bienes, sin embargo, el *peculio adventicio ordinario* comprende precisamente las cosas que pertenecen en propiedad al hijo, pero son usufructuadas y administradas por el padre (o madre, que ejerza la patria potestad), quien por lo mismo representa al hijo en todos los negocios judiciales y extra judiciales relacionados con ellos. Es decir que en el caso del peculio adventicio ordinario, o simplemente peculio ordinario, el hijo no tiene ninguna especial facultad y el padre ejerce en toda su plenitud la patria potestad. Este peculio se integra con todos los bienes que pertenezcan al hijo y que no deban ingresar en otro de los peculios que se indicarán a continuación; o sea que, por regla general, los bienes que adquiere el hijo, constituyen el peculio adventicio ordinario, mientras no se demuestre lo contrario.

Sería, pues, difícil enumerar todas las posibles fuentes de integración del peculio adventicio ordinario, pero, atendiendo a la vida ordinaria, podemos decir que principalmente puede formarse este peculio por los siguientes aportes: regalos o donaciones hechas por los mismos padres al hijo de familia; donaciones, legados o herencias recibidas

por el hijo sin ninguna condición especial, por ejemplo, de los abuelos, hermanos mayores u otros parientes o amigos; frutos de los bienes anteriormente indicados que voluntariamente quiera el padre adjuntar a los bienes del hijo, lo cual es otra forma de donación, ya que tales frutos puede hacerlos suyos el padre; eventuales ganancias en juegos de azar, loterías, etc.

El peculio *profesional o industrial* se constituye con los bienes adquiridos por el hijo "en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico" (art. 262 Nº 1). A veces en la doctrina se denomina a este peculio cuasi-castrense, recordando el origen romano de la institución. Nuestra ley, en cambio llama profesional o industrial, en forma más descriptiva, al peculio ganado por el hijo mediante cualquier trabajo remunerado.

Sobre el peculio profesional o industrial, el padre de familia no tiene prácticamente ningún derecho, ya que al hijo le corresponde su goce (que excluye el usufructo del padre).

El hijo, tiene una libertad relativa de trabajar y de escoger su trabajo. El art. 62 de la Constitución dice que dicha libertad se protege "consultando las condiciones de edad, sexo, salud, etc". Es evidente, pues, que el hijo de familia no puede trabajar si su padre se lo prohibe, o no puede trabajar en aquello que su padre le prohiba. En términos generales, pueden trabajar, con el permiso de su padre, los menores que hayan cumplido 14 años, y si ya han cumplido los 18 años, su libertad es mayor, porque no se exige que conste la autorización paterna y pueden contratar directamente los menores, lo relativo a su trabajo. Excepcionalmente pueden trabajar los menores que no han cumplido ni los catorce años: pueden prestar servicios domésticos. Los hijos de "huasicamas", pueden prestar estos servicios domésticos, desde los doce años (art. 297 del Código del Trabajo), con derecho a jornal distinto del de sus padres.

El hijo que tiene peculio profesional o industrial, hace suyos los frutos de su peculio, y responde de las obligaciones que contrae, hasta por el monto del mismo peculio. Estas reglas rigen tanto en materia civil como también en la comercial: el art. 11 del Código de Comercio dice así: "Cuando los hijos de familia y menores que administran su peculio profesional, en virtud de la autorización que les confieren los artículos 265 y 480 del Código Civil, ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta la concurrencia de su peculio, y sometidos a las leyes de comercio".

El tercer tipo de peculio es el llamado *adventicio extraordinario*. Este se puede integrar de diversas maneras: a) con bienes adquiridos por el hijo a título de donaciones, herencias o legados con la condición de que el padre no tenga el usufructo, sino que el hijo goce de él; b) las herencias y legados que hayan pasado al hijo por incapacidad del padre; c) las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indigni-

dad del padre; d) las herencias y legados que hayan pasado al hijo por haber sido desheredado el padre.

Lo que caracteriza al peculio adventicio extraordinario es que corresponde al hijo y no al padre el usufructo de los bienes. La administración de dichos bienes puede, según los casos, corresponder al padre o al hijo. El padre puede administrar el peculio adventicio ordinario y el extraordinario (no el profesional), y puede también estar privado de dicha administración en varias circunstancias que veremos más adelante. Baste indicar, por el momento, que si el padre ha sido privado por el testador o donante del usufructo, no por ello se le quita la administración (caso a) de los enumerados antes); en cambio, si el padre ha sido desheredado, o es incapaz o indigno de suceder (casos b), c) y d), entonces necesariamente carece del usufructo y también de la administración de los bienes del hijo. Aparte de estos casos, el padre puede ser privado solamente de la administración, sin perder el usufructo: por disposición expresa del testador o donante, o si el padre se hace culpable de dolo o grave negligencia en la administración de los bienes del hijo (Art. 270).

Como observa Fueyo "la ley ha obrado con lógica al negar toda intervención y todo provecho al padre respecto de los bienes que no han podido llegar normalmente a su propio patrimonio. Sería como contradecir la sanción que ha operado, o al menos restarle eficacia en parte". En cambio, resulta un tanto extraño que el padre privado de la administración de los bienes del hijo por dolo o culpa grave, continúe percibiendo el usufructo líquido (esto es, descontados los gastos de la administración por parte de un curador); y solamente puede explicarse si se tiene en cuenta que el usufructo del padre lleva consigo la carga de mantener al hijo: es un usufructo con especial destino, como luego veremos.

Punto discutido es el referente a si puede constituirse peculio adventicio extraordinario con bienes que corresponden a la legítima del menor. Es decir, si puede o no el testador dejar la legítima bajo la condición de que el padre no tenga el usufructo de dichos bienes.

A mi modo de ver como esa condición en nada menoscaba el derecho del legitimario, no es una carga, y puede imponerse a la legítima.

284.— Usufructo del padre o de la madre.

Al hablar de los peculios del hijo, quedó ya esbozado algo de lo referente al derecho de usufructo de quienes ejercen la patria potestad, pero es necesario considerar en detalle este derecho.

"Se llama *usufructo legal* del padre de familia el que lo concede la ley", dice el art. 262 (in fine). Y el art. 263 agrega que dura este derecho hasta la emancipación del hijo. El mismo artículo 262 indica que la regla general es que el padre goce de este usufructo: "el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados

los siguientes..."; y enumera dicho artículo el peculio profesional y el peculio adventicio extraordinario.

No se extiende tampoco el derecho de usufructo del padre de familia a los bienes dejados al hijo con la condición de que sea emancipado (art. 291), ya que en este caso, se considera cumplida la condición haciendo que ni el padre ni la madre tengan el usufructo.

No es exacto hablar de "usufructo del padre", porque puede corresponder a él o a la madre. Debería decirse: "de quien ejerce la patria potestad", o "de los padres".

Por otra parte, si los padres están actualmente casados, el producto del usufructo ingresará normalmente a la sociedad conyugal con el carácter de ganancial.

La Ley argentina 13.252 ha privado en general al adoptante del derecho de usufructo de los bienes del adoptivo, salvo de los que herede el hijo del cónyuge premuerto del adoptante. Disposición interesante, prudente, apta para evitar adopciones interesadas, que debería tenerse en cuenta para una reforma de nuestra ley.

Generalmente se afirma que la razón de ser de este usufructo concedido al padre o a la madre, está en que se quiere compensarles de los gastos que tienen que realizar en la crianza, educación y mantenimiento de los hijos. La jurisprudencia de algunos países ha llegado incluso a proporcionar el usufructo a dichos gastos, de tal manera que cuando excede notablemente a lo gastado por los padres, se considera justo que no enriquezca a los padres; en este sentido hay sentencias uruguayas, y españolas, aunque éstas menos radicales. Y como nuestra ley reconoce a los hijos legítimos el derecho de alimentos congruos, es decir, proporcionados a la condición social y situación económica, resulta que de hecho los padres tienen que gastar en el mantenimiento de los hijos cantidades que no resulten desproporcionadas al peculio de los hijos, si lo tienen. Pero no se puede llegar a establecer una proporción exacta, ni mucho menos a considerar que los hijos tengan derecho a que los padres no hagan suyos los frutos que con exceso sobre lo gastado, produzcan sus bienes peculiares.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho, casi unánimemente la doctrina sostiene que no se puede identificar con el derecho real de usufructo, de que trata el Libro II del Código Civil. Las principales razones para sostener esta radical diferencia entre el usufructo legal del padre o madre, y el usufructo derecho real ordinario son estas: el que corresponde a la patria potestad tiene el preciso destino que acabamos de indicar; no se puede vender; no puede ser embargado por los acreedores del padre; su titular no está obligado a dar fianza o caución, ni normalmente a hacer inventario solemne; dura solamente hasta la emancipación del hijo. Todas estas características no existen en el usufructo ordinario.

Pero tenemos también un fundamento en el derecho positivo para sostener la diferencia entre ambos derechos de usufructo. En el

Título IX del libro II que trata del derecho real de usufructo, se dice que el usufructo del padre de familia, como el del marido, sobre los bienes del hijo o de la mujer, "están sujetos a las reglas especiales del Título De la Patria Potestad y del Título De la Sociedad Conyugal" (art. 847 Código Civil). Luego, no cabe aplicar sino supletoriamente, por analogía, las reglas del referido libro II, al usufructo paterno. Así, por ejemplo, no habrá más remedio que recurrir a estas disposiciones para establecer lo relativo a los frutos pendienes al momento de comenzar y de terminar el usufructo legal, puesto que en el Libro I, no tenemos ninguna disposición al respecto.

El padre que disfruta del usufructo legal no está obligado a dar caución (Art. 264), "por razones del usufructo legal". Pero bien podría la persona que hace una donación o legado, o deja una herencia a favor de un menor, la cual va a ser usufructuada por el padre o madre ,exigir que éstos garanticen la conservación y restitución de la cosa fructuaria; entonces la obligación de prestar fianza o caución no nacería del usufructo legal en sí mismo, sino de la condición puesta por el donante o testador.

Cuando el padre usufructúa, responde, lógicamente de la restitución de los bienes en su normal estado de conservación, pero no se le puede pedir cuenta de los frutos, ya que éstos le pertenecen.

La ley no exonera directamente al padre de la obligación de hacer inventario de los bienes que usufructúa, pero se desprende del art. 268, que el padre no está obligado a hacer inventario solemne, porque allí se refiere a "los bienes que administra" y evidentemente es por razón de la administración y no del usufructo que se pide dicho inventario solemne. Luego el padre que solamente usufructúe, sin administrar (porque administra un curador), no está obligado a hacer inventario solemne; y el padre que tiene administración (con o sin usufructo), tampoco está obligado a hacer inventario solemne, salvo el caso de que pase a nuevas nupcias. En este último supuesto se exige el inventario solemne para evitar la confusión de patrimonios.

En cuanto a la inembargabilidad del usufructo, el art. 2483 del Código Civil, declara expresamente que el usufructo del padre de familia es inembargable. Sin embargo, cosa distinta son los bienes concretos que ingresen en el patrimonio del padre por razón del usufructo: esos bienes ya son suyos, se confunden con los demás bienes, y son perfectamente embargables.

Cosa parecida sucede con la irrenunciabilidad del usufructo legal: el derecho mismo es irrenunciable, como también innegociable, pero los frutos concretos pueden renunciarse, y acrecentar por esta liberalidad el patrimonio filial, o negociarse, y pasar a otras personas. En este sentido tenemos jurisprudencia de la Corte Suprema.

El usufructo derivante de la patria potestad dura cuanto se prolonga ésta. En ningún caso termina antes que la patria potestad, ni siquiera cuando se priva al padre de la administración de los bienes

por haber actuado dolosamente o con grave negligencia habitual; y ya he expresado que esta última regla (art. 270), no parece justa ni acertada.

En cuanto a los problemas de Derecho Internacional Privado que puedan presentarse respecto del derecho de usufructo legal del padre de familia, el Código Sánchez de Bustamante dispone en el art. 70 que "La existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, se someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar de su situación", y el art. 127 dispone que "depende de la ley personal del hijo el precepto que releva o no de fianza al padre usufructuario".

285.— Administración de los bienes del hijo.

Quien ejerce la patria potestad tiene por regla general la administración de los bienes del hijo que correspondan al peculio adventicio ordinario y al extraordinario. No se extiende la administración paterna al peculio profesional. El peculio profesional es administrado por el mismo hijo si éste es empleado o funcionario público y el peculio proviene del cargo o empleo; y es administrado por un curador en los demás casos.

Aunque la regla general es, pues, la de que el padre tenga la administración de aquellos bienes sobre los cuales le corresponde el usufructo, (art. 266), sin embargo, se trata de derechos separables, de tal manera que bien puede haber usufructo sin administración y viceversa. Concretamente el padre no tiene la administración a pesar de usufructuar los bienes que: a) se hayan dejado al hijo en herencia, legado o donación con la condición de que no administre el padre; b) se hayan sacado de la administración paterna por dolo o culpa grave del padre; c) deban ser administrados por un curador adjunto a la madre que ejerza la patria potestad, cuando el padre ha nombrado dicho curador por testamento o la misma madre lo ha pedido al juez; d) deban ser administrados por un curador, por haber pasado la madre a nuevas nupcias (art. 285); e) los padres hayan convenido al divorciarse o separarse judicialmente, asignar la patria potestad a uno de ellos y la administración al otro (art. 286).

Se ha planteado la duda sobre si pasa a la madre la administración de los bienes del hijo cuando se priva al padre de dicha administración. Para sostener la opinión afirmativa se aduce el art. 288 por el cual "en todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre sobre los hijos no emancipados, le reemplazará en ella la madre, con todos los derechos y obligaciones". Luego, se podría pensar, que quien puede lo más puede también lo menos: si la madre reemplaza en el mismo ejercicio de la patria potestad, también puede reemplazar en la administración, que es uno de los derechos incluídos en la patria potestad. Pero el art. 271 dice expresamente que "No

teniendo el padre la administración del todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración"; de tal modo que se descarta totalmente el anterior razonamiento. Además, la madre no podría administrar con la debida independencia respecto del padre, que por ser su marido controla todos los actos de la mujer, y se frustraría así el fin de la ley. Con la nueva Carta Política resulta preferible el primer sistema.

Los bienes del hijo pueden ser administrados por un curador especial, por un curador adjunto o por un curador general, según los casos. Se le dará especial, cuando solamente se trata de un negocio concreto en el que los padres no puedan intervenir; adjunto, cuando la madre ejerza la patria potestad, o también si el padre no debe administrar parte de los bienes por disposición de un donante o testador; y en los demás casos, se tratará de un curador general (cuando se suspende o quita la patria potestad a los padres).

Si solamente se ha quitado al padre el derecho de administrar no pierde el usufructo, pero entonces recibe únicamente los frutos líquidos, descontados los gastos de la administración por parte del guardador.

Los poderes de quien ejerza la patria potestad son amplios en materia de administración, pero de todas formas tienen algunas limitaciones legales. No pueden enajenar libremente los bienes raíces, sino solamente con autorización del juez, previo conocimiento de causa. Tampoco pueden hipotecar dichos bienes, sino cumpliendo las mismas condiciones.

El art. 274 pone las indicadas limitaciones solamente respecto de la "enajenación o hipoteca", pero debemos entender en sentido extensivo el término enajenación, de modo que comprenda cualquier gravamen: una servidumbre, por ejemplo, ya que el fin protector de la ley es evidente y no sería razonable prohibir la hipoteca y no prohibir la servidumbre que puede ser más gravosa.

El art. 838 del Código de Procedimiento Civil parece ordenar que la venta de bienes raíces de menores se haga en todo caso en subasta pública, pues se refiere indistintamente a todos los inmuebles de menores. Pero creo que debe prevalecer el Código Civil —como ley especial para el caso—, que, respecto de los menores bajo curaduría exige subasta pública (art. 435), pero no, cuando están bajo patria potestad (art. 274). Y es lógica la diferencia, por la mayor confianza que merecen el padre o la madre. Además, el art. 839 del C. de Procedimiento Civil dice terminantemente que si el incapaz está sujeto a patria potestad, queda al arbitrio de su representante el ejecutar la venta "por escritura pública o en subasta", y la jurisprudencia confirma lo dicho.

La falta de autorización judicial para la venta de bienes de un hijo de familia produce nulidad. Según nuestro sistema, las formalidades que se exigen en razón de la naturaleza misma del acto, produce

nulidad absoluta si se omiten, y en cambio, la omisión de requisitos o solemnidades puestos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas causan nulidad relativa. Parece, pues, evidente que la autorización judicial para la enajenación o hipoteca de bienes de menores pertenece a esta segunda categoría y que, por tanto, su prescindencia ocasiona nulidad relativa.

El padre tampoco puede hacer donación "de parte alguna de los bienes del hijo" (art. 275). Pero hemos de entender con alguna amplitud este mandato legal, cuyas palabras parecen evidentemente excesivas. Si el mismo Código prohibe sólo limitadamente las donaciones de los bienes pupilares (art. 444), no se puede suponer que la intención del legislador haya sido la de vedar absolutamente al padre toda donación. Al guardador puede autorizarle el juez para que done bienes muebles del pupilo por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, etc., y no habría razón para que el juez no pueda autorizar al padre iguales donaciones con bienes del hijo, siendo así que el padre merece más confianza y es de suponer que velará con igual o mayor empeño que un guardador por los intereses de su hijo. También se permite al guardador realizar gastos de "poco valor para objetos de caridad", lo cual no podría tampoco impedirse razonablemente al padre.

La jurisprudencia uruguaya ha ido incluso más allá de cuanto se acaba de exponer, y han resuelto los tribunales de aquel país que el juez puede considerar existente "utilidad o necesidad evidente" para el menor, en que su padre haga una donación de sus bienes, porque se considera que la utilidad no es únicamente la material o económica, sino también la moral o espiritual.

Considero que la única manera razonable de entender los poderes administrativos del padre de familia es comparándolos con los del curador, y teniendo en cuenta que en general los del padre deben ser más amplios. Ahora bien, nuestro Código es más minucioso al hablar de la administración de las guardas que de la correspondiente a la patria potestad, por tanto, debe aclararse ésta por aquella. Y en conclusión, no puede impedirse al padre legítimo lo que no se prohibe al curador.

Las leyes tratan de completar la protección de los intereses del menor de edad, sobre todo en cuanto a la conservación de los bienes raíces. Por esto, el art. 75 de la Ley del Seguro Social dispone que no se pueden enajenar, sino con autorización del Consejo de Administración de la Caja Nacional del Seguro, los bienes de menores, o en que tengan parte menores, y que hubieren recibido por herencia de un afiliado a la Caja que gozare de seguro de desgravamen. La prohibición se extiende hasta que el último de los menores haya cumplido la mayoría de edad. Durante este período los menores pueden estar sujetos a patria potestad, y entonces el padre o madre que la ejerzan, deben alcanzar la mencionada autorización, además de la autorización judicial prescrita por el Código Civil.

Otro acto de administración extraordinaria es el arrendamiento de inmuebles por largo plazo. El artículo 275 prohibe arrendarlos "por largo tiempo". Opino que también esta regla debe entenderse buscando la concordancia con la análoga disposición del art. 449 para los curadores y tutores, quienes no pueden arrendar los bienes raíces urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, y ni unos ni otros por un plazo que sobrepase al tiempo que falta para que el pupilo cumpla la mayoría de edad. No precisando el Código al hablar de la Patria potestad qué deba entenderse por "largo plazo", parece lógico que deban ser esos cinco u ocho años, y en ningún momento por más tiempo del que falta para que el hijo se emancipe. Y así mismo, los efectos de la violación de esta prohibición tan tajantemente formulada en el art. 275, no pueden ser otros que los previstos en el Título de la Administración de los Tutores y Curadores, esto es, que el arrendamiento no valga sino dentro de los límites temporales que marca la ley. No hay, pues, nulidad, sino una reducción de la eficacia del contrato a sus justas proporciones. Y además, si el menor, llegado ya a los veintiún años, considera conveniente el arrendamiento pactado por un tiempo superior al previsto por la ley, bien puede continuar con aquel contrato.

Para aceptar una herencia o legado deferidos al hijo, el padre debe cumplir con el requisito del beneficio de inventario. Y para rechazarlos, necesita autorización judicial, ya que el art. 275 se remite a las reglas de las tutelas y curadurías en esta materia. Pero, además, aunque el art. 275 se refiere expresamente sólo a las herencias, debemos entender que lo propio debe decirse de los legados y donaciones (cfr. arts. 439 y 440 del Código Civil). Además del paralelismo de los diversos casos, tenemos la disposición del último inciso del art. 1464: "Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones", y aunque puede discutirse el valor universal o especial de esta regla, no se ve inconveniente para aplicarla al caso que nos ocupa.

La ley no ha prohibido de manera general los contratos entre padre e hijo de familia, pero el artículo 1852 expresamente no permite el contrato de compraventa, de donde puede deducirse que los otros contratos sí son posibles jurídicamente hablando. En la práctica es muy difícil que exista una causa real para que se celebren otros contratos entre padre e hijo de familia, de donde fácilmente resultarían nulos por falta de causa.

Termina la administración de los bienes del hijo de familia: a) cuando se emancipa; b) si se priva judicialmente de ella al padre por administración dolosa o gravemente culpable; c) en los casos de suspensión de la patria potestad; y d) cuando la ejerce la madre y pasa a segundas o ulteriores nupcias. A propósito de este último caso, cabe observar que la ley es demasiado rigurosa porque priva a la madre "perpetuamente"; más apropiado sería no conferir a la madre la ad-

ministración solamente mientras ella a su vez está sometida a la potestad marital, de forma que, si termina su matrimonio, o al readquirir, por cualquier causa, la capacidad jurídica que tendría si fuera soltera, debería reasumir también la administración de los bienes de los hijos que estén bajo su patria potestad. Quizá la solución más adecuada, teniendo en cuenta la tendencia favorable a la capacidad de la mujer casada que predomina en nuestro derecho actual, sería la de imponer, a la mujer que sea relativamente incapaz por el matrimonio, la asistencia de un curador adjunto, pero sin privarle en ningún caso de su participación en el manejo de los bienes filiales; y si la mujer es plenamente capaz, entonces, aunque esté nuevamente casada, no habría porqué impedirle dicha administración.

Finalmente, hay que indicar que desde la reforma de 1958, que introdujo el actual artículo 286, los cónyuges divorciados o separados con separación conyugal judicialmente autorizada pueden convenir en que ejerza la patria potestad aquel de los padres que no tiene el cuidado de los hijos, es decir, aquel a quien no correspondería normalmente. Y considero que el referido artículo permite también que se atribuya la patria potestad a uno de los padres y la administración de los bienes al otro. Esta solución puede ser muy conveniente en ciertos casos, dadas las especiales cualidades que debe reunir el administrador, y por otra parte, la conveniencia de que el usufructo de los bienes y el control directo de los hijos correspondan también al padre más capacitado para esto, que puede no ser el mismo administrador. En todo caso, estas convenciones entre los cónyuges o ex-cónyuges deben ser aprobadas por el juez, y de otro modo no tienen valor; así se asegura que no se inspiren en motivos egoistas que perjudiquen a los hijos.

286.— Representación legal del hijo de familia.

La administración de los bienes de otra persona implica necesariamente una representación de esa persona. Administrar supone realizar actos jurídicos, y si éstos recaen sobre el patrimonio de otro, es evidente que el administrador está representando al dueño de las cosas. Luego, el padre de familia, porque administra los bienes de sus hijos legítimos no emancipados, debe tener también la representación de ellos, y así los establece expresamente la ley (Art. 33, 277, 278 etc.).

Pero, además, el padre, aunque no tenga la administración de los bienes del hijo, puede representarle en varios casos: por ejemplo, en los juicios en que el hijo sea actor o demandado.

El hijo, por su parte, puede realizar por sí mismo ciertos actos jurídicos, en otros casos puede hacerlos válidamente si está autorizado por su padre, y en otros, necesariamente debe ser representado por el padre. En este punto trataremos de estos últimos, y después se examinarán los otros dos casos.

El padre puede representar al hijo en actos judiciales y extrajudicial, es decir, fuera de juicio.

La representación en juicio se refiere en primer lugar, a los juicios civiles en que el hijo sea actor o demandado, entendiendo por juicios civiles, en sentido amplio, todos los que no son penales (civiles propiamente dichos, comerciales, de trabajo. etc). En todos estos, caben, sin embargo excepciones, es decir que el hijo puede comparecer por sí mismo como se dirá luego.

Si de hecho el padre no representa al hijo en un juicio, será o porque no ha querido o porque no ha podido hacerlo, y como en ambos casos la ley prevé el nombramiento de curador *ad litem,* se debe proceder a dicha designación en todo caso en que el hijo no esté actualmente representado por su padre o madre, y así lo ha resuelto la jurisprudencia.

El padre puede solamente representar al hijo en juicio, y no tiene facultad para *autorizarle* para que él mismo actúe por sí solo. Cuando el hijo comparece por sí solo es porque la ley misma autoriza esa comparacencia en determinados casos, como cuando el hijo es empleado o funcionario público y litiga por razón del cargo, o en los juicios de trabajo cuando el mismo menor pudo celebrar válidamente el contrato que da origen al juicio. (art. 121 C. Trabajo y 34 C. Proc. Civ.). Por consiguiente, si el padre no representa al menor, éste normalmente debe estar representado por otra persona. Y esta regla se aplica incluso en los casos de litigios relativos al peculio profesional del hijo (no empleado público), pues entonces el menor se mira como emancipado: no puede representarle su padre, pero sigue siendo menor, y requiere de un curador que actúe en su nombre en el juicio.

El padre no puede representar al hijo cuando litiga contra él. Tampoco puede representarle si entre padre e hijo hay oposición de intereses siempre que se litiga sobre derechos recíprocos de padres e hijos, aunque de momento no haya surgido disputa entre ellos; no hay oposición si la sentencia que acoja o rechace la demanda, respectivamente beneficiaría o perjudicaría a ambos por igual.

El padre que representa al hijo en juicio no está obligado a interponer recurso contra una sentencia desfavorable, y puede también desistir del recurso si lo interpuso, ya que esto no se asimilar ni mucho menos a una donación; puede muy bien ser conveniente para el hijo el no apelar, a pesar de que la setencia no le haya dado la razón. En este sentido hay jurisprudencia de la Corte Suprema.

En materia penal el hijo no puede parecer en juicio por sí mismo como actor, sino que necesariamente debe estar representado, por su padre o madre, o por un curador. En cambio, no se precisa que el padre consiente para que se encause penalmente al hijo de familia; naturalmente, se sigue el juicio contra el hijo, aunque no lo quiera el padre; pero éste está obligado a prestarle "los auxilios que necesita para su defensa" (art. 279), es decir los medios económicos, y tam-

bién debe promover el nombramiento de curador si él mismo no puede actuar jurídicamente en defensa del hijo.

Como el menor no puede comparecer en juicio penal por sí mismo como actor, tampoco puede presentar acusación particular (art. 19 del Códico de Procedimiento Penal). Pero si el padre se niega a actuar en nombre del hijo, éste puede recurrir al juez quien le autoriza, pero no para actuar por sí mismo, como opina Somarriva sino por medio de un curador *ad litem*, como claramente lo expresa el Art. 277.

Se pregunta quién debe representar judicialmente al hijo si debe litigar contra el padre. Caben dos soluciones: la representación de la madre o la de un curador especial. El art. 34 del Código de Procedimiento Civil confiere a la mujer casada la representación de los hijos;: a) cuando están bajo su patria potestad; b) si tienen que litigar contra su padre; y c) si está autorizada por ley especial. Por consiguiente, normalmente representará la madre a los hijos que litigan contra su padre, y solamente si ésta no quiere o no puede representarles, se recurrirá al nombramiento de curador especial.

La madre que pasa a segundas nupcias no pierde el derecho de representar a sus hijos, según se desprende del Art. 285, y ha declarado terminantemente la jurisprudencia. Pero de esto no se sigue, desde luego, que el nuevo marido —padrastro de los hijos del primer matrimonio—, les represente; él ni siquiera podría ser guardador de los entenados, ya que su parentesco político en este caso constituye impedimento para el ejercicio de la guarda. Creo, sin embargo que la madre bien puede excusarse de ejercer esta representación, porque si el mismo padre puede no asumir la representación (art. 278), no hay razón para impedírselo a la madre, que, si se ha vuelto a casar puede tener muchas razones para no intervenir en juicio en representación de sus hijos de anterior matrimonio.

El punto que se acaba de exponer es discutido. Algunos, como Pérez Guerrero opinan que la representación de los hijos puestos bajo la patria postestad de la madre corresponde al curador adjunto que administra los bienes, porque la representación va anexa a la administración y no puede separarse de ella. Pero dado el carácter especial de la curaduría *adjunta*, no veo inconveniente para que corresponda primordialmente la representación a la madre, de acuerdo con quien debe actuar el curador. Además, como se dijo, la jurisprudencia confirma la tesis expuesta, que por otra parte se desprende claramente del art. 285, donde se dice: "La que pasare a segundas o ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no *los demás derechos* de la patria potestad"; y como es sabido que estos derechos son el usufructo y la representación, parece que no cabe duda sobre que la madre no pierde la representación de los hijos aunque contraiga nuevo matrimonio.

Además de la representación del padre o de la madre, la Ley de Asistencia Social ha previsto una forma más de proteger a los me-

nores: "En los juicios sobre tutelas o curadurías, y en las diligencias de consignación, relativos a los menores asilados en orfanatorios u otros establecimientos de esta índole, administrados por las Juntas, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Menores en el artículo 42, apartado f), será parte el Director o Subdirector respectivo. De no citársele, el juicio será nulo" (art. 64). Y el referido artículo 42 del Código de Menores ordena la intervención del Tribunal de Menores, por medio de su Presidente, en todos los juicios que interesen a menores, asuntos que no podrán tramitarse sin el dictamen del Tribunal, la que los jueces ordinarios mandarán oír.

En cuanto a la representación fuera de juicio, es decir en los actos y contratos no judiciales, el padre debe actuar por regla general en nombre del hijo en todo lo referente al peculio adventicio ordinario y extraordinario. Pero puede también el padre autorizar por escrito al hijo para que él mismo actúe, o ratificar lo ya hecho por el hijo (art. 273).

Mientras no se demuestre lo contrario el padre tiene la administración de los bienes del hijo de familia, y con ella, la representación del hijo: por esto no se le puede exigir documento habilitante en escrituras públicas en que intervenga en nombre del hijo. En este sentido ha sentenciado la Corte Suprema.

Pero el menor está autorizado por la ley para realizar por sí mismo algunos actos: los personalísimos, como son los testamentarios; los contratos de trabajo desde que ha cumplido 18 años; y con el consentimiento de los padres otros contratos, como los de trabajo de aprendizaje desde que haya cumplido 12 años; y en general actos y contratos, con la autorización paterna, desde los 14 años si es varón o los 12 si es mujer.

Observa Fueyo que el juez no ha sido investido de potestad para suplir la representación o autorización paterna para actos o contratos del menor, a diferencia de los que sucede entre cónyuges. Y se hace más notable esta omisión de la ley, si se tiene en cuenta que el juez sí puede autorizar al menor para que litigue —representado por un curador—, cuando el padre o madre que ejercen la patria potestad no pueden o no quieren representarle (art. 277). No se ve una plausible razón para que el juez pueda autorizar el litigio y no pueda autorizar el contrato.

No está claro si cuando se quita al padre la administración de los bienes del hijo, sin privarle de la patria potestad, pueda y deba seguir representando al hijo. El art. 271 dispone que cuando el padre no tenga la administración de todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador especial para esta administración. No dice la ley si el padre continúa con el derecho de representar al hijo; en cambio sí dice expresamente que no pierde el usufructo. Como se ve, la fórmula empleada por el Código es distinta de aquella del caso de la madre que pasa a nuevas nupcias, y por el

tenor literal se podría concluír que el padre pierde la representación juntamente con la administración. Pero precísamente por paralelismo o analogía con la solución que dimos para el caso de la madre, parece que debemos concluír que tampoco el padre pierde el derecho de representación cuando es privado de la administración. Además, parece equitativo que si el legislador no le ha quitado al padre el usufructo, tenga también el derecho —que es más bien carga— de representar al hijo judicialmente y también en aquellos actos o contratos extrajudiciales que exigen una forma solemne. No cabría de ningún modo, en cambio, la intervención del padre en aquellos actos y contratos ordinarios, que son la trama jurídica misma de la administración de la cual está privado: para esos actos de ordinaria administración está el curador; en los otros, debería intervenir el padre, con la anuencia del curador.

287.— *Autorización al hijo de familia.*

Los absolutamente incapaces, como lo son el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, el demente y el menor impúber, no pueden ser autorizados para actuar jurídicamente. Pero los relativamente incapaces, pueden ver subsanada su limitada capacidad o bien mediante la representación legal, o bien por la autorización. No nos referimos a la autorización legal, es decir, a aquellos actos que por excepción pueden los menores —y en general los incapaces—, realizar porque la ley se lo permite, sino a la autorización propiamente dicha, o sea a la que por un acto de voluntad personal habilita al incapaz para que proceda como si fuera capaz. Esta autorización puede ser dada por el representante legal, o por el juez.

Ya sabemos que nuestra ley no permite que el padre (o madre) autoricen al menor de edad para que actúe en juicio. Tampoco el juez puede habilitar al hijo de familia para que comparezca en juicio, pero si el padre le ha negado su representación o no puede asumirla, el juez autoriza al menor para litigar mediante un curador *ad litem;* es decir, que no hay autorización habilitante, sino propiamente cambio de representación: en lugar del padre debe actuar el curador para la litis.

Fuera de juicio, en cambio, quien ejerce la patria potestad puede autorizar al menor para que haga actos jurídicos o contratos válidos por sí mismo.

La autorización en términos generales puede ser *expresa* o *tácita*. *Anterior* al acto, o *posterior* a él, y entonces toma el nombre de *ratificación*. La autorización expresa puede a su vez ser más o menos solemne; y entre las solemnidades corrientes las más notables consisten en la confección de documento *escrito* y la *comparecencia* del autorizante en el acto mismo que se realiza.

El Código no es muy claro en cuanto a precisar qué clase de autorización puede o debe dar el padre al hijo de familia para que sus

actos sean válidos. No se plantea directamente el problema en la ley, sino solo indirectamente, al señalar los efectos de los actos del hijo de familia.

Hay ciertas expresiones que inclinan a pensar que tanto la autorización como la ratificación solamente pueden ser dadas por el padre por escrito. Este punto de vista sostiene Don Luis Felipe Borja. Don Fernando Fueyo indica que el Código ha hecho referencia a la autorización y ratificación "por escrito", con motivo del señalamiento de efectos de los actos, "pero eso no implica fijación de ese medio como único". Y agrega que: "Considerando que en todo caso precisa una *forma indubitable* —incluso para seguridad frente a terceros— y que bien puede acudirse al espíritu general de la legislación; a mi juicio debe aplicarse la misma fórmula de la autorización marital. En consecuencia, puede autorizar el padre por escrito, previamente, o puede hacerlo *interviniendo él mismo, expresa y directamente en el acto*"

En una palabra, mientras Borja y otros consideran que solamente puede autorizar *por escrito* el padre, Fueyo considera que si el padre manifiesta de modo *indudable* su consentimiento, vale como autorización.

El problema nace de que el código es muy sintético al hablar de la intervención del padre en los actos del hijo y respecto de la administración de sus bienes, a diferencia de la mayor extensión con que trata de los poderes del marido respecto de la mujer y del guardador con referencia al pupilo. ¿Porqué emplea la ley este inusitado laconismo? Tal vez porque las relaciones entre padres e hijos se rigen de hecho más que por el derecho, por la costumbre; pero también cabe pensar que el legislador quiso que los vacíos de la ley se llenaran por analogía.

No creo que se pueda aceptar irrestrictamente la solución propuesta por Don Luis Felipe Borja por varias razones: a) el guardador puede autorizar a su pupilo para que realice ciertos actos, sin que la ley le exige que lo haga por escrito; más aún, cabe incluso presumir dicha autorización para los actos de ordinaria administración (Art. 481), y no sería razonable que el padre no pueda hacer lo propio con su hijo. b) No parece aceptable la opinión de nuestro sabio comentarista sobre que los actos aprobados por el padre, son actos del padre y no del hijo, porque esto significaría que el hijo -incapaz-, en cierto modo actúa en representación del padre, lo cual en nuestro derecho no es de ningún modo admisible, o si no, que el acto del hijo no tiene ninguna entidad jurídica que todo es hecho por el padre; ahora bien, no es lo mismo que el padre adquiera una cosa o una obligación, o que la adquiera el hijo: si la adquiere el padre, podrá, por ejemplo donarla, en cambio si es adquirida por el hijo, el padre no puede donarla, estará obligado a responder de ella, etc.

Considero que la solución está en una interpretación de la ley

teniendo en cuenta el contexto y la analogía con las instituciones similares de la potestad marital y de las guardas.

Tanto los actos no autorizados del hijo, como los de la mujer casada son relativamente nulos. También coinciden los dos casos en que, se excluye la nulidad si se tiene que presumir la autorización competente. Otro punto de coincidencia: que el incapaz (mujer o menor) sólo responden eventualmente, hasta el monto del beneficio que les haya reportado el acto. En cambio, la responsabilidad del menor tiene otro límite más: su peculio ordinario: *dentro* de él solamente responde hasta el monto del beneficio; si se beneficia en 100 y luego pierde en otros negocios, pero el monto del peculio ordinario es 80, no se le puede cobrar sino 80, aunque tenga otros peculios. De todo esto se deduce que existe una evidente analogía, matizada con ciertas diferencias, entre ambas instituciones. Por tanto, cabe la interpretación analógica, pero siempre que se ajuste al tenor literal del mismo Código.

Ahora bien, el Art. 272 consta de dos incisos: en el primero se supone que es posible la autorización al hijo, en general, y en el segundo se indica que la autorización *para ciertos actos* debe ser hecha por escrito, luego es evidente, *que para los demás actos*, la autorización podrá hacerse en forma análoga a la establecida para el caso de la mujer casada o del pupilo sometido a guarda. Léase a continuación el Art. 272:

Art. 272: "Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por el curador adjunto, en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre. Y si lo tomare, no quedará obligado, por estos contratos, sino hasta el monto del beneficio que haya reportado de ellos".

Entendido este artículo según su tenor literal, parece claro que solamente se exige la autorización por escrito para aquellos actos extraordinarios como son las compras al fiado y el tomar dinero en préstamo. Los demás actos podrían autorizarse de palabra, con la comparecencia del padre, y aún tácitamente.

Es verdad que no existe respecto del menor de edad la misma presunción positiva que se ha formulado para la mujer casada, sobre las compras que haga al contado. Pero ya que se pide autorización escrita para las compras al fiado, nada más lógico que pensar que las compras al contado sí están autorizadas. Además, no hay más remedio que aceptar el uso corriente, y la experiencia demuestra que los hijos de familia realizan constantemente pequeñas compras con dinero que les dan sus padres, y si exigiéramos para su validez la autorización escrita se pondría una traba muy grande a la vida ordinaria; el derecho no puede apartarse de la realidad del uso general; y la interpretación del derecho debe hacerse conforme a la costumbre.

En cuanto a la ratificación, posterior a la realización por parte del menor de un acto no autorizado por el padre, el problema es más difícil. Efectivamente, el Art. 273 parece referirse a toda clase de actos; si cualquiera de ellos no es ratificado *por escrito,* por el padre sus resultados no obligan al padre. Pero también en este caso cabe pensar que el artículo 273 debe interpretarse en íntima relación con el que le precede inmediatamente, y como en el Art. 272 se ha establecido la diferencia entre los actos de administración ordinaria que pueden ser autorizados de cualquier manera por el padre, y los extraordinarios (créditos y compras al fiado) que requieren autorización escrita, así mismo, puede pensarse que solamente los actos de cierto relieve y trascendencia exigen ratificación escrita del padre, y por el contrario para los actos de la vida corriente y que no tienen mayor repercusión, económica, se debe admitir la ratificación no solemne, verbal, y aún tácita del padre.

Si no se admite la anterior solución, el padre podría pedir la nulidad de un acto del hijo, por ejemplo una compra al contado de un mueble ordinario, aún después de haberlo usado o de haber visto que el hijo lo utilizaba, lo cual pugna con el sentido de caballerosidad que domina en las relaciones civiles y en las costumbres generalizadas.

Distinto es el caso de la autorización por parte del juez. La mujer casada puede pedir autorización al juez, cuando el marido se la niega para un acto que considera necesario o conveniente (Art. 167), el pupilo tiene también una posibilidad de hacer intervenir a la justicia, aunque en forma distinta, para proteger sus derechos contra los actos del curador (Art. 482), pero al hijo de familia no se le concede recurso contra las decisiones del padre. Si el hijo quiere litigar y el padre le niega el consentimiento, puede dirigirse al juez y pedir que éste le autorice y le dé curador ad litem (Art. 277), pero la ley no le autoriza para pedir al juez que reemplace el consentimiento que el padre le niega para un contrato. Ya hemos estudiado en otro lugar que, por excepción, para el matrimonio, el hijo que ha cumplido 18 años sí puede pedir al juez que califique el disenso de su padre y le autorice en lugar de él, pero fuera de esta excepción, no cabe que el hijo apele a la justicia. La Diferencia de tratamiento a la mujer, al pupilo y al hijo de familia es muy lógica: los poderes del padre son mayores, los del curador se asemejan a los del padre, reemplazan a aquellos, pero los del marido sobre la mujer son mucho más reducidos y tienden cada día a ser menores.

Hay ciertos actos para los cuales le ley exige terminantemente una edad ya cumplida, y entonces no cabe ninguna autorización habilitante. Esto resulta muy frecuente en el campo del Derecho Público para el ejercicio de los derechos de ciudadanía, para cargos públicos etc. En materia comercial, se exige la mayoría de edad para ser corredores (Art. 80 del Código de Comercio), para ser factor (Art. 119) y para ser dependiente (Art. 124), y en todos estos casos no basta

la autorización paterna para suplir la falta de edad. En el mismo derecho civil desde luego no cabe autorización sino a favor del menor adulto, y nunca para el menor impúber, y hay actos, como la adopción que excluyen totalmente la posibilidad de autorización ni siquiera al menor adulto.

En cambio, el derecho social es muy proclive a aumentar la capacidad de los menores cuando en esta forma se puede favorecer sus intereses. Así por ejemplo, el Código del Trabajo que ya permite a los menores de edad que hayan cumplido 18 años contratar libremente (Art. 33), también acepta que los menores comprendidos entre los 14 y 18 años puedan hacer contratos de trabajo con autorización, y no solamente de quien ejerza la patria potestad, sino en general "de los ascendientes o personas que corran con su manutención y cuidado", y todavía, a falta de ellos, " otorgará la autorización el Inspector o Subinspector del trabajo".

288.— Actos que puede realizar el hijo por sí mismo.

Nos referimos aquí a los actos o contratos que el hijo puede hacer sin necesidad ni de la representación ni de la autorización de quien ejerza la patria potestad, porque la misma ley le da capacidad para esto.

Un primer grupo de actos que el hijo de familia puede ejecutar válidamente por sí solo son los llamados *personalísimos*, que por su mismo carácter son instranferibles a otra persona. A estos pertenecen los actos testamentarios a que se refiere expresamente el Art. 280. El matrimonio es también un acto personalísimo, pero ya hemos estudiado que sí requiere el menor autorización para celebrarlo (aunque no se produce nulidad por su falta, sino respecto del menor de 18 años); lo que no cabe respecto del matrimonio es que el representante legal supla el consentimiento del menor, que actúe en su nombre y representación. Las capitulaciones matrimoniales pueden hacerse por el menor de edad si está autorizado para el matrimonio: no requiere autorización especial aparte de la indicada, luego es la misma ley quien le capacita para este contrato. También se debe admitir que el menor puede legitimar y reconocer hijos ilegítimos, porque también estos son actos personalísimos. Desde luego, en todo caso se supone que el menor sea adulto y tenga actualmente el uso de su razón.

"Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores, en lo concerniente a sus empleos" (Art. 261), y no están sometidos a la patria potestad en todo ello, de modo que tienen capacidad jurídica para todo acto o contrato dentro de aquella esfera.

En cuanto a la administración y goce del peculio profesional o industrial, el hijo de familia "se mirará como emancipado", es decir, tampoco requiere de la intervención de su padre para represen-

tarle o autorizarle. Pero esta capacidad del menor tiene una restricción importante, señalada por el artículo 274: no se pueden enajenar ni hipotecar sus bienes raíces, ni aún pertenecientes al peculio profesional o industrial, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.

Ahora bien, el menor que tiene peculio profesional o industrial no proveniente de empleo o cargo público, sigue siendo menor de edad y por lo tanto, incapaz. Ya sabemos que, si ejerce empleo público será "considerado como mayor" (Art. 261), y tendrá, por lo mismo, capacidad jurídica; pero el que forma su peculio profesional o industrial con el desempeño de cualquier otro trabajo, según el Art. 265 solamente "se mirará como emancipado": sale de la patria potestad, y tiene que subsanar su incapacidad mediante la representación o autorización de un curador.

La solución dada por nuestra ley es verdaderamente sorprendente y no parece adecuarse a los usos y costumbres contemporáneos. Si un menor de edad, con el fruto de su esfuerzo forma un patrimonio, ese peculio profesional de hecho es administrado por él mismo, y sería totalmente inusitado que alegara nulidad de los actos jurídicos realizados so pretexto de que no tuvo curador, o no intervino ningún representante legal en sus actos.

Parece que no tiene sentido que el hijo salga de la patria potestad para requerir de inmediato la intervención de otra persona (que pueda ser el mismo padre, pero ya en otra calidad), para que como curador le represente o autorice. No se ve qué ventaja positiva pueda tener este sistema.

Más absurda todavía resulta la regla si se tiene en cuenta que el artículo 480 establece que "el menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión o industria". Si estamos a la letra de la ley tenemos que concluir que el menor bajo curaduría si ejerce un trabajo remunerativo "se mirará como emancipado" en lo relativo a los bienes adquiridos con su esfuerzo, y como es incapaz necesita de un curador: de otro curador distinto del general. Esta solución es totalmente inaceptable por complicada, engorrosa e inútil.

Sin embargo, no es lícito apartarse del claro tenor literal y el Código no atribuye plena capacidad al menor respecto de su peculio profesional, sino que simplemente le asimila al emancipado. Además, si se compara el Código Civil ecuatoriano con el chileno y el colombiano, se encuentra que en estos otros dos, de igual origen que el nuestro, la disposición legal es distinta, y mucho más razonable. El Art. 246 de Código chileno dice: "el hijo de familia se mirará *como mayor de edad* para la administración y goce de su peculio profesional o industrial". El Código colombiano por su parte dice:.... "se mirará como *emancipado y habilitado de edad*" (Art. 294); en cambio

el nuestro únicamente trae: "como emancipado". Se puede concluír que la intención de nuestro legislador no fué la misma que la del colombiano y chileno: mientras éstos atribuyen capacidad de mayor de edad para la administración del peculio profesional, nuestra ley solamente considera al menor como emancipado, y que continúa requiriendo del ministerio de un representante legal. Que esta absurda solución sea realmente la que ha querido nuestro legislador y la que efectivamente ordena nuestra ley se desprende también de la analogía que guarda con el caso del hijo cuyo padre haya sido privado de la administración por dolo o negligencia grave habitual: en estos casos también, sin considerar la edad del hijo, se prescribe terminantemente que debe darse curador al hijo; y en forma parecida, cuando la madre ejerce la patria potestad y pasa a nuevas nupcias, se debe nombrar curador para los hijos menores de cualquier edad.

Considero que se impone una reforma de la ley en el sentido de que: a) el hijo que tiene peculio profesional o industrial debe gozar de plena capacidad jurídica para la administración de dicho peculio; b) si se priva al padre o a la madre de la administración de los bienes del hijo y éste ha cumplido ya los 18 años, en lugar de nombrársele curador, podría asumir él mismo directamente sus negocios con capacidad jurídica, salvo que prefiera solicitar al juez el nombramiento de un curador. En esta forma se compaginaría mejor la ley con las costumbres sociales imperantes y se daría una solución más sencilla al problema del peculio profesional en lugar de la rebuscada fórmula contenida en nuestro Código.

Hemos visto que el Código exige autorización escrita del padre para que el hijo tome dinero a interés y compre al fiado, en términos generales, pero estos mismos actos, cuando se realizan *dentro del giro ordinario* del peculio profesional o industrial, pueden efectuarse por el menor sin necesidad de dicha autorización, como aparece claramente del texto del Art. 272, aunque este punto ha sido discutido y negado por algunos autores.

También la jurisprudencia tanto chilena como ecuatoriana confirman que el menor de edad puede comparecer en juicio por sí mismo en defensa de su peculio profesional o industrial, sin necesidad de asistencia alguna.

Nuestro Código de procedimiento Civil, con fórmula aún más amplia, autoriza al menor de edad "para defender los derechos provenientes de contratos que haya celebrado válidamente sin intervención del representante legal" (Art. 34 nº 2). estos contratos pueden ser los que celebre dentro del peculio profesional o industrial, o también aquellos para los que esté autorizado por una ley especial.

El menor, si es adulto y está en su sana razón, es capaz para ser depositario en el caso de depósito necesario, sin necesidad de autorización de su representante legal (cfr. Art. 2260 del Código Civil).

Desde los siete años en adelante se puede adquirir posesión (Art. 762) con tal que concurra la voluntad y la aprehensión material o legal de la cosa; pero no pueden los incapaces ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización competente. En este caso, pues, no cabe comparecencia en juicio, a pesar de la especialísima capacidad para adquirir el derecho.

Los depósitos de ahorro hechos personalmente por un menor, según la Ley General de Bancos (Art. 181) "se conservarán en beneficio exclusivo de los depositarios, de acuerdo con los términos del contrato... y podrán ser retirados por ellos... sin intervención de sus representantes legales".

Por el Art. 112 de la Ley del Seguro Social Obligatorio, los menores de edad —como también la mujer casada—, tienen capacidad especial para aportar a la Caja, percibir sus beneficios, y realizar actos y contratos en calidad de afiliados al Seguro Social.

El Art. 304 del Código Civil autoriza al menor de edad que hubiere cumplido 18 años para presentarse directamente en juicio para la investigación de la paternidad o la maternidad. El menor adulto puede también dirigirse al Ministerio Público pidiéndo su intervención para evitar perjuicios que pueda causarle su curador (Art. 482). En forma injustificable, concede también la ley capacidad especial al menor que ha cumplido 18 años, para que intente por sí sólo el juicio de divorcio (Arts. 131 y 133) y en el de separación conyugal (Art. 181)

289.— *Responsabilidades del padre y del hijo.*

El padre de familia responde ante el propio hijo sobre la administración y conservación de los bienes de éste, y responde ante terceras personas por ciertos actos realizados por él mismo o por el hijo.

Responde ante el hijo, de los bienes que administra o usufructúa, y desde luego, si tiene ambos derechos. Esta responsabilidad se refiere a la conservación y mantenimiento de las cosas, pero no a los frutos, salvo que estos deban pertenecer al hijo. En una palabra, el padre responde del peculio adventicio ordinario o extraordinario del hijo, en todo cuanto pertenece al hijo. No responde el padre usufructuario de los frutos, porque nadie responde de lo que a él mismo le pertenece; y aunque el usufructo tiene una destinación evidente, un fin que cumplir primeramente, que es el mantenimiento y educación del mismo hijo, el padre actúa soberanamente y dispone de él porque la ley le ha asignado, como titular, el derecho de usufructo.

La indicada responsabilidad del padre, se extiende hasta la culpa leve (Art. 296), y por tanto, deberá indemnizar al hijo de cualquier perjuicio que se produzca por su dolo, culpa grave o culpa leve, pero nó si proviene solamente de culpa levísima. Además, si

comete dolo o "grave negligencia habitual", se le puede quitar la administración de los bienes del hijo (Art. 270), no bastando para este efecto una sóla o aislada culpa grave, a pesar de su equiparación al dolo (Art. 34), porque la disposición del Art. 270 es especial y prevalece sobre la regla general del Art. 34.

Para establecer la responsabilidad del padre se requiere que rinda cuentas. La ley no le exige expresamente esto, pero se desprende como lógica consecuencia de la existencia de responsabilidad; ésta no tiene ningún alcance si no hay obligación de rendir cuentas. La jurisprudencia ha confirmado esta tesis, fundándose en que todo el que administra bienes ajenos debe rendir cuenta de su administración. Naturalmente la cuenta del padre no tiene por qué ser igual a la que debe rendir un extraño: al curador se le pide que documente minuciosamente todos los movimientos económicos, pero el padre no está obligado a esto; así tampoco debe el padre hacer inventario solemne sino solamente una lista detallada de los bienes de sus hijos, naturalmente todo el resto de la cuenta debe ser únicamente una cuenta privada, una anotación lo más precisa pero que no es indispensable que reuna los requisitos de otra documentada. Los vacíos, se pueden perfectamente suplir con razonables presunciones basadas en la costumbre.

El hijo cuyos bienes hubieren disminuído por culpa imputable al padre administrador, tiene derecho a ser indemnizado. Y la ley ha enumerado entre las personas que tienen privilegio de cuarta clase, entre otros, al hijo de familia por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre, o por la madre, en su caso, sobre los bienes de éstos (Art. 2497 del Código Civil).

Frente a terceros, el padre responde: a) por los actos que él realiza en representación legal del hijo; b) por los actos realizados por el hijo con autorización del padre: c) por los actos realizados por el hijo y que el padre ha ratificado. En todos estos casos, los efectos del acto o contrato jurídico recaen primera y principalmente sobre el patrimonio del padre (el cual responde normalmente con sus bienes propios y los de la sociedad conyugal que administre). Pero hay ciertas limitaciones, o excepciones, en las cuales responde también el hijo, o sólo el hijo, como veremos enseguida.

Quien ejerce la patria potestad, y en general, la representación legal de un menor, responde también de los daños ocasionados por el menor por delitos o causa delitos, pero solamente hasta que el sujeto cumpla los 18 años. El Art. 589 del Código Penal dice así: Los perjuicios ocasionados por los mayores de 7 años y menores de 18, serán pagados por los padres, guardadores, patronos o personas de quien dependan los contraventores, de conformidad con las disposiciones del Código Civil". Y los artículos 2336 y 2337 del Código Civil establecen esta responsabilidad por los delitos o cuasi delitos de todos los menores, incluso, de los que no han cumplido siete años,

y que recae sobre sus padres, etc. Su responsabilidad se funda en la obligación que tiene de educarlos y controlarlos.

El hijo de familia, a su vez, responde frente a terceros: a) por los actos realizados dentro de la administración de peculio profesional o industrial, y siempre que no se trate de actos extraordinarios; b) se considerarán actos de administración extraordinaria, tomar dinero a interés o comprar al fiado, fuera del giro ordinario del peculio profesional, y respecto de estos actos también responde el hijo, pero solamente si el acto obtuvo autorización escrita del padre; c) responde también el hijo que realiza esos actos sin autorización del padre, pero solamente hasta el monto del beneficio que le hubieren reportado; d) si el hijo realiza actos o contratos dentro del peculio adventicio ordinario o extraordinario, con la autorización del padre (o éste ratifica los ya hechos), el primeramente responsable es el padre, pero también responde subsidiariamente el hijo y sólo hasta el monto del beneficio que le reportare el acto o contrato; e) finalmente responde el hijo en todos aquellos casos en que actúa con capacidad jurídica conferida por leyes especiales, como cuando, por ejemplo, contrata con la Caja Nacional del Seguro Social, como afiliado de ella.

En cambio, cuando el hijo hace actos o contratos, fuera de su peculio profesional, sin estar autorizado ni por el padre ni por una una ley especial el acto es nulo con nulidad relativa, que puede declararse a petición del propio hijo, de su representante, o de sus sucesores en el derecho de que se trate.

290.— *Suspensión de la patria potestad.*

La suspensión de la patria potestad está legislada en nuestro país por el Código Civil y por el Código de Menores, además de ciertas disposiciones complementarias contenidas en otras leyes, principalmente en el Código Penal. Y el criterio que inspira al Código Civil es bastante diverso del espíritu del Código de Menores; mientras en el primero se señala causas precisas que necesariamente conducen a la suspensión de la patria potestad, en el segundo, se deja amplia libertad al Tribunal de Menores para adoptar o no dicha medida, e incluso para resolver otra cosa más drástica: la definitiva terminación de la patria potestad. El Código Civil, además, mira ante todo a evitar que el menor de edad pueda quedar de hecho sin la debida representación legal, mientras que la intención principal del Código de Menores consiste en evitar una mala o inconveniente representación de los incapaces por razón de la edad, o de evitar perjuicios prevalentemente morales para ellos.

Las causas de suspensión de la patria potestad, según el Código Civil son estas: a) estar demente quien la ejerce; b) haber sido colocada esta persona en interdicción de administrar sus bienes; c) estar ausente por largo tiempo, siguiéndose de ello grave perjuicio para los

intereses del menor (Art. 281). En todos estos casos, se requiere sentencia judicial, previo conocimiento de causa, y de haberse escuchado a los parientes del menor y al Presidente del Tribunal de Menores y al Ministerio Público (Art. 282).

Es preciso observar que puede decretarse la suspensión de la patria potestad siempre que el padre o madre esté demente, aunque no sea "demencia habitual", es decir, aunque no reuna los requisitos necesarios para poner en interdicción a esta persona; precisamente la interdicción es otra causa de suspensión de la patria potestad. En este punto parece más acertado que el nuestro, el Código Civil argentino que en caso de demencia del padre solamente autoriza para suspender la administración y representación del hijo, pero el padre que sufre esta desventura no pierde el usufructo (Arts. 304 y 309 del Código argentino).

Somarriva observa con razón que también se suspende la patria potestad por la menor edad del padre, causal ésta no contemplada por el Código Civil e introducida en Chile por la Ley Nº 7612 de 12 de octubre de 1943. Tampoco en nuestra ley se hace mención de este caso, pero es evidente que el padre incapaz por ser menor de edad no puede administrar por sí mismo ni representar al hijo, de modo que requiere de un curador, el cual administrará y representará también el patrimonio del hijo, aunque el titular de la patria potestad sea el padre; hay pues una especie de suspensión parcial (ya que el usufructo sí pertenece al padre, descontandos los gastos de la curaduría).

En cuanto al Código de Menores, como queda dicho, confiere facultades muy amplias y discrecionales al Tribunal de Menores para ordenar o no la suspensión de la patria potestad, o también declarar su terminación, en cualquiera de los casos siguientes: a) si el menor ha cometido un delito; b) si el menor ha sido víctima de un delito; c) cuando la persona que ejerce la patria potestad adolece de incapacidad mental; d) en el caso de alcoholismo crónico de tal persona; e) si hay descuido en la crianza o educación del hijo; f) si se ha permitido al hijo entregarse a la vagancia, o a la mendicidad; g) por haber sido el padre o madre condenados por vagancia, secuestro o abandono de menores; h) por maltratar al menor; i) por dar malos ejemplos al menor; j) "por toda circunstancia que coloque al menor en estado de peligro material o moral, especialmente cuando la permanencia en el hogar constituya un peligro para la moralidad". (Arts. 53 y 54).

Fácilmente se apreciará que la ley resulta redundante, en el afán de emplear las facultades del tribunal y asegurar una máxima protección a los menores.

Si se suspende la patria potestad del padre, le reemplaza la madre, pero si la mujer no está suficientemente preparada para estos negocios, cabe la solución prevista por el artículo 284: "El padre podrá nombrar en testamento un curador adjunto a la madre, para la administración de los bienes de sus hijos". Y considero que nada obsta pa-

ra que la misma madre que tenga la patria potestad pida el nombramiento de curador, si la excesiva complicación de los negocios así lo exige: el Art. 393 da esta facultad al curador, y no cabe negársela a la madre.

El artículo 408 podría dar a entender que cuando se suspende la patria potestad del padre, en lugar de sucederle en ella la madre, habría lugar al nombramiento de un curador. Pero el verdadero sentido de este artículo es que si ambos padres son privados o suspendidos en la patria potestad, entonces debe nombrarse curador que los reemplace. Evidentemente, la regla del Art. 283 es prevalente por ser especial, y lo dispuesto en el Art. 408 responde a la primitiva redacción del Código, antes de las reformas que han conferido a la madre la patria potestad a falta del padre.

291.— La emancipación, en general.

El artículo 287 define la emancipación por su principal efecto: dar fin a la patria potestad, y señala a la vez sus clases. Dice así: "La emancipación pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial".

En unos casos la emancipación tiene razón de sanción contra los padres, en otras simplemente se centra en torno al interés del hijo. Hay casos en que no cabe que los padres ejerzan la patria potestad porque se han hecho indignos de ella, en otros, simplemente el desarrollo normal de la vida exige la emancipación.

Desde que existe en el Ecuador la patria potestad del padre y de la madre, la emancipación solamente se puede producir cuando respecto de ambos existan circunstancias que hagan imposible o inconveniente la sujeción del hijo. Por tanto, si antes la muerte del padre ocasionaba la emancipación, ahora solamente se produce cuando ambos hayan muerto, o el uno haya muerto y el otro tenga otro motivo que le impida ejercer la patria potestad.

La institución de la adopción ha creado entre nosotros el caso curiso y único de que, terminando la patria potestad de los propios padres, sin embargo no queda emancipado el hijo, sino que se traslada la patria potestad al adoptante. Fuera de este caso, si el hijo sale de la patria potestad del padre, queda bajo la de la madre, y si también sale de esta patria potestad, no puede quedar sometido en igual calidad a ninguna otra persona. A falta de patria potestad, se debe nombrar un guardador para el menor de edad.

Accidentalmente puede suceder que terminada la patria potestad de la madre, recaiga nuevamente sobre el padre. El caso puede presentarse cuando en el divorcio o la separación conyugal de los padres, convinieron ellos con la aprobación del juez (Art. 286), o sentenció el juez por causas legales (Art. 130 y 286) que ejerza la patria potestad la madre, y posteriormente ella se hace incapaz de

ejercerla, por ejemplo por dar a luz un hijo ilegítimo (Art. 285), en tanto que el padre entonces no es incapaz: en tal caso el juez debe asignar nuevamente la patria potestad al padre. Pero si éste la pierde, el hijo queda emancipado.

El principal efecto de la emancipación es dar fin a la patria potestad, por tanto, los padres pierden el derecho de representación, usufructo y administración de los bienes del hijo. El hijo no se convierte por la emancipación en capaz, aunque si la emancipación es por el cumplimiento de los veintiún años, entonces coincide la adquisición de la plena capacidad con la emancipación. El menor emancipado sigue siendo incapaz y necesita de un representante legal para actuar válidamente: se procede a nombrarle tutor o curador, y los mismos padres pueden desempeñar dicha guarda.

Este sistema parece bastante imperfecto, ya que no se logra adecuadamente el fin de la emancipación. Efectivamente, tal institución se propone favorecer la libertad e independencia del hijo, lo cual no se logra si debe continuar sujeto a curaduría o a tutela. Por lo cual sí tiene razón de ser la distinción entre la emancipación y la habilitación de edad, que subsiste en el Código Colombiano y que fué muy combatida por Don Luis Felipe Borja, como contraria a los principios. En el Ecuador se suprimió la habilitación de edad, y como consecuencia de ello nos encontramos con un sistema complicado y poco apto para conferir gradualmente al menor de edad una mayor responsabilidad juntamente con su progresiva autonomía.

En el campo del Derecho Internacional Privado tenemos dos importantes disposiciones del Código Sánchez de Bustamante, que conviene reseñar: la ley personal del hijo rige la terminación y recobro de la patria potestad (Art. 69) y "Las reglas aplicables a la emancipación y la mayor edad son las establecidas por la legislación personal del interesado" (Art. 101).

Otros efectos secundarios o indirectos produce la emancipación. Así por ejemplo, con ella cesa la prohibición para celebrar ciertos contratos entre padres e hijos, como el de compraventa (Art. 1852 del Código Civil) o el de sociedad de responsabilidad limitada (Art. 84 de la Ley de Compañías).

292.— *Emancipación voluntaria*

Solamente puede emanciparse voluntariamente al menor adulto. Realmente el Código Civil (Art. 288) se refiere únicamente a la condición de que el hijo sea adulto, pero parece evidente que tampoco cabe la emancipación de otros incapaces absolutos, ya que éstos ni siquiera podrían intervenir en el otorgamiento del instrumento público que se exige.

Pide la ley que se haga esta emancipación "por instrumento público" (Art. 288 C. C.), que el Código de Procedimiento Civil

(Art. 799) precisa que debe ser "escritura pública", y además "inscrita".

La forma o solemnidades de la emancipación voluntaria se completa con otros actos necesarios: la escritura una vez inscrita se debe presentar al juez para que apruebe la emancipación, y hecho esto, "se mandará publicar por la imprenta, o, a falta de ésta, por carteles fijados en los parajes más públicos del lugar" (Art. 791 del C. P. C.).

No se encuentra lógica alguna en este procedimiento. Más razonable sería que se comenzara con una investigación de tipo judicial sobre la conveniencia para el menor de su emancipación, y que solamente una vez que el juez hubiere autorizado, entonces se confiriera la escritura pública, se publicara por la prensa o por carteles y se inscribiera finalmente en el Registro Civil. Sobre todo la inscripción que la ley ordenara realizar antes de la aprobación judicial, es totalmente inadecuada y contraria a nuestro sistema en general.

En cuanto a las publicaciones, tienen por objeto hacer que fácilmente puedan conocer terceras personas el cambio de la situación jurídica del menor, y particularmente que su padre o madre ya no le representan legalmente. No parece que quepa oposición alguna por parte de terceros a la emancipación, puesto que de ninguna manera puede perjudicarles; pero si alguien conociera circunstancias especiales que hicieran temer un perjuicio para el menor, cabría que las denunciara al Tribunal de Menores, el cual debe intervenir, por medio de su Presidente en todo este asunto . Ahora bien, como la ley dispone que las publicaciones se hagan después de terminado todo el trámite, no sirven para el efecto que se acaba de indicar. Lo atinado sería, por esto, que las publicaciones consistan en el anucio de la emancipación que se va a realizar.

En lo relativo a los requisitos de fondo, a parte de la edad adulta y capacidad natural del menor, se requiere un triple consentimiento, que debe manifestarse en la escritura: el de ambos padres y el del propio menor que se emancipa.

El Art. 288 habla expresamente del consentimiento "del padre y de la madre". Considera, sin embargo, que si uno de ellos ha fallecido, no habría inconveniente en aceptar la emancipación voluntaria con el consentimiento del padre sobreviviente. Si se pide el consentimiento de ambos es porque ambos pueden ejercer la patria potestad, y si terminara la del uno, tendría derecho el otro a sucederle en este ejercicio, pero si ya ha muerto, lógicamente debe bastar el querer del que sobrevive.

En cambio resulta dudoso el caso del padre o madre que hayan desaparecido, sin que aún se declare su muerte presunta; entonces probablemente no puede verificarse la emancipación voluntaria con un solo consentimiento paterno, porque bien puede reaparecer el ausente y reclamar su derecho sobre el hijo.

El caso del padre que se hubiere vuelto demente, tampoco está previsto por la ley, y la solución más justa consistiría en que el curador autorizara la emancipación si es probable que el demente no recobrará el uso de la razón. Igual solución debería darse para otros casos de incapacidad o impedimento de carácter definitivo de uno de los padres.

Si los progenitores están divorciados, la situación no cambia en cuanto a la emancipación voluntaria: ambos deben manifestar su consentimiento unánime. Bien se ve que en la práctica será casi imposible. Se puede presuponer que en dicho estado si uno de los padres quiere emancipar, el otro no lo querrá. Considero que sería más justo que en estas circunstancias pudiera remplazar el juez el consentimiento de aquel padre que no tenga la patria potestad ni el cuidado material del menor.

No está nada claro el camino a seguir en el caso de un menor adoptado. El consentimiento para la emancipación, probablemente deben darlo los padres adoptantes, puesto que ellos asumen la patria potestad y reemplazan a los padres propios del menor en todos sus principales derechos y obligaciones. Pero, por otra parte el Código habla de "padre y madre", y los adoptantes propiamente no lo son; además, un acto de tanta trascendencia, parece que debería permitir la intervención de los padres propios, o al menos, la ley debería indicar que el juez oiga su parecer, antes de decidir.

Además de la voluntad de los padres y la del menor, se requiere, como quedó dicho, el consentimiento judicial, el cual se dará con conocimiento de causa, y oyendo, naturalmente, al Presidente del Tribunal de Menores (Art. 1120 del Código de Procedimiento Civil). Otras personas no pueden imponer la emancipación voluntaria, aunque la consideren conveniente al menor.

Si se hace al menor una donación o legado o se le deja una herencia con la condición de que sea emancipado voluntariamente, la condición no vale por que significaría una injusta intromisión en el orden interno de la familia. Por otra parte, la ley quiere tutelar al máximo el cumplimiento de la voluntad del donante o causante de la herencia o del legado. Se concilian los intereses del menor, de la familia y del respeto a la voluntad de quien deja sus bienes con la condición de emancipar, transformando la condición en la que no tengan el padre o la madre el usufructo de aquellos bienes.

La emancipación en general una vez que se produce no puede desaparecer, pero hay dos excepciones, una de las cuales afecta precisamente a la emancipación voluntaria de modo exclusivo. El hijo emancipado voluntariamente, vuelve bajo la patria potestad si "observa conducta inmoral" (Art. 292). Naturalmente se requiere sentencia del juez, con conocimiento de causa para que se revoque la emancipación en tales casos.

293.— Emancipación legal.

Tanto en la emancipación llamada "legal" como en la "judicial" existen unas causas señaladas por el Código, pero la diferencia entre ellas radica en que la primera se produce automáticamente cuando hay la causa legal, y no se requiere ningún pronunciamiento de autoridad ni decreto o sentencia de juez, mientras tanto que la emancipación judicial supone además de la prueba de la correspondiente causa, la declaración en sentencia de juez competente.

Las causas de la emancipación legal se reducen a los cuatro numerales del Art. 289:

> Art. 289: "La emancipación legal se efectúa:
> 1º Por la muerte del padre, cuando no existe la madre;
> 2º Por matrimonio del hijo;
> 3º Por sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente;
> 4º Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años.
>
> Queda abolida la habilitación de edad".

La habilitación de edad fué introducida en el Ecuador en 1865 pero fué suprimida en 1869, quedando hasta hoy el inciso final del Art. 289: "queda abolida la habilitación de edad", en forma poco explicable, ya que, una vez codificada las reformas al Código Civil, no tenía por qué continuarse conservando en su texto esta disposición derogatoria.

En cuanto al primer numeral: "por la muerte del padre, cuando no existe la madre", ha dejado de ser exacto con las modificaciones producidas en otras disposiciones del Código. Efectivamente, hoy día puede pasar varias veces la patria potestad del padre a la madre y viceversa, particularmente en el caso de divorcio o de separación conyugal, ya que tiene la patria potestad por regla general el que cuida personalmente de los hijos, y el juez puede modificar las disposiciones sobre dicho cuidado personal. Así, pues, solamente cuando ambos padres hayan muerto, o el uno muera siendo incapaz el otro para ejercer la patria potestad, se producirá la emancipación legal.

Parecidas observaciones podrían hacerse a propósito del numeral tercero. El verdadero supuesto de la ley consiste en que no pudiendo ejercer la patria potestad uno de los padres (por haber muerto o estar incapacitado) el otro sea declarado muerto por presunción y se llegue a conferir a los herederos presuntivos la posesión de sus bienes. Nótese, además, que tanto el decreto de posesión provisional como el de posesión definitiva pueden producir este efecto: será siempre suficiente el primer decreto de posesión en los bienes, y tal vez sería preferible que la ley dispusiera simplemente que con el decreto de declaración de muerte presunta (que normalmente es anterior a los de posesión provisional o definitiva aunque pueda coincidir

con ellos) se dé por emancipado al hijo que no tenga otro padre que pueda continuar con la patria potestad.

Finalmente, el matrimonio del hijo menor de edad también le emancipa. Algunos códigos extranjeros dan este efecto emancipador solamente al matrimonio del menor que hubiere sido debidamente autorizado por sus padres.

294.— Emancipación judicial.

A diferencia de la emancipación voluntaria que solamente puede producirse respecto del menor adulto, la legal y la judicial favorecen a menores de cualquier edad: impúberes o adultos.

En cuanto al espíritu que anima esta institución, se puede decir que la emancipación judicial tiene un sentido de sanción para los padres y de protección a los hijos, en tanto que la emancipación legal simplemente reconoce o acepta ciertas circunstancias que naturalmente originan una mayor independencia del menor, sin que nada tengan que ver con defectos, culpa o actuación peligrosa de los padres.

El sentido protector de los menores se ha ahondado en los últimos tiempos, y como consecuencia, el Código de Menores confiere facultades más amplias al juez para suspender o privar de la patria potestad a los padres.

Art. 290: "La emancipación judicial se efectúa por sentencia del juez.

1º.— Cuando el padre o la madre, en su caso, maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en grave peligro su vida, o de causarle grave daño;

2º.— Cuando el padre o la madre han abandonado al hijo;

3º.— Cuando la depravación del padre, o de la madre, les hace incapacer de ejercer la patria potestad.

En los tres casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquiera consanguíneo del hijo, y aún de oficio;

4º.— Se efectúa asimismo la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre, o a la madre, culpable de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; a menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad".

A los mencionados numerales habría que agregar el caso previsto en el artículo 285, que ni siquiera está contenido en el Título de La Emancipación, pero que también puede producirla judicialmente: "La madre que se prostituyere o diere a luz un hijo ilegítimo, perderá la patria potestad"; naturalmente si el padre no vive o no puede ejercerla, en estos casos el menor queda también emancipado, y es lógico suponer que se requiera sentencia de juez, sobre todo si se alega prostitución de la madre, ya que deberá probarse debidamente.

En general, las causas señaladas en el Art. 289 suponen que o bien ambos padres hayan incurrido en ellas o si solamente uno de los mismos es culpable se requiere que el otro tampoco pueda ejercer la patria potestad por cualquier causa. Si los padres están separados o divorciados, al incurrir uno de ellos en alguna causa de emancipación de los hijos que están bajo su cuidado, lo lógico es que pasen los menores al cuidado y patria potestad del otro padre, si es capaz de ejercerla. Pero si los padres viven juntos, la culpa, delito, etc., del uno, puede incapacitar moralmente a ambos padres para ejercer la patria potestad: sobre todo si el que incurre en las causas de emancipación es el marido, difícilmente podrá la mujer reemplazarle, ya que ella misma está también sometida a la autoridad del varón en el hogar.

Comentando el Derecho argentino, Borda sostiene que el delito cometido respecto de uno de los hijos ocasiona la pérdida de la patria potestad respecto de todos, pues es evidente que un padre que pueda cometer semejante crimen, no ofrece ninguna garantía para los demás hijos. Considera, sin embargo, que esta solución no es aplicable a los hijos que nacieran después de la condena, pues ello importaría dar proyecciones excesivas a un hecho quizá remoto, y privaría de toda posibilidad de rehacer su familia a quien ha purgado ya su delito". Muy humanitaria y justa parece esta doctrina, y opino que se encuadra perfectamente dentro de las posibilidades de nuestro derecho, sobre todo si se tiene en cuenta las amplias facultades atribuídas por el Código de Menores (Arts. 53 y 54) a los Tribunales.

Recordemos por último que el Código Penal (Arts. 491 y 498) sanciona con la pérdida de la patria potestad la comisión de ciertos delitos sexuales graves, y en forma parecida dispone el Código Penal de la Policía Civil (Arts. 256 a 269).

295.— *Terminación de la emancipación.*

La emancipación hace terminar la patria potestad y origina un nuevo estado o situación jurídica: la del emancipado. Normalmente esta nueva posición es definitiva y esto quiere expresar el Código al decir en el artículo 292, con poca exactitud, que "la emancipación, una vez efectuada, es irrevocable".

En realidad solamente se podía hablar de revocatoria en los casos de emancipación voluntaria o en la judicial, pero no en la legal. Cabe revocatoria, antes de perfeccionarse la emancipación voluntaria, por la simple determinación contraria de los padres o del propio hijo, pero una vez perfeccionado el trámite no puede ya revocarse.

Si el hijo emancipado voluntariamente observa conducta inmoral, quiere decir que esta emancipación fué contraproducente, o que no merece aquella mayor libertad, se puede entonces dejar sin efecto la emancipación en beneficio del propio menor, pero esto no se logra simplemente por revocatoria, sino que tiene que sentenciarlo el juez, con conocimiento de causa.

Caso muy distinto, es el del padre o madre (o ambos) que hubieren desaparecido y luego regresan. Como la emancipación se produce entonces (siempre que no exista otro padre capaz) "ipso iure", así mismo, el regreso del desaparecido hace terminar automáticamente la emancipación, si el hijo aún es menor de edad. A mi modo de ver, la ley debería también aquí distinguir las diversas circunstancias, porque si la ausencia larga del padre causó grave perjuicio al menor, y se puede equipar a un abandono, entonces no cabría la recuperación de la patria potestad por el simple regreso, y con mayor razón si el menor emancipado está debidamente protegido en la actualidad por un buen curador.

Otro caso, no previsto en el Art. 292, es aquel del que hubiere sido indultado de la pena por la cual se emanciparon sus hijos, con indicación expresa en el indulto, de que deba recuperar la patria potestad (Art. 290). Y muy semejante a éste sería el caso del condenado injustamente y que después es rehabilitado.

El artículo 332 indica que la patria potestad del adoptante se suspende o se pierde por las mismas causas que la del padre o madre legítimos. Pero no ha dispuesto la ley si el hijo queda en tales casos emancipado o si regresa bajo la patria potestad de sus padres propios si todavía es menor de edad. El Art. 329 establece que los padres "pierden la patria potestad que pasa al adoptante", pero esta pérdida bien puede ser temporal, es decir, supeditada a la subsistencia de la adopción. La solución más humana parece consistir en que el hijo que deja de estar adoptado regrese bajo el cuidado y protección de sus padres ya que, como el mismo Código lo dice: "el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural donde conserva todos sus derechos" (Art. 329).

CAPITULO XXII

LA FILIACION ILEGITIMA

296.— Concepto de hijo ilegítimo.

En un sentido muy amplio se dice hijo ilegítimo a todo aquel que no es legítimo, es decir, al que no ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres, ni tampoco ha sido legitimado posteriormente.

En muchos países, como Chile, Colombia, Argentina, etc. se llama "natural" al hijo nacido fuera de matrimonio y que haya sido *reconocido* por uno o ambos padres. El no reconocido se suele calificar de "simplemente ilegítimo". En el Ecuador, desde 1935, se sigue

precisamente la nomenclatura contraria a esta tan generalizada, y por tanto, para nosotros, son hijos ilegítimos los reconocidos, dándose el calificativo de naturales (por la doctrina, no por la ley), a los que siendo concebidos fuera de matrimonio no han obtenido el reconocimiento de los progenitores.

El Art. 29 del Código Civil define: "Hijos ilegítimos: los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial".

La declaración judicial a que se refiere el Art. 29 consiste en afirmar que una persona tiene tal padre o tal madre respecto de los cuales es hijo ilegítimo, y no se trata de una declaración abstracta de ilegitimidad, como puede hacer pensar la redacción de este artículo.

La filiación ilegítima es el fundamento de todo parentesco ilegítimo tanto de consanguinidad como de afinidad. Sin embargo, la ley restringe al máximo, por regla general, las vinculaciones jurídicas derivantes del parentesco ilegítimo, reconociéndolas sobre todo entre padres e hijos, rara vez entre hermanos, y menos frecuentemente respecto de otros parientes. En este sentido el Código de Napoleón fué extremado, ya que limitó rigurosamente los efectos del parentesco ilegítimo a la relación entre padres e hijos. Nuestro Código Civil es más amplio y a veces hasta excesivo, como sucede con el Art. 32 que dice cuando la ley ordena que se oiga a los parientes de una persona se entenderán comprendidos en esta denominación -entre otros- "los consanguíneos legítimos o *ilegítimos* hasta el cuarto grado"; también nuestro Código ordena dar alimentos no sólo a los hijos ilegítimos sino también a su descendencia legítima (Art. 360), y esta descendencia por vía ilegítima tiene también derecho a la representación hereditaria (1055).

297.— *Evolución jurídica de la filiación ilegítima.*

Se puede decir en términos generales que en la antigüedad el Derecho no supo conciliar debidamente el gran respeto debido al matrimonio con la necesaria protección de los hijos nacidos fuera de él. Aún los pueblos de gran cultura y de leyes muy perfectas bajo otros aspectos usaron de excesiva severidad en la regulación de la filiación ilegítima. Como lo reconocen unánimemente los autores, ha sido sobre todo el influjo del cristianismo el que ha logrado, lentamente, leyes fundadas en un más elevado sentido de equidad, a la par que se ha dado también al matrimonio la firmeza y dignidad que le corresponde.

El estado actual de la cuestión se puede sintetizar así: en algunos países la equiparación de los hijos legítimos e ilegítimos es plena (Guatemala: Art. 76 de la Constitución; Bolivia, Art. 132 Constitución; Panamá Arts. 58 y 59; El Salvador: Art. 181 de la Constitu-

ción; Nicaragua: Art. 72 de la Constitución; Méjico: Ley de relaciones familiares; Yugoeslavia: Art. 26 de la Constitución; Bulgaria: Art. 76 de la Constitución; Checoeslovaquia: Art. 11, Hungría: Ley XXIX de 1945; Rusia: Código de la Familia. Ecuador desde 1967). En otros, no se equipara a todos los hijos, pero sí se establece el principio de que los padres tienen iguales obligaciones frente a los hijos (Uruguay: Art. 42 Constitución; Costa Rica: Art. 53; Albania Art. 17; Rumania: Art. 26; Italia: Art. 30), en estos países existen de hecho algunas diferencias de derechos entre las distintas clases de hijos, particularmente en lo relativo a herencias. Finalmente existe todavía un buen grupo de países cuyas leyes conservan una profunda diferencia entre unas y otras categorías de hijos, siendo difícil la obtención judicial de la calidad de hijo reconocido (ilegítimo o natural, según las terminologías), y quedando éstos, en todo caso en un plano de inferioridad.

En el plano doctrinal continúa la discución sobre este punto, y frente a una corriente ideológica que querría una total equiparación de todos los hijos, fundándose en que ellos no deben sobrellevar la culpa de los padres, otros mantienen el principio de la desigualdad de derechos, como estímulo favorable a la constitución ordenada de la familia.

Por mi parte, considero que el legislador tiene que proceder poniendo en primer término los imperativos de la justicia, y en segundo lugar las consideraciones sentimentales, o de convivencia de la ley, sus efectos secundarios. Muchas veces el afán moralizador de los legisladores no está debidamente enfocado: se hace ilusiones falsas, o sólo considera un aspecto parcial de los problemas. Concretamente: la justicia exige una igualdad en lo fundamental, y una diferencia proporcional en todo lo demás. La ley no puede equiparar con justicia, lo que no es igual en la naturaleza; y tampoco puede crear diferencias hondas y humillantes, que a nada conducen, o tienen efectos contraproducentes. Es fundamental -y en esto debe haber igualdad-, el derecho de tener unos padres frente a la ley (derecho de ser reconocido, o de investigar la paternidad y la maternidad), y recibir de ellos los cuidados esenciales para la vida: crianza, educación, alimentos, participación en la herencia. En cambio, es accidental, y en esto caben diferencias, el modo y la cuantía de tales derechos. No es justo que participen por igual en la herencia los hijos concebidos en matrimonio y los que no provienen de él, si se tiene en cuenta que el matrimonio es una unidad de vida perfectísima y que hasta los bienes que se adquieren son el producto de la colaboración de los cónyuges; mal podrían pasar esos bienes por igual a toda clase de hijos, también a aquellos que se han procreado con grave ofensa del otro cónyuge. Cabe pues, una razonable diferencia de derechos, pero no una privación total para unos. La última Constitución proclamó la igualdad, pero toca a las leyes secundarias regular razonablemente dicho principio.

298.— Actual clasificación de los hijos en el Ecuador.

El Art. 29 del Código Civil, que proviene del Decreto 94 del año 1935, solamente admite dos clases de hijos: legítimos e ilegítimos.

Son legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres. Se asimilan en todo a los legítimos, los legitimados, quienes, aunque concebidos fuera de matrimonio llegan a ser en todo iguales a los legítimos mediante la legitimación, que supone siempre matrimonio de los padres (matrimonio posterior a la concepción del hijo).

En cuanto a los ilegítimos, según nuestro actual sitema, no son todos los demás, es decir los que no son legítimos ni legitimados. Por el contrario, "se adquiere la calidad legal de hijo ilegítimo", mediante el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos o por la declaración judicial de la maternidad o parternidad ilegítimas. Tanto los voluntariamente reconocidos, como los declarados judicialmente hijos ilegítimos son iguales entre sí en cuanto derechos y obligaciones.

Queda, pues, al margen de las definiciones legales, una tercera categoría de hijos: los que no son ni legítimos ni ilegítimos, y que sin embargo indudablemente existen. Los que ni han sido reconocidos ni declarados judicialmente ilegítimos, y han sido concebidos fuera de matrimonio, no tienen denominación legal alguna, y el Código Civil tampoco les atribuye derechos de filiación. Normalmente se suelen llamar "hijos de padre y madre desconocidos", o "de padres desconocidos", y menos acertadamente se les dice también "naturales". Evidentemente esta última denominación se presta a confusión, porque en nuestra anterior legislación, y en la de muchos otros países el término "hijo natural", equivale a "hijo reconocido", o sea el que en nuestro actual derecho se llama "hijo ilegítimo".

Del conjunto de nuestra legislación, tomando en cuenta las leyes especiales, se puede concluír que existe un estado jurídico intermedio, innominado, pero claramente tipificable: el de los que sin llegar a ser hijos ilegítimos tienen algunos derechos legalmente reconocidos que pueden exigir de sus padres. Esto proviene de que nuestra legislación se encuentra en un período de transición hacia una posición de más amplia protección de los hijos ilegítimos. En este orden de cosas tenemos, por ejemplo, el artículo 109 de la Ley del Seguro Social que permite a la Caja Nacional del Seguro "conocer y decidir las cuestiones sobre parentesco ilegítimo que se invoquen para fines del Seguro Social y que antes hubiere sido declarado o constituído de acuerdo con las leyes comunes". Es decir, que para ciertos efectos jurídicos, una persona que no es hijo ilegítimo, puede ser considerado como si lo fuera. Y agrega el mismo artículo 109, esta especial declaración de filiación ilegítima puede ser hecha al margen del procedimiento ordinario y por medio de *pruebas* de diversa índole de las admitidas por el Código Civil. En forma parecida, el Código de Menores confiere a

los Tribunales de Menores para resolver sobre la prestación de alimentos a los menores "siempre que el Tribunal se forme la convicción de que la persona de quien se solicite aquella prestación está verdaderamente obligada a proporcionarla". Es decir, que deja amplio criterio judicial para apreciar la relación de paternidad-filiación. Y el Art. 65 de dicho Código, señala expresamente que se aceptará toda clase de pruebas, pudiendo aún recurrirse a peritajes médicos". Estas resoluciones del Tribunal de Menores sobre pensiones alimenticias y todas las diligencias actuadas, no pueden servir de prueba en la jurisdicción civil (Art. 66). Por su parte, el Art. 362 del Código del Trabajo autoriza a los jueces para resolver asuntos sobre indemnizaciones de trabajo "prescindiendo de las normas comúnes de la ley en lo que respecta a las pruebas de estado civil", y va aún más alla: "Se aceptará la existencia del parentesco ilegítimo aún cuando no existe el reconocimiento, la aceptación y más requisitos prescritos por el Código Civil, cuando a juicio del juez, se haya probado suficientemente, por otros medios, dicho parentesco".

La introducción de la institución de la adopción, en 1948 ha creado también otra clase de hijos: los adoptivos, en oposición a los cuales los demás pueden llamarse "hijos propios", y a veces se dicen también con mucho menos acierto y propiedad "naturales", con la consiguiente confusión. Pero esta clasificación de los hijos en "adoptivos" y "propios" se refiere solamente al origen y no tiene casi tracendencia en cuanto a los efectos, al menos para constituir un nuevo estado civil.

299.— Reconocimiento voluntario: capacidad activa y pasiva.

Por reconocimiento voluntario, se entiende el que espontáneamente pueden hacer el padre, la madre o ambos, respecto del hijo concebido fuera de matrimonio.

No es propiamente reconocimiento voluntario el que se produce por la confesión judicial del padre o madre, citados ante el juez a declarar si creen ser los progenitores de un hijo extra-matrimonial. Aunque en la confesión judicial se procede también "voluntariamente", entonces ya no existe iniciativa del mismo padre o madre, no es un reconocimiento espontáneo, y termina con la sentencia, la cual confiere el carácter de hijo ilegítimo. En el reconocimiento voluntario, propiamente dicho, no se requiere sentencia alguna, y esto, aunque una de las formas de verificarlo es ante el juez.

El Art. 293 señala esta posibilidad de reconocer voluntariamente a los hijos "nacidos fuera de matrimonio". La ley se refiere a una simple "posibilidad", pero hay que agregar que se trata de un deber moral, y si bien jurídicamente no se puede obligar a un modo directo a que el padre ilegítimo reconozca a su hijo, indirectamente sí puede lograrlo la ley; una de las formas de constreñir al reconocimiento consiste precisamente en la posibilidad de que el hijo investigue la

paternidad o maternidad. Se hace más eficaz el derecho del hijo a ser reconocido, si el derecho confiere mayores o mejores derechos al padre que voluntariamente reconoce, respecto del que sólo es declarado judicialmente; nuestra ley, sin embargo, no hace distinción, y es este un punto deficiente que merece reforma.

Solamente los padres pueden reconocer. Como queda bien claramente expresado en el Art. 293: uno de ellos o ambos, pero solamente ellos. Esta es también la doctrina más generalmente sostenida. Sin embargo, en algunas legislaciones extranjeras se permite el reconocimiento por parte de otros ascendientes; así el Art. 353 del Código Civil Peruano dice que: "En caso de muerte o de incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente, cuando éstos son padres legítimos del pre-muerto o incapaz"; disposición muy interesante, digna de ser tomada en cuenta para una reforma legal en nuestra patria.

Punto muy discutido es el relativo a la capacidad jurídica que se ha de exigir en el reconocimiento. Por una parte se trata de un acto de singular trascendencia que exige por ello plena capacidad, por otra el sentido protector de las nuevas leyes de familia quiere que se facilite al máximo el reconocimiento de los hijos ilegítimos.

Algunos Códigos, como el argentino (Art. 386) admite el reconocimiento por parte de los menores adultos, sin autorización paterna o judicial. La ley chilena, como la nuestra, no se ha expresado directamente sobre este punto.

En contra de la capacidad del menor adulto, como también de la mujer casada, para que puedan por sí mismos reconocer a un hijo ilegítimo, Se objeta que se trataría de un caso de capacidad especial que debe constar expresamente en la Ley, lo cual no sucede.

A favor de la capacidad de tales personas puede reflexionarse que la incapacidad del menor adulto y de la mujer casada se refiere a los actos y contratos, con un fin de protección de sus intereses patrimoniales, en cambio el reconocimiento de un hijo ilegítimo no es un contrato ni un acto de contenido patrimonial, sino un acto de la vida de familia, y un acto imperado por el Derecho Natural, que solamente puede admitir las naturales limitaciones provenientes de la capacidad de conocer y darse cuenta de las consecuencias del acto. En este sentido, opina entre nosotros Casares, y creo que está en lo justo, y que esta doctrina se acomoda mejor al fin social de la ley.

Hay un argumento más a favor de la posibilidad de que los relativamente incapaces sí puedan proceder por sí mismos al reconocimiento. El artículo 302 del Código Civil autoriza a la madre ilegítima "aun menor, que no fuere casada", para intentar la acción de investigación de la paternidad, asumiendo la representación del hijo. Ahora bien, aquí se excluye la intervención la mujer casada por evidentes razones de evitar un grave escándalo, en cambio se autoriza a la menor de edad

para iniciar y seguir un juicio con el fin de que su hijo obtenga la calidad de ilegítimo, parece pues, que con mayor razón, por un simple acto suyo, no judicial, pueda conferir esa misma calidad de hijo ilegítimo; lo contrario sería bastante incongruente. Por otra parte, si la mujer menor de edad puede hacer esto, no cabría privar de capacidad el varón, en circunstancias similares.

En conclusión, considero que desde que el menor tiene suficiente capacidad biológica para engendrar, esto es desde la edad adulta, y siempre que sea capaz mentalmente de apreciar el acto que realiza, debe estar capacitado para hacerlo.

Pasando a examinar la capacidad pasiva, es decir, la de ser reconocido, la capacidad del hijo, hay que señalar en primer término que del mismo Art. 293 se desprende evidentemente que no puede ser reconocido el hijo legítimo. Solamente cabe reconocimiento respecto del "nacido fuera de matrimonio". Aunque no es el nacimiento, sino la concepción la que determina la calidad de legítimo, la ley se refiere al nacimiento, porque el concebido fuera de matrimonio pero nacido ya dentro de él, es legitimado y se asimila en todo al legítimo.

Tampoco cabe reconocer al que ya ha sido reconocido por otra persona en la misma calidad, es decir como padre o como madre. No puede tener un hijo dos madres o dos padres. Por tanto, se requeriría impugnar primeramente el falso reconocimiento y obtenida sentencia favorable proceder al nuevo y verdadero reconocimiento.

Otros reconocimientos más que imposibles serían impugnables. Tal el caso del reconocimiento de una persona que no puede ser hijo por razón de la edad (si es mayor que el padre, o hay muy poca diferencia: menos de doce o catorce años). Un reconocimiento de este tipo sería fácilmente impugnable.

Puede reconocerse al hijo simplemente concebido. Así lo ha afirmado desde antiguo la doctrina. Y nuestro Código en este punto sí ha querido ser explícito: el art. 293 lo dice claramente: "Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 69". Este último citado artículo dice que los derechos del que está por nacer quedan suspensos hasta que nazca y que su nacimiento constituya un principio de existencia legal, de modo que si no se produce lo que se espera tales derechos pasan a otras personas como si no hubiera jamás existido la criatura.

No tenemos, en cambio, disposición expresa sobre si es posible reconocer al que ya murió. Pérez Guerrero y Uzcátegui consideran que no es posible reconocer al hijo que ya murió, y el primero se apoya en una sentencia de la Corte Suprema, publicada en la Primera Serie de la Gaceta Judicial, número 147. Pero aparte de que aquella jurisprudencia demasiado antigua y anticuada responde a la vigencia de leyes anteriores a la actual, parece que si el Código Civil permite en el artículo 233 legitimar al hijo ya muerto, procediendo en tal caso a notificar a

sus descendientes legítimos, no se puede negar razonablemente la posibilidad de reconocer como ilegítimo al hijo ya muerto, procediendo en igual forma, es decir, notificando el reconocimiento a los descendientes legítimos del hijo que se reconoce. La legitimación es un acto de mayores derechos, luego quien puede lo más, también puede lo menos: quien puede ser legitimado, también puede ser reconocido como ilegítimo. Además, la legitimación muchas veces supone el previo reconocimiento. y si la ley autoriza la legitimación del muerto, no tendría fundamento que se negara la posibilidad de reconocer al que falleció.

Desde luego, el reconocimiento debe ser un acto libre de vicios que lo invaliden: sin error, fuerza ni dolo que lo provoquen. El art. 294 ha querido dejar bien claro esto: "El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce". Si hubiera un vicio capaz de quitar la libertad o la voluntariedad del acto, éste sería nulo. y dejaría de surtir sus efectos retroactivamente, una vez declarada su nulidad en el correspondiente juicio.

300.— Forma del reconocimiento voluntario.

En nuestro sistema el reconocimiento voluntario es un acto solemne y complejo. Las solemnidades no pueden ser otras que las descritas en la ley: 1) mediante escritura pública; 2) por declaración ante el juez y tres testigos; 3) por acto testamentario; 4) por declaración en la inscripción del nacimiento del hijo; 5) igualmente, en el acta matrimonial de ambos padres. Estos son los elementos iniciales de la forma solemne, pero, como acabo de decir, dicha forma es también compleja, o sea que requiere de otros actos subsiguientes que consisten en la notificación al hijo y la aceptación por parte de éste, y finalmente la inscripción en el Registro Civil.

1) Mediante escritura pública. Hasta la edición del Código Civil del año 1930, leemos en el art. correspondiente (269) "mediante instrumento público"; fue el decreto Supremo 94 que reemplazó aquella expresión por "escritura pública", acertadamente, porque no cualquier instrumento público resulta apto para un reconocimiento de hijo ilegítimo, y además la ley era redundante, ya que el testamento también es instrumento público y se enumeraba el testamento como otro medio de reconocer a los ilegítimos.

Lo más frecuente será que se haga una escritura pública expresamente y únicamente para reconocer a uno o más hijos ilegítimos. Pero nada impide que figure el reconocimiento en una escritura que tenga otras finalidades, incluso si el reconocimiento no aparece como el objeto principal.

Siempre que el padre identifique debidamente a una persona en calidad de hijo suyo, de modo inequívoco, y de forma que no pueda dudarse que su intención fue la de tenerle por hijo, atribuirle o reconocerle

los derechos de hijo, y en la forma solemne exigida por la ley, no se puede quitar valor de reconocimiento a una declaración así.

La Ley debe pedir un acto cierto, seguro, con plena conciencia de lo que se hace, pero no conviene que exagere el formalismo estéril cuando a nada positivo conduce. Creo por lo mismo que debemos entender el texto demasiado escueto de nuestro Código Civil en sentido amplio y favorable a la validez de los reconocimientos incidentales, siempre que sean claros, libres y quede bien determinada la persona a cuyo favor se hacen.

Nada importaría tampoco que el padre o madre incurran en algún error terminológico, si su intención es clara. Así por ejemplo, el padre que dijera que reconoce a un individuo como su "hijo natural", no por esto dejaría de conferirle realmente la calidad de "hijo ilegítimo", que es la que corresponde conforme a la actual terminología ecuatoriana.

No valdría, en cambio dado nuestro sistema legal, el reconocimiento en instrumento privado, aunque después se reconociera judicialmente el documento, ya que el instrumento público no sólo es prueba, en este caso, sino elemento constitutivo de la calidad de hijo ilegítimo; por esto el art. 215 del Código de Procedimiento Civil equipara al instrumento público al instrumento privado reconocido "siempre que la Ley no prevenga la solemnidad de instrumento público"; y en el caso concreto, la ley exige precisamente "escritura pública".

Sería sí conveniente para lo futuro dar mayor flexibilidad a la ley. Como observa Urrutia: "muchas veces, la buena intención de un padre escollará ante la publicidad y la solemnidad de ese reconocimiento por escritura pública. Basta, pues, un instrumento privado que revista los caracteres de indubitable como dice el Código Español. Así será más fácil que el arrepentimiento o la reflexión del padre se traduzcan en un acto salvador para el hijo".

2) La declaración ante el juez y tres testigos es otra forma de reconocer. En realidad es muy parecida a la anterior. Debemos entender que se ha de sentar un acta de dicha declaración, es decir, se confecciona un instrumento público tan solemne como la escritura ante el Notario.

3) Por acto testamentario. Esta forma plantea un serio problema: el testamento es acto esencialmente revocable y el reconocimiento es por su naturaleza algo irrevocable, luego, cuando se revoca un testamento en el que se reconocía un hijo, ¿queda sin valor dicho reconocimiento, o por el contrario, subsiste a pesar de que el testamento ya no tiene valor?

En la legislación de algunos países se ha resuelto la duda disponiendo positivamente una u otra solución. Por mi parte considero que el reconocimiento en el Ecuador vale desde el momento en que se expresa en una de las formas solemnes previstas por la Ley, de modo que la subsiguiente inscripción en el Registro Civil, es más bien un requi-

sito de orden administrativo, y que asegura la prueba del estado y el ejercicio de los derechos que derivan de él. Por esto, una vez otorgado el testamento en el que se reconoce a un hijo ilegítimo, tal reconocimiento no deja de tener valor aunque se revoque el testamento. Naturalmente, suponemos que se trate de testamento abierto, ya que si es cerrado, en este caso no se puede conocer su contenido sino cuando se abra a la muerte del causante.

4) Reconocimiento por declaración en la inscripción del nacimiento del hijo. También en este caso, se trata de un acto voluntario y solemne, más aún, que constará en instrumento público. como lo es el acta de Registro Civil.

Se requiere, desde luego, declarar en tal acto que se reconoce la paternidad o maternidad, por parte del propio declarante. Como ya se dijo, poco importa los términos que se emplee, o que la terminología no sea exacta: lo sustancial es el hecho de considerarse padre o madre de un individuo y de asumir voluntariamente la posición jurídica de tal.

No sería reconocimiento el simple hecho de inscribir a una persona dándole el propio apellido, porque también a los expósitos se les debe asignar un apellido, que bien puede ser el del que los inscriba por haberlos hallado, o simplemente porque quiere cumplir ese acto en favor de una criatura abandonada.

Hasta hace muy poco la jurisprudencia fundada en la Ley, exigió en nuestro país que si no inscribía personalmente el padre o la madre, el encargado de hacerlo, para poder reconocer al hijo en nombre de aquellos, que presentara mandato otorgado por escritura pública con carácter especial, es decir, conferido precisamente para cumplir este acto. La precaución era evidentemente laudable por tratarse de un acto de mucha trascendencia y que no podía dejarse sin la garantía de una forma solemne; pero, por otra parte, la dificultad y costo de la escritura pública podía retraer a muchos de cumplir este acto de justicia. Por estas razones el Decreto Supremo Nº 2.000 (R. O. 1º-IX-1065) permite reemplazar el poder conferido por escritura pública, por un mandato que conste en un formulario especial proporcionado por las oficinas de Registro Civil; se facilita así la inscripción y reconocimiento, a la vez que la intervención de las autoridades puede evitar muchos de los posibles abusos.

Puede plantearse el problema de si vale como reconocimiento de hijo ilegítimo una inscripción de nacimiento que falsamente asegure que se trata de un hijo legítimo. Si tal inscripción falsa es realizada por ambos padres o por uno de ellos, considero que vale como reconocimiento conjunto o del inscribiente, porque lo verdaderamente importante es la aseveración de la paternidad o maternidad, y no la calidad legal del hijo, que deriva simplemente de los hechos.

5) Reconocimiento en el acta matrimonial de ambos padres. En este caso además de reconocimiento como hijo ilegítimo, este acto es de legitimación.

Nada impide que en el acta de matrimonio de ambos padres ilegítimos, entre sí, reconozca al hijo solamente uno de ellos, siempre que el hijo hubiera sido previamente reconocido ya por el otro, o declarado judicialmente su hijo. Lo que no es posible es que solo uno de los contrayentes reconozca en el acta de matrimonio a un hijo de padre o madre desconocidos, porque la ley exige precisamente que sea el acta de ambos padres, ni cabría que al casarse con una persona se reconozca el hijo tenido con otra.

En cualquiera de las formas que acabamos de estudiar, la ley contiene una prohibición especial para el caso de que sea uno sólo de los padres el que proceda al reconocimiento. Dice el último inciso del art. 295 del Código Civil: "Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quien, o de quien hubo el hijo ilegítimo".

Hay un caso, sin embargo, en el cual no puede verificarse el reconocimiento si no es señalando al otro padre. Me refiero al reconocimiento por parte del varón, de una criatura que aún no nace. Si no designa a la madre, no puede identificar al nasciturus, y como nuestro art. 293 admite el reconocimiento del concebido y no nacido, parece que en este caso hay que admitir la declaración del nombre de la madre, ya que no consta la intención del legislador de impedir el reconocimiento en este caso, y todo el espíritu de la ley es más bien favorable al reconocimiento.

Aparte de los medios de reconocimiento que dejamos explicados, no se admite ninguno otro en el Ecuador. No vale, por tanto, la llamada "posesión de estado" que en algunos países sirve de reconocimiento, pues se la interpreta como un reconocimiento tácito. Entre nosotros se parece a la posesión de estado lo previsto en el numeral 5º del art. 300: sirve para la declaración judicial de la paternidad "que el supuesto padre haya provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo... en calidad de padre". Pero estos hechos son simplemente fundamento para la declaración judicial, que es la que constituye el estado de hijo ilegítimo, y antes de tal declaración no hay estado ni posesión de él.

Como se indicó ya, aparte del acto de reconocimiento, se requiere que éste sea notificado al hijo y aceptado por él, para que se perfeccione el trámite por el cual se adquiere la condición de hijo ilegítimo.

En algunos países no hay lugar a esta notificación y aceptación. Así, en Chile se suprimieron tales requisitos por la ley de 1952, y poco después se hizo lo mismo en Argentina (Ley 14.367, art. 2), y la mayor parte de los países no admite que el hijo pueda aceptar o repudiar libremente el reconocimiento.

La razón por la cual se pide citación al hijo y su aceptación consiste en que se quiere evitar reconocimientos falsos, de quien no es hijo. Tales falsos reconocimientos se hacían con alguna frecuencia

antes de que existiera la ley de adopción, como una forma, aunque ilegal, de incorporar a la familia a un extraño. Podría suceder que se reconociera a un individuo con la intención de exigirle luego el cumplimiento de deberes frente a los supuestos padres, o de heredarle, no siendo realmente hijo. Pero no parece bien hallada la solución de nuestro Código, porque todos esos abusos se pueden y deben evitar mediante la impugnación del reconocimiento que fuera falso, y no por medio de una repudiación por parte del hijo, que es acto arbitrario, sin causa. No es lógico que el hijo pueda libremente aceptar o no la relación jurídica con sus padres. Así como los padres están obligados a reconocerle (y la ley debería hacer más eficaz esta exigencia), así tampoco el hijo puede sustraerse a sus obligaciones frente a sus progenitores; ni tampoco se puede sostener que el hijo hace una simple renuncia de derechos, porque la filiación envuelve también deberes, y derechos de terceras personas, además de que interesa a la sociedad toda.

No hay inconveniente legal para que la aceptación del reconocimiento se haga en el mismo acto y conste en el mismo instrumento que el reconocimiento. Desde luego también se puede hacer en acto separado.

La notificación y la aceptación siguen las mismas reglas que para el caso de legitimación. Por tanto, si el reconocido es menor de edad o incapaz por otra razón legal, se debe notificar a su tutor o curador general y en su defecto, a uno especial; éstos no pueden rechazar el reconocimiento sino con autorización judicial, y también necesitan autorización judicial para aceptar (lo que parece menos razonable); la mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, o de la justicia, en su caso, para aceptar o repudiar el reconocimiento (cfr. art. 231 C. C.).

La falta de aceptación no anula el reconocimiento, dice una sentencia de la Corte Suprema, y otra declara que si la aceptación no ha sido válida puede suplirse por otra, pero si el menor reconocido muere sin aceptar y no deja descendencia legítima, la falta de aceptación deja incompleto el reconocimiento y por lo mismo carece de valor. Otra sentencia dice que la aceptación es condición sine qua non del reconocimiento. Pero hay que tener presente que si no se acepta ni se repudia el reconocimiento dentro de los noventa días de notificado, se presume legalmente la aceptación "a menos de probarse que estuvo imposibilitado de hacer la declaración en tiempo hábil", según el art. 232; por consiguiente, el menor de edad que no tuviere representante legal, podría reconocer o repudiar aún después de dichos noventa días.

301.— Impugnación del reconocimiento voluntario

Al afirmar el art. 294 del Código Civil que "el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o la madre que reconoce", dice

implícitamente que es nulo en los siguientes casos: a) si se hizo por persona distinta del verdadero padre o madre; b) si se realizó con un vicio del consentimiento: error, fuerza o dolo; c) si se efectuó por parte de un absolutamente incapaz, salvo el intervalo lúcido de un demente que no esté interdicto.

De modo más directo, aunque incompleto, el art. 297 indica que se puede impugnar el reconocimiento: 1º porque el reconocido no pudo tener por padre el reconociente, según la regla del art. 68 para el cálculo del tiempo de la concepción a partir de la fecha del nacimiento; 2º porque el reconocido no tuvo por verdadera madre a la reconociente; 3º por no haberse otorgado el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley. Cabe anotar, que aparte de la forma propiamente dicha, puede ser objeto de impugnación el consentimiento mismo (por falta de capacidad o por vicios del consentimiento).

Una sentencia de la Corte Suprema establece que la nulidad del reconocimiento por defectos relativos a la aceptación sólo puede ser pedida por el mismo reconocido o por sus decendientes legítimos, y no por otros parientes como los hermanos del reconociente. Esta solución es lógica, si se tiene en cuenta que la aceptación es un requisito puesto por la ley para resguardar exclusivamente los intereses del hijo, y eventualmente de su descendencia legítima.

Habiéndose realizado la inscripción de un individuo nacido fuera de matrimonio, por declaración efectuada por persona distinta de los padres y sin poder conferido por ellos, dicha inscripción es anulable, pero para ello se debe seguir el correspondiente juicio, y una sentencia de la Corte Suprema recogiendo la doctrina común desecha la demanda por no haberse demostrado el interés actual de los demandantes. De conformdiad con esta doctrina, y con la letra misma del art. 297, se requiere para la impugnación: a) que el actor tenga interés; b) que sea actual dicho interés; c) que pruebe lo anteriormente dicho, no bastando la simple afirmación.

El interés resulta evidente en el hijo falsamente reconocido, lo mismo que en el padre o madre, a quienes se atribuye una paternidad falsa. En cambio, otras personas deberán demostrar que la existencia jurídica de tal hijo ilegítimo les causa algún perjuicio, o disminuye algún derecho suyo, o les impone alguna obligación. Así por ejemplo, hay interés en los coherederos que ven disminuída su porción hereditaria si tienen que compartirla con el presunto hijo ilegítimo.

Se ha planteado la pregunta de hasta qué tiempo será posible intentar la acción de impugnación del reconocimiento de un hijo ilegítimo. Como no hay regla positiva especial, es evidente que se deben seguir las normas generales de la prescripción de las acciones. Habrá que tener en cuenta, además, que si se impugna el acto del reconocimiento alegando su absoluta nulidad por haber intervenido en él un absolutamente incapaz o por otra causa semejante que cause nulidad absoluta

cabe solamente la prescripción extraordinaria de quince años (art. 1736 C. C.), mientras que en los demás casos cabría aún la prescripción ordinaria. Sería razonable, sin embargo, unificar el sistema de la impugnación del reconocimiento con el de la impugnación de la legitimación, y así como se ha fijado un plazo brevísimo (60 días ó 300 según los casos), fuera de los cuales ya no se puede impugnar la legitimación (art. 237), así mismo debía disponerse para la impugnación del reconocimiento, dejando solamente a salvo el derecho de los verdaderos padre o madre que hubieren sido suplantados mediante un falso reconocimiento por parte de otras personas que se arrogan la calidad de progenitores ilegítimos de una persona.

302.— *Declaración judicial de la paternidad o maternidad: capacidad activa y pasiva.*

Cuando un individuo no ha sido voluntariamente reconocido por su padre o por su madre o por ninguno de ellos, puede solicitar el reconocimiento por declaración judicial, en los casos previstos por la ley.

En dos circunstancias totalmente distintas hay lugar a la declaración judicial de ilegitimidad. La primera es la prevista en el art. 209: a petición de cualquiera persona que tenga interés actuar en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio; en este caso y en los demás de impugnación de la legitimidad, se trata de establecer que una persona no tiene el estado civil de hijo legítimo, y a falta de otra denominación el Código habla de que "el juez declarará la ilegitimidad", pero, como es evidente no se trata de constituir ese estado civil, sino de desvirtuar el que falsamente se atribuye. En cambio, el segundo supuesto es el del reconcimiento de la calidad de hijo ilegítimo, mediante declaración judicial, que es al que se refiere el Título XIII del Libro Primero: arts. 299 a 311 y el Título XVI, De la Maternidad disputada: arts. 338 a 341.

Esta declaración judicial tiene por objeto la determinación concreta de quien es el padre o la madre de una persona concebida fuera de matrimonio.

La ley trata de facilitar el ejercicio de estas acciones para investigar la paternidad y la maternidad, concediendo capacidad especial a los interesados. Es de lamentar que no se haya unificado bien el sistema, por lo cual no rigen exactamente la mismas normas en una y otra acciones, como parece que debería ser.

Si el hijo ha cumplido 18 años tiene capacidad para intentar por sí mismo la acción de investigación de la paternidad, porque el art. 304 le confiere esta capacidad especial, a pesar de ser aún menor de edad. Pero para intentar por sí mismo la acción de investigación de la maternidad, el hijo tiene que haber cumplido los 21 años.

En la investigación de la paternidad, la madre ilegítima puede intentar la acción, aunque sea menor de edad, es decir que se le da una capacidad extraordinaria, pero el padre ilegítimo menor de edad no puede intentar por sí sólo la acción para que se declare la maternidad; y tampoco se explica razonablemente esta diferencia.

En cambio es muy lógico que se prohiba, como lo hace el Art. 302, que la madre casada siga la acción de investigación de la paternidad en nombre de su hijo, por el escándalo que significaría y la deshonra para su marido (art. 302). Como también es lógico que sí pueda intentar la acción de investigación de la paternidad la mujer casada cuando inicia la acción por su propio derecho, es decir, para ser declarada ella misma como hija ilegítima de un determinado padre: en este caso no necesita de autorización del marido porque en nada le puede perjudicar a él ni a su honra, en tanto que la acción por su carácter personalísimo corresponde a la misma mujer. Efectivamente, el art. 305 confiere a la mujer casada esta capacidad especial, de poder iniciar por sí misma la acción, y aún más: para que sea el marido quien litigue, necesita que la mujer le autorice, lo cual se desprende también del carácter personalísimo de la acción.

La mujer soltera que investiga la paternidad de su hijo, puede, pues, representarle aunque sea ella menor de edad. Pero la ley confiere también al hijo, dado el carácter personalísimo de la acción, un derecho: y es el de dar su asentimiento a la madre para que ejerza la acción, desde el momento en que el hijo sea adulto. Es decir, que si el hijo ha cumplido 14 años si es varón o doce si es mujer, la madre no puede litigar sin el consentimiento del hijo para obtener que se declare judicialmente quien es el padre del menor. Parece que la ley no ha sido muy prudente en este punto: ¿cómo puede un menor de edad que apenas tiene doce años o poco más juzgar sobre la conveniencia de que su madre siga o no un juicio tan grave? Más razonable sería que la mujer debiera contar con una previa autorización judicial para litigar.

Naturalmente, si el menor es impúber, lo mismo que si es sordomudo o demente, la madre no requiere del asentimiento de él para investigar la paternidad. Cuando es el padre quien representa al menor para investigar la maternidad, no pide la ley en ningún caso, que cuente con el parecer del menor, y en esto dispone con acierto.

El menor que no tiene madre, o cuya madre está casada o fuere absolutamente incapaz (la ley se refiere sólo a la demente, pero entendemos que cualquier otra causa de incapacidad es lo mismo), entonces, debe ser representado por un guardador, para la investigación de la paternidad. Este guardador puede ser el tutor o curador general, y a falta de ellos, un curador especial o aún un curador ad-litem. Si el menor ya es adulto, debe dar su consentimiento, como en el caso de estar representado por la madre, lo cual merece la misma crítica que la que se acaba de hacer para aquel caso.

Para la investigación de la maternidad, a falta de padre, los menores de edad deben ser representados en la misma forma normal: por su tutor o curador general, a falta de ellos por un curador especial o por un curador ad-litem, y no se cuenta en ningún caso con su asentimiento.

Todas estas complicadas reglas podían reducirse, simplificando y uniformando a dos o tres que confieran capacidad especial para todos los casos al menor que ya cumplió los 18 años, luego la representación al padre o madre ilegítimos (siempre que ella sea soltera), y a falta de ellos a un curador, sin que en ningún caso se cuente con el parecer del menor, sino con autorización judicial. Pero todo esto, naturalmente, requeriría reforma de la ley.

Cuando actúa la madre en juicio de investigación de la paternidad puede hacerlo propiamente como representante del hijo menor de edad, o por propio derecho. Pero no es preciso que especifique en qué calidad se presenta en juicio, según una sentencia de la Corte Suprema.

Sin embargo se prohibe intentar la acción de investigación de la paternidad, por parte de mujer casada que actúe en nombre de su hijo (no si investiga su propia filiación ilegítima respecto de su padre). Y se prohibe también la acción de investigación de la maternidad dirigida contra mujer casada.

303.— *Declaración judicial de la paternidad: causas.*

La investigación de la paternidad y la de la maternidad tienen muy diverso carácter, por esto mientras la posibilidad de demandar a la presunta madre que negaba serlo, era permitida ya por el primitivo Código, en cambio la investigación de la paternidad se introdujo en nuestro sistema legal solamente en 1935 con una cierta amplitud, existiendo antes solamente un muy reducido derecho, que luego se examinará.

La investigación de la maternidad se basa en la comprobación de hechos directos, mientras que la paternidad solamente se funda en presunciones. Además la investigación de la paternidad supone casi siempre de modo necesario el previo establecimiento de quién es la madre, por lo que conviene examinar primero la investigación de la maternidad.

La acción para investigar la maternidad pertenece exclusivamente al hijo. Si interviene el padre solamente puede ser en calidad de representante legal del hijo, durante su minoría de edad, o si el hijo es demente o sordomudo. A falta de la representación del padre, el hijo incapaz debe estar representado por tutor o curador general, o por un curador especial o ad-litem. El hijo mayor de edad y capaz, ejerce por sí mismo la acción.

Como ya se dijo, esta acción no puede intentarse contra la mujer casada, pero sí contra la viuda o la divorciada. Considero que la ley debería también permitir la acción contra la mujer casada que esté separada judicialmente del marido, y con mayor razón si la separación se ha producido por adulterio de la mujer; si el hijo ha sido concebido durante el matrimonio se requeriría la previa repudiación por parte del marido, pero si el hijo fue concebido antes debería seguirse libremente la acción contra la mujer casada y separada judicialmente.

Propuesta la demanda, la madre puede simplemente aceptar que el hijo es realmente suyo. La confesión de la madre sobre el hecho de haber concebido en adulterio sería contraria a la naturaleza, y por lo mismo inadmisible, como lo dispone el art. 142 del Código de Procedimiento Civil. Pero si la madre no ha concebido en adulterio, y lo que declara es simplemente que el reclamante es realmente su hijo, no hay inconveniente para que sea declarado judicialmente hijo ilegítimo de esa mujer.

Si la presunta madre niega serlo, el hijo tendrá que probar dos cosas: 1º el hecho de su nacimiento o más exactamente del parto de la demanda, y 2º la identidad del reclamante con el hijo nacido en aquel parto que se demuestra.

Los hechos que se deben probar son susceptibles de prueba testimonial y de prueba documental.

Por su parte, la madre, puede desvirtuar los hechos que pretende el demandante demostrando o que no ha sido nunca madre, o que no ha dado a luz a aquella determinada persona que pretende ser su hijo. Y la prueba de las excepciones de la madre puede así mismo verificarse mediante documentos, testigos, peritajes médicos, etc.

Conviene recordar en este punto que el Código de Menores confiere competencia al Tribunal de Menores para resolver sobre la prestación de alimentos a los menores, siempre que el Tribunal se forme la convicción de que la persona de quien se solicite aquella prestación está verdaderamente obligada a proporcionarla". Este amplio criterio con que puede proceder el Tribunal, permitiría ordenar el pago de alimentos por parte de una mujer a un menor que se cree con serio fundamento que es su hijo, aunque no se pruebe directamente el hecho del parto y la identidad del menor, en forma histórica —documental o por medio de testigos—, sino por otras pruebas actuales, como las del trato que la mujer ha dado al reclamante, o las mismas declaraciones de la mujer.

304.— De la maternidad disputada.

Sorprende bastante encontrar en el Libro I del Código Civil, el título XVI "De la Maternidad Disputada", después de que dos títulos antes se ha tratado de la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad ilegítima. Pero mientras el Título XIII se refiere

únicamente a las relaciones de filiación ilegítimas, el título XVI hace abstracción de la calidad legal y se refiere a toda disputa sobre la maternidad. De todos modos, habría sido preferible que los dos títulos estuvieran juntos, y aún que el contenido del XVI se incluyera simplemente junto a los artículos 307 a 311 en un mismo sector del Código, redactado con la debida unidad.

Aparte, pues, del caso examinado, o sea del caso del hijo que investiga y trata de probar que una persona es su madre ilegítima, se pueden presentar dos conflictos respecto de la maternidad: a) que una persona pretenda ser la verdadera madre de un hijo que actualmente no pasa por ser suyo, y b) que se trate de demostrar que una persona no es la verdadera madre del hijo que pasa por suyo; y en esta última hipótesis, puede impugnar la maternidad la misma madre, o bien puede ser impugnada por otra persona. El primer caso se puede llamar conflicto positivo de maternidad, mientras que el segundo sería un conflicto negativo.

El conflicto positivo, solamente está permitido por nuestra ley, en el caso de que el reclamante o los reclamantes pretendan conferir al hijo los derechos de legítimo en su propia familia. No puede, pues, reclamar la madre ilegítima, o en nombre de ella otra persona para que el hijo sea considerado hijo ilegítimo de una determinada mujer. Puede sí reclamar la que se cree madre legítima o el padre legítimo, para que se declare la maternidad legítima, sea que el hijo actualmente se considere ilegítimo o legítimo de otras personas. En una palabra, esta reclamación no puede tender a empeorar la situación jurídica del hijo, sino a mejorarla o por lo menos a no alterar su calidad (de hijo legítimo). Se trata, en todo caso de demostrar la verdad: quien es la verdadera madre.

Si el hijo pasa por ser legítimo de otros padre y madre, o por lo menos, de otra madre (supuesto el caso de dos matrimonios válidos de un varón con dos mujeres, por ej. por viudez o divorcio), habrá que destruir la presunción de que el hijo pertenece a esos padres, y demostrar que tiene otra madre, lo cual exige a su vez la prueba del parto y la identidad del nacido con el hijo sobre cuya maternidad se disputa.

Cosa parecida sucede en el caso de que el hijo sea ilegítimo: habrá que probar los mismos hechos; pero como no le beneficia la presunción que ampara a los nacidos durante el matrimonio, la prueba será más fácil. Igual regla se aplica a los hijos de padres desconocidos. Cabe, desde luego, reclamación de la que se cree verdadera madre, aunque el hijo esté inscrito como "de padres desconocidos", y actualmente sea tenido por una mujer que, sin reconocerle, se atribuye la calidad de madre.

En cuanto al conflicto negativo, puede ser promovido por la supuesta madre o por su marido, con el fin de desconocer al hijo que pasa por suyo. No se requiere que prueben cuál es la verdadera madre. Basta demostrar que la que pasa por serlo, no lo es. Tal demostración

puede consistir en probar que aquella mujer no ha sido nunca madre o que no dio a luz en la época en que nació el individuo que pasa por su hijo, o bien que el realmente nacido fue otro distinto del que ahora se presenta o pasa como hijo suyo.

Estas acciones, como queda dicho corresponden estrictamente a las personas indicadas, que son las señaladas por la ley. Pero también se concede una acción de más limitados alcances a otras personas que tengan un interés actual en que se declare falsa la maternidad putativa. Estas personas no basta que tengan un interés cualquiera, es preciso que la falsa maternidad les perjudique en sus derechos sucesorios respecto de la falsa madre o —como consecuencia de esto—, del falso padre. Nótese que sólo cabe el conflicto negativo: negar que una persona es verdadera madre, para reclamar en consecuencia unos derechos hereditarios que podría recibir el falso hijo; pero lógicamente podrá en estos casos ser un camino para lograr tal declaración de falsa maternidad, el demostrar positivamente cuál es la verdadera madre de aquella persona. Además, la acción de estos terceros interesados caduca en muy breve tiempo: sesenta días contados desde que el actor haya conocido el fallecimiento de la supuesta madre o del supuesto padre; y transcurrido dos años, no puede alegarse ignorancia de dicho fallecimiento (Art. 340).

Las personas directamente interesadas, es decir el hijo, los padres verdaderos o los supuestos, pueden ejercer sus acciones dentro de diez años contados desde la fecha del parto; después de este plazo ya no se puede intentar la acción, salvo que salga inopinadamente a luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa que antes no se conocía, entonces revive la acción durante otros dos años. Este hecho podría ser, por ejemplo, que la edad de la madre o la del hijo es otra de la que se creía, de modo que resulte imposible que ella lo haya generado, o bien que la madre es virgen, o ha sido siempre impotente o estéril, etc.

Con toda justicia el art. 341 ordena que ninguno de los que hubieren participado fraudulentamente en la ocultación del parto, o en la suplantación del hijo, pueden beneficiarse del descubrimiento de tal fraude, ni siquiera para exigir alimentos o para participar en la herencia o para ejercer la patria potestad. Es lógico que si los mismos padres han actuado de forma tan anti-natural y contraria a los derechos del hijo, no deben luego poder reclamar derecho alguno frente a su hijo.

Con relación a este Título De la Maternidad Disputada, considero que la crítica de mayor relieve que se puede hacer consiste en que no se ha considerado la posibilidad de que el hijo inicie la correspondiente acción al llegar a la mayoría de edad, y durante un período razonable, que podría ser el de dos años. Actualmente, como la acción expira necesariamente "para todos" (dice el Art. 339) en diez años a partir del nacimiento, resulta que el menor de edad solamente podría iniciar el juicio mediante un curador; pero si precisamente pasa por

ser hijo, tal vez legítimo, de ciertos padres, resultará muy difícil que el menor logre la protección de un guardador para litigar por su verdadera filiación. La ley debería darle esta oportunidad al llegar a la mayoría de edad, como la da para otros efectos, por ejemplo, la investigación de la paternidad. o de la maternidad ilegítimas

305.— *Declaración iudicial de la paternidad: Generalidades*

El que no ha sido voluntariamente reconocido como hijo ilegítimo no solamente puede obtener que judicialmente se le declare hijo de una determinada madre, sino también de un determinado padre ilegítimo; en esto consiste la llamada "investigación de la paternidad".

El siglo pasado la doctrina y la legislación fueron en casi todo el mundo contrarias a la investigación de la paternidad, principalmente por el influjo ejercido por el Código de Napoleón, y la difusión de las teorías ultra-individualistas derivadas del pensamiento liberal del siglo XVIII. Poco a poco se ha cambiado este estado de cosas y se han desvanecido los argumentos que se solían presentar para combatir la investigación de la paternidad.

En el Ecuador existió en el primitivo Código Civil un incipiente sistema de investigación de la paternidad, inspirado en las ideas excesivamente individualistas propias de la época.

Aparte de la declaración voluntaria del padre, solamente cabía adquirir el estado de hijo ilegítimo por la declaración judicial mediante citación al padre para que con declaramente jurara si creía ser el padre, y si lo negaba, solamente se podía demostrar la paternidad en el caso de que hubiera raptado a la madre y que ésta hubiera concebido durante la privación de su libertad. El Decreto 94 del año 1935, introdujo en la ley los otros casos, o formas de prueba mediante las cuales se puede actualmente llegar a la declaración judicial de la paternidad ilegítima.

Uno de los puntos actualmente discutidos en la doctrina consiste en si deben admitirse pruebas de la paternidad de tipo médico o técnico-biológico. Entre ellas es particularmente conocida la de los grupos sanguíneos, que se ha abierto amplio campo en la jurisprudencia de algunos países, incluída Francia. En este país hay sentencias que admiten la prueba de la paternidad por medio de pruebas de grupos sanguíneos, así por ejemplo, una del Tribunal Civil de Niza de 17 de noviembre de 1937, otra del Tribunal Civil de Lille de 19 de noviembre de 1946; estas sentencias son negativas: es decir llegan a la conclusión de que el demandado no puede ser el padre. Pero también se han pronunciado sentencias positivas; así, el Tribunal Supremo Alemán, el 13 de enero de 1939, admitió una prueba positiva por una serie de notas coincidentes; en Argentina y en Uruguay se han dado abundantes sentencias en este sentido.

La ivestigación de tipo biológico se funda en las leyes de la herencia. Explica Fairén Guillén que: "si el hijo tiene una característica cualquiera que sea dominante, necesariamente esta característica tiene que existir, por lo menos en uno de los padres. Si la presenta la madre, ya no cabe investigación 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".

Las pruebas biológicas pueden clasificarse en dos grupos: el primero se funda en anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias; y el segundo comprende los caracteres normales: características morfológicas, constitución físico-química de ciertos tejidos, etc. Entre éstos, el más conocido y aplicado es el de los grupos sanguíneos. Naturalmente a medida que aumenta el conocimiento de las leyes hereditarias sobre los más variados elementos del cuerpo humano, se hace más fácil y segura la determinación de la paternidad. Así, por el método de las exclusiones de la posibilidad de que un individuo sea el padre, cuando solamente se conocían los tres grupos sanguíneos fundamentales, la determinación aún simplemente negativa de la paternidad presentaba muy escasas posibilidades; pero hoy día se conocen nuevos elementos sanguíneos, como el llamado factor Rh, y nuevos grupos sanguíneos, que permiten una más exacta determinación de la paternidad en mayor número de casos.

El Profesor Hoffsteter explica que además de los grupos sanguíneos clásicos, llamados A, AB, B y O, se han descubierto posteriormente otros elementos, como el factor RH y varios más, que permiten cada vez un número mayor de pruebas de exclusión de la paternidad. Naturalmente, a medida que se descartan posibles padres, por exclusión se puede probar que una persona sí es el padre de un individuo. Así se explica que varios países havan admitido expresamente este método de prueba: ocho de los cincuenta Estados de la Unión Norteamericana aceptan la prueba de los grupos sanguíneos; también vale esta prueba en Alemania, Inglaterra, Austria, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Suiza, Francia, etc.

306.— Declaración judicial de la paternidad: Casos admitidos en Ecuador.

Ya hemos indicado que actualmente en el Ecuador la legislación presenta unas características propias de un período de transición, porque respecto de la declaración de la paternidad ilegítima coexisten dos sistemas: el del Código Civil, más severo, y el de otras leyes especiales, que permiten una investigación más amplia y libre, pero sólo para restringidos efectos.

La declaración judicial permitida por el Código Civil puede intentarse en los siguientes casos generales: a) si hay confesión judicial

expresa del padre, en forma directa o ficticia; b) si se prueban relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, pero en determinados supuestos o hipótesis legales en los cuales dichas relaciones constituyen particulares figuras delictivas o de actos ilícitos debidamente determinados por la ley; y c) si existe un reconocimiento tácito por parte del padre, consistente en una conducta hacia el hijo, así mismo, claramente tipificada por el Código.

Conviene considerar el texto del art. 300 que señala estos procedimientos para la investigación de la paternidad:

Art. 300: La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada 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 hubiese 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 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 de que el presunto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.

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.

El primer caso previsto por la ley tiene mucha semejanza con el de reconocimiento voluntario. Efectivamente, aunque el padre no haya tenido la iniciativa, es su declaración, la que origina la constitución del estado civil del hijo ilegítimo. El Código antes de la reforma de 1935, hacía referencia a esta forma de declarar la paternidad, pero a diferencia de la actual legislación, exigía que se citara hasta dos veces al padre, y si después de la segunda no comparecía o se negaba a declarar, se le consideraba confeso. Ahora no se habla más que de "notificación al supuesto padre", y el art. 311 exige que la citación se haga "en la persona del demandado", de modo que si falta este requisito, no vale el juicio ni el fallo correspondiente.

Se puede llamar a que una persona declare sobre si cree ser el padre ilegítimo de un individuo, sea simplemente fiándose sólo de su palabra, o bien acompañando a esta petición documentos y pruebas que induzcan al confesante a reconocerse padre ilegítimo. Cabría incluso interrogar sobre otros hechos relacionados estrechamente con la paternidad. Puede tener mucha más eficacia un interrogatorio hábilmente compuesto, que una simpre pregunta sobre la convicción de paternidad. Se puede, por ejemplo, pedir que el confesante reconozca previamente su firma estampada en cartas u otros documentos comprometedores.

Estos documentos privados entre nosotros no hacen plena prueba, ni puede solamente con ellos lograrse la declaración de la paternidad ilegítima, pero debidamente usados en el juicio, pueden ser de gran utilidad. La ley colombiana, en cambio, les da una importancia decisiva, y la jurisprudencia así lo ha entendido.

Hasta en la edición del Código Civil de 1930 consta el artículo que entonces llevaba el número 280: "Si el demandado no compareciere pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad", pero este artículo fue derogado por el Decreto Supremo Nº 94. En cambio, el actual artículo 300 permite declarar judicialmente la paternidad si notificado el presunto padre "lo confiesa expresamente"; de todo esto podría deducirse que ya no cabe confesión ficticia o tácita. Pero, por otra parte, según el art. 133 del Código de Procedimiento Civil, la confesión tácita tiene valor de prueba plena o de semiplena, según el libre criterio de los jueces. Por consiguiente, si una persona llamada a declarar si cree ser el padre de un hijo ilegítimo, se niega a comparecer, o no declara, o lo hace en términos ambiguos u oscuros, el juez, podrá declararle o no declararle padre, teniendo en cuenta las demás circunstancias (cfr. art. 149 del Código de Procedimiento Civil).

El segundo grupo de causas por las que se puede declarar judicialmente la paternidad ilegítima está constituído por hechos ilícitos, debidamente probados, que induzcen a creer que determinada persona es el padre.

En el antiguo Código se consideraba solamente el caso del rapto de la madre durante la época de la concepción. Desde 1935, además del rapto, se han agregado: la violación, la detención o secuestro arbitrario y la seducción con maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, y el concubinato. Todos estos hechos serán normalmente delitos, pero para que valgan como prueba de la paternidad, no es preciso demostrar su naturaleza delictiva, ni que hayan sido previamente declarados tales en juicio penal; se trata simplemente de hechos ilícitos civiles, para cuya apreciación se han de tener en cuenta las correspondientes definiciones penales, pero que deben entenderse con mayor amplitud.

Puede sorprender que nuestra ley permita la declaración de la paternidad solamente cuando se prueben las relaciones sexuales ilícitas que reunan alguna de aquellas circunstancias que las convierten en particularmente graves, al punto de que normalmente serán delitos. Esto se debe, sin duda, a la dificultad que ha hallado el legislador para vencer la mentalidad dominante en épocas pasadas, contraria en general a la investigación de la paternidad. En estos casos más graves, se mira la declaración judicial de la filiación ilegítima, casi como una sanción más contra el padre que ha procedido tan inmoralmente. Pero no considera en verdad la ley los verdaderos intereses del hijo y de la sociedad. En efecto, si el hijo ha sido concebido en alguna de aquellas circunstancias delictivas o muy próximas al crimen, es más difícil que se resuelva a dar publicidad a su origen mediante un juicio de investigación de la paternidad; y si lo hace, y logra que se le declare hijo ilegítimo, su condición ante el concepto general de la sociedad será verdaderamente infamante. En cambio, si la ley, de modo más sencillo, y sin hacer distinciones odiosas, permitiera la declaración judicial de la paternidad siempre que se demuestre que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre, y sólo con él, durante la época de la concepción, se facilitaría mucho la investigación de la paternidad, y el hijo que la obtuviera judicialmente no llevaría el inri de haber acusado a sus padres graves hechos delictivos, que están en su propio origen, y de los cuales él mismo desciende. Poco humanitaria, lógica, y práctica, resulta, pues, en este punto nuestra ley. La realidad de la vida jurídica confirma esta crítica: son poquísimas las causas iniciadas para que se declare la paternidad por los indicados motivos.

A veces se afirma que en todos los casos antes descritos se requiere un principio de prueba por escrito para lograr la declaración judicial de la paternidad, pero esta opinión es totalmente falsa, y contraria al claro tenor literal del art. 300. En este artículo se pide principio de prueba por escrito, solamente en el caso de seducción calificada. Por el contrario, en los casos de rapto, detención arbitraria o secuestro, tales hechos pueden demostrarse simplemente por testigos; y en el caso de concubinato, lo que se requiere es que haya sido "notorio", es decir, generalmente conocido por los vecinos, parientes o relacionados con los concubinos. La prueba, varía, pues, según la naturaleza de los respectivos hechos.

Aunque se prueben uno o más de los indicados hechos, y que havan producido dentro del período en que debió ser concebido el hijo, será rechazada la demanda "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" (Art. 301): es la llamada *exceptio plurium concubentium*, universalmente admitida. Es lógico que no basta probar que un varón haya tenido relaciones sexuales con la madre de una criatura para demostrar que éste es el padre, pues, si la madre ha tenido relaciones

también con otras personas, cualquiera de ellas puede ser el padre. Pero es precisamente en estos casos cuando podrían tener mejor aplicación las pruebas biológicas: dentro de los varios posibles padres, puede fácilmente resultar que solamente uno tenga el tipo de sangre que corresponde al hijo. o bien, el peritaje médico puede establecer otras afinidades que hagan verosímil la paternidad de uno de los presuntos padres.

La exceptio plurium concubentium, según nuestra jurisprudencia, requiere la prueba de que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres "durante la época en que pudo concebir", y no basta, por lo mismo, si solamente se prueba la conducta inmoral de la mujer en época anterior. Otra importante sentencia establece que si hay confesión del padre, sobre su calidad de tal, no se debe tomar en cuenta la conducta de la madre.

Los casos más frecuentes de declaración judicial de la paternidad se fundan en el numeral 5º del artículo 300, de índole muy distinta de todo lo anteriormente examinado. "Si el supuesto padre ha provisto o participado al sostenimiento y educación del hijo", en calidad de padre, existe una especie de reconocimiento tácito de la paternidad que fundamenta la declaración judicial de ella. Algunos autores han destacado el hecho de que la conducta del padre frente al hijo puede ser aún más significativa que una confesión aislada: si un hombre actúa como padre respecto de un menor de edad, quizá durante mucho tiempo, corriendo con los gastos de su manutención y educación, si le prodiga cuidados que solamente se suelen prestar en calidad de padre, esta actitud revela a las claras la realidad de esa paternidad ilegítima.

307.— *Naturaleza jurídica del reconocimiento y declaración de hijo ilegítimo.*

Se suelen explicar de diferentes maneras el reconocimiento voluntario y la declaración judicial de la filiación ilegítima, y de estas diversas concepciones jurídicas derivan importantes consecuencias prácticas.

El punto más discutido, y tal vez también el de mayor trascendencia por sus efectos, es el de considerar al reconocimiento bien como acto declarativo o como acto constitutivo.

La mayor parte de las legislaciones y de la doctrina son favorables al concepto de acto declarativo. Así, José Arias, siguiendo a Segovia dice: "Como el reconocimiento es declarativo y no atributivo, sus efectos se remontan, en general, al mismo día del nacimiento de la persona reconocida. Así, podría anular un matrimonio por parentesco en grado no dispensable, y sus derechos hereditarios remontan a la época de la concepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 323 (C.

Civil Argentino)". Por su parte, Borda afirma: "Los que sostienen que este acto crea o constituye un estado son lógicos en afirmar que sólo produce efectos a partir del instante en que se llevó a cabo. En cambio, quienes persamos que el reconocimiento es declarativo, debemos admitir que tiene efectos a partir del momento mismo de la concepción", y agrega: "Esta es sin duda la solución que mejor se ajusta a la idea sustancial de la institución. Si se acepta que una persona es hijo de otra, habrá que admitir que siempre lo ha sido. Sostener que no lo fué hasta el instante arbitrariamente elegido por el padre, y sí, después, es contrario a la naturaleza de las cosas. Y además conduce a soluciones injustas, como que el hijo reconocido no podría recoger una herencia deferida antes del reconocimiento. No es extraño, pues, que la doctrina, salvo contadas excepciones, se incline por la retroactividad".

La jurisprudencia colombiana también es favorable al concepto del reconocimiento como acto declarativo. Una sentencia de 15 de abril de 1953 contiene estas palabras: "Decir que la filiación la constituyen el reconocimiento o la confesión o los escritos y demás medios llevados al juicio, y no la generación misma, es como decir que la causa jurídica de la obligación de indemnizar y del derecho correlativo, es la confesión o escrito donde aparezca que se es autor del hecho culposo o doloso, y no el mismo hecho".

Muchos autores consideran que no sólo el reconocimiento voluntario sino también el judicial son simplemente declarativos y no constitutivos, entre ellos, Colin y Capitant, Josserand, Planiol y Ripert, Rouast, etc.

En algunas leyes aparece con singular claridad el carcter declarativo, como sucede con el Código Civil Peruano de 1936, que califica de ilegítimos simplemente a todos los nacidos fuera de matrimonio (art. 348) y luego habla del reconocimiento y de la declaración judicial como meros "medios de prueba".

Según el sistema ecuatoriano resulta mucho más difícil considerar el reconocimiento como simplemente declarativo. El carácter rígidamente formal de nuestra ley, el desconocimiento de la posesión notoria de estado civil, la profunda diferencia entre el hijo reconocido y el que no lo es, entre otras razones, llevan a creer que para nuestro Código el reconocimiento del hijo ilegítimo es más bien un acto constitutivo de estado civil.

Por otra parte, aunque lo más lógico parezca ser el dar efecto retroactivo al acto declarativo y no darlo al constitutivo, también esta cuestión es discutida. Considero que el sistema ecuatoriano se encuadra más bien el concepto de acto constitutivo, aunque por vía de excepción puedan atribuirse con efecto retroactivo algunas consecuencias del reconocimiento. En una sentencia de la Corte Suprema se equipara el reconocimiento voluntario a un contrato, destacando el he-

cho de que uno y otro producen obligaciones recíprocas, naturalmente este argumento abona a favor del carácter constitutivo.

El artículo 773 del Código de Procedimiento Civil dice: "El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, o la maternidad que se disputa, vale no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que causan dicha legitimidad o maternidad". En este artículo nada se dice, en cambio de los efectos de la declaración de la paternidad ilegítima: solamente se refiere a la paternidad legítima, y a la maternidad de cualquier clase, de donde puede deducirse que la declaración judicial de la paternidad ilegítima no tiene aquel efecto universal, sino que sigue la regla general de la relatividad de las sentencias, lo cual también es más compatible con el carácter constitutivo.

El carácter constitutivo del reconocimiento y de la declaración judicial en nuestra ley, aparece también del hecho de que no pueden producirse jamás, después de muerto el padre. Si fueran actos simplemente declarativos, podrían verificarse por el juez, o por los herederos, aún después de fallecido el padre. (cfr. art. 310 del Código Civil).

Otra característica de la declaración judicial de la paternidad ilegítima es su irrevocabilidad, aunque sí puede modificarse el estado del hijo si se demuestra un error. La confesión del padre tampoco es revocable, como lo establece el art. 1766, pero si se demuestra un error de hecho, puede hacerla anular; además, el art. 142 del Código de Procedimiento Civil dice que "no merece crédito la confesión prestada por error, fuerza o dolo, ni la que es contra naturaleza o contra las disposiciones de las leyes, ni la que recae sobre hechos falsos". Y como el art. 778 del mismo Código adjetivo establece que "a quien se presenta como verdadero padre o madre del que es reputado por hijo de otros... no podrá oponerse prescripción ni sentencia pronunciada en juicio seguido entre otras personas", cabe, pues, en todo caso rectificar el error que se hubiera cometido declarando a una persona como hijo de quien no lo es.

308.— Extinción de la acción para declarar la paternidad ilegítima.

Tanto la acción para investigar la paternidad como la dirigida a establecer la materia ilegítima se extinguen en el Ecuador por la muerte del respectivo padre o madre (art. 310 del C. Civil). Esto deriva de la rigurosa exigencia de que se sigan estos juicios con legítimo contradictor, y de que solamente se considera tal el padre respecto del hijo y viceversa para las cuestiones de paternidad, y la madre y el hijo en las de maternidad.

Un caso que merecería especial consideración es el del hijo póstumo, que no tiene en nuestro derecho posibilidad alguna de reclamar su filiación, y la equidad exige que se le confiera esa oportunidad.

La acción en nuestro país, tiene además un plazo relativamente

breve de caducidad: por regla general dos años, con algunas variantes. La acción dirigida a pedir la confesión judicial del padre, puede intentarse durante toda la menor edad del hijo y hasta dos años después de que cumpla la mayoría si es varón, y hasta cinco años después de cumplir los 21, si es hija mujer. Este trato preferencial a la mujer se debe a que generalmente tiene menor preparación para actuar en estas gestiones.

Las acciones fundadas en rapto, violación, detención, secuestro o seducción, solamente pueden intentarse dentro de los dos años subsiguientes al parto o en los dos años siguientes al cumplimiento de la mayor edad del hijo, según ordena el art. 306. Pero felizmente la jurisprudencia ha aclarado esta disposición en el sentido de que una vez caducada la acción de la madre (después de dos años del parto), puede ella misma, en calidad de representante del hijo intentar la acción en nombre de él, pues de otro modo, si tuviera que esperarse a que cumpla la mayor edad, entonces quedaría privado de toda protección precisamente cuando más la necesita.

Si la acción se fundamenta en la existencia de concubinato o en que el supuesto padre ha participado en el sostenimiento y educación del hijo, caduca dos años después de que haya cesado el concubinato o la participación del padre en el cuidado del hijo. En este caso la ley no tiene en cuenta para nada la edad del hijo, lo cual a mi modo de ver es un grave error, pues debería tener la posibilidad de investigar la paternidad al llegar a la mayoría de edad, durante dos años, aunque el concubinato o la otra situación hubieren cesado varios años antes.

Finalmente, señalemos que la acción para investigar la maternidad tiene también una peculiar causa de extinción: el matrimonio de la madre. Por lo menos con toda seguridad no puede iniciarse el juicio contra mujer casada, porque así lo establece terminantemente el art. 308. Resulta dudoso si podría continuarse el juicio iniciado contra mujer soltera que luego contrae matrimonio. Tanto por el tenor literal del Art. 308, como por la intención o espíritu de la ley, considero que sí se podría continuar contra la mujer casada la acción iniciada cuando era soltera; efectivamente, el Código quiere evitar el escándalo y la deshonra del marido, pero si un varón se casa con la mujer contra la que ya se ha iniciado uno de estos juicios, no tendría razón de queja alguna por la continuación de dicha acción judicial. Por otra parte, el matrimonio de la madre no podría perjudicar tan gravemente el hijo que le dejara sin posibilidad de ser declarado hijo de su madre.

309.— Derechos y deberes de los hijos ilegítimos, respecto de sus padres.

Las relaciones entre padres e hijos ilegítimos tienen semejanza con las existentes entre los legítimos, incluso la ley se remite con fre-

cuencia a aquel caso típico; y la actual Constitución proclama su igualdad en cuanto a crianza, educación y, herencia y apellidos (art. 29). Podemos estudiarlas agrupadas en cuatro puntos: a) Las que derivan de la autoridad paterna; b) las que sustituyen a la patria potestad; c) las de alimentos; d) las de herencia.

En términos generales los hijos ilegítimos gozan de menos derechos, o de derechos más restringidos que los legítimos, y algo similar puede decirse de sus obligaciones frente a los progenitores. El proyecto constitucional de 1938, y la Carta Política de 1945, de corta duración, establecían una declaración de igualdad de derechos de los hijos legítimos y los ilegítimos, incluyendo expresamente los derechos de crianza, educación y herencia. La Constitución de 1946, más moderadamente dice: "No solamente los hijos legítimos, sino también los ilegítimos, tienen derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en los términos que la Ley establezca" (art. 168). El Código Civil, y otras leyes especiales concretan estos derechos que corresponden a todos los hijos, pero no en igual medida o con las mismas modalidades. Deberán modificarse las leyes para hacer efectivo el precepto de igualdad vuelto a introducir por la Constitución de 1967.

Otro aspecto general que se debe considerar consiste en que nuestro Código concede iguales derechos al padre y a la madre ilegítimos, y los equipara también en cuanto a sus obligaciones hacia el hijo ilegítimo. En cabio, otras legislaciones modernas, como el Código Civil Alemán, atribuyen una situación jurídica muy distinta al padre y a la madre ilegítima; la madre es prácticamente como si fuera legítima, en tanto que el padre tiene menor vinculación con el hijo ilegítimo. Considero que la distinción debería verificarse sobre todo en cuanto se refiere a los derechos de los progenitores: es lógico que tanto el padre como la madre tengan iguales obligaciones frente al hijo ilegítimo pero bien pueden ser diferentes los deberes del hijo frente a cada uno de sus progenitores; particularmente, si uno de ellos es quien ha cuidado del hijo en todo aspecto, frente a él debería tener mayores obligaciones el descendiente.

También parece muy razonable distinguir los derechos de los padres que hayan reconocido voluntariamente a un hijo ilegítimo, de aquellos que solamente han sido declarados padres por sentencia judicial. El que, de modo voluntario ha cumplido su deber moral debe ser estimulado y recompensado con una situación más ventajosa, y quien se ha resistido a aceptar sus deberes de padre no debería tener ninguna de las ventajas inherentes a esa misma condición. Nuestra ley, sin embargo, no hace ninguna distinció de este tipo.

a) La autoridad paterna. Los hijos ilegítimos están sometidos de manera muy semejante que los legítimos a la autoridad paterna de ambos progenitores, si han sido reconocidos por ambos o de uno solo si únicamente uno los ha reconocido. Si ambos ejercen dicha autoridad,

el sometimiento principal es al padre. Las obligaciones comprendidas en este sometimiento son principalmente: obediencia, respeto y cuidado de los padres en su ancianidad, demencia u otras circunstancias que exigen ayuda. El contenido de estas obligaciones quedó ya explicado al hablar de los hijos legítimos. Pero entendemos que si hay hijos legítimos e ilegítimos, primeramente están obligados los legítimos a cuidar de los padres, y en segundo término los ilegítimos.

La diferencia más notable entre las dos clases de hijos en este punto, radica en que mientras la obligación de cuidar de los padres en el caso de los hijos legítimos se extiende también a los demás ascendientes (abuelos, etc.), en cambio el vínculo de los ilegítimos se establece rigurosamente sólo en el primer grado de consanguinidad en línea recta ascendente.

A su vez los padres ilegítimos están obligados: a cuidar personalmente de los hijos, a criarles y educarles. El cuidado personal debe ser igual que el de los hijos legítimos, pero si uno de los padres es persona casada, no puede tener al hijo ilegítimo en su casa, sin el consentimiento de su cónyuge, como es natural. Las reglas para el caso de divorcio se aplican análogamente en cuanto al cuidado personal, o sea, en lo relativo a cuál de los padres debe tener materialmente bajo su directa responsabilidad a los menores ilegítimos. A mi modo de ver, sería más acertado que la ley prefiriera, por regla general, para estos efectos al padre que reconozca voluntariamente al hijo, como un medio más para estimular el reconocimiento voluntario.

Dentro del cuidado personal del hijo se incluye también la obligación de velar por la correcta dirección de su vida: los padres tienen el derecho de dirigir la educación del hijo, pero no pueden obligarle a casarse contra su voluntad, o a tomar otro estado que los mismos hijos no hayan elegido libremente. En cuanto al consentimiento para el matrimonio del menor de edad, el hijo ilegítimo está obligado a obtenerlo de su padre o de su madre, y si ambos viven, el del padre (art. 95). La Ley chilena, a este respecto distingue, y solamente ordena obtener esta licencia paterna en el caso de reconocimiento voluntario de los padres, y no cuando judicialmente han sido declarados, contra su deseo. Parece muy justa e imitable esta disposición: no cabe que ejerza un derecho que restringe la libertad del hijo, aquel padre que no ha querido asumir voluntariamente las cargas de la paternidad.

Las obligaciones de cuidado, educación, crianza del hijo, no pasan, a falta de los padres, a los demás ascendientes, como sí sucede en el caso de los hijos legítimos. A falta de los padres, el hijo ilegítimo necesita de un tutor o curador, y a ellos corresponderá el cuidado del menor, y a falta de ellos, deben ser colocados en un establecimiento de beneficencia. También si tienen guardador pueden estar en un establecimiento de protección de menores, pero bajo la vigilancia del guardador, a quien corresponde (si no hay padres), dirigir la educación del menor.

Los padres, y en este caso también las otras personas que tengan el cuidado de la persona de los menores ilegítimos, pueden castigarlos y corregirlos moderadamente, y deben dirigirse al Tribunal de Menores para solicitar la internación en establecimientos especiales, si no logran enderezar la conducta de sus sometidos.

Si se inscribe el nacimiento de un hijo ilegítimo reconocido por ambos padres, debe anotarse los apellidos de ambos, y el hijo llevará primero el apellido del padre, y como segundo apellido el de la madre. Si solamente le ha reconocido uno de los progenitores, el hijo llevará los dos apellidos del padre que le reconoce. (apellido paterno y materno del reconociente), y si éste solamente tiene un apellido, el hijo llevará dicho apellido repetido. Si con posterioridad lo reconociere el padre o madre que no lo hubiere hecho hasta el momento de la inscripción, se rectificará de oficio la partida respectiva, anotando los dos que, en razón del reconocimiento corresponden al inscrito. (cfr. art. 2 del Decreto Supremo Nº 2000, publicado en R. O. 576 del 1º de septiembre de 1965).

b) Relaciones sustitutivas de la patria potestad. En algunos países se confiere a los padres ilegítimos la patria potestad respecto de los hijos reconocidos, pero en el Ecuador la patria potestad se reserva exclusivamente a los padres legítimos, respecto de sus hijos no emancipados.

Como en el Ecuador no hay patria potestad para los ilegítimos, deben ser puestos bajo guarda. Corresponde el ejercicio de la guarda primeramente al padre o la madre que le haya reconocido antes, y si ambos lo han reconocido a un mismo tiempo, prevalece el padre. Pero si no ha habido reconocimiento voluntario sino declaración judicial, el art. 410 del Código Civil ordena que ejerza la guarda aquel padre cuya sentencia se hayan inscrito primeramente. Estas reglas demasiado rígidas e incompletas, no satisfacen. Efectivamente, el juez debería transferir libremente la guarda al otro progenitor, aunque haya reconocido después o haya sido declarado judicialmente padre o madre ilegítimo con posterioridad, siempre que por su conducta moral, por sus cualidades, por las relaciones de afecto con el hijo, por su posición social o económica, etc., parezca más oportuno que sea él quien ejerza la guarda. Además, nuestra Ley no resuelve el caso de que primeramente haya sido declarado judicialmente uno de los padres, y después el otro reconozca voluntariamente el parentesco ilegítimo; en este caso, normalmente debería preferirse al que reconoce voluntariamente, pero la Ley no lo dice, y más bien puede deducirse lo contrario de su tenor literal.

Mientras que el padre, si es casado, no puede ser guardador de los hijos ilegítimos sino solamente con el consentimiento de su mujer (art. 544), en cambio, la mujer casada, es absolutamente incapaz de ejercer guarda sobre sus hijos ilegítimos, y no podría ni con autorización del marido (art. 540). Esta diferencia, demasiado honda entre el marido y la mujer, tampoco parece justificable, y redunda en perjuicio

de los hijos ilegítimos. Probablemente se debe considerar derogado desde la vigencia de la nueva Constitución (25-V-1967).

El Código trata de facilitar el cumplimiento del deber de cuidar de los hijos, legítimos o ilegítimos, ejerciendo la guarda, y para esto permite excusarse de otras tutelas o curadurías que ya se ejerzan sobre dos o más personas que no sean hijos propios (Art. 557 del C. Civil). Y no se excusa, en cambio, del ejercicio de la guarda de los hijos ilegítimos, por el hecho de ser más de dos. Nada más razonable.

Los derechos propios de la patria potestad son: la representación legal del hijo, el usufructo de sus bienes y la administración de sus asuntos. Estas tres funciones se reemplazan, en el caso de los hijos ilegítimos por el guardador.

El Art. 35 del Código de Procedimiento Civil establece que: "El hijo ilegítimo menor de edad será representado por el padre. A falta de éste, le representará la madre, lo mismo que cuando se trate de demanda contra el padre. A falta de padre y de la madre, será representado por su curador especial o por un curador ad-litem". Sin embargo, parece evidente que si es la madre quien ejercer la guarda legítima, debe entonces ser ella quien representa al hijo, asimilándose tal caso al de "faltar" el padre, aunque realmente haya padre ilegítimo. Es decir, que si la madre ha reconocido primeramente al hijo, o por otra causa (por ejemplo, incapacidad del padre) es ella la que ejerce la guarda, entendemos que a ella corresponde la representación del hijo. Pero esta conclusión no es del todo clara ni cierta, porque el Art. 35 del Código de Procedimiento Civil parece asignar la representación al padre, o a la madre, como algo independiente del ejercicio de la guarda; además, el artículo 489 del Código Civil permite que el juez escoja entre el padre o la madre ilegítimos para conferir la curaduría del hijo ilegítimo disipador, y también el artículo 363 del Código del Trabajo, reformado por el Decreto Supremo 636 (R. O. 467 del 29 de marzo de 1965), indica que la madre tiene la representación del hijo "sin que sea menester que se le haya nombrado guardadora de los mismos y aun cuando hubiere otro guardador", si bien esta norma tiene carácter especial, sólo para los asuntos laborales. En una palabra: el sistema legal es fluctuante, poco coherente deja una seria duda sobre un punto de mucha trascendencia y sentido práctico como es este. Considero de todas maneras, que salvo normas especiales para determinadas materias, la representación del menor corresponde a aquel de los padres que ejerza la tutela o curaduría, y a falta de ellos al respectivo guardador.

En cuanto al usufructo de los bienes del hijo, corresponde al padre o madre que ejerzan su guarda legal. Esta disposición se halla en el Art. 410 del Código Civil que trata de las personas llamadas a ejercer esta guarda; por tanto, el lugar no es adecuado: debió decirse en el Título que regula los deberes y derechos de los padres e hijos ilegítimos (Título XIV) y no en el de las tutelas y curadurías en general (Título XIX).

Tampoco parece atinada la concesión del usufructo exclusivamente al guardador del hijo ilegítimo. La ley debería dejar bien claro que el rendimiento de los bienes del hijo debe emplearse fundamentalmente en beneficio de él mismo. Y si el hijo está bajo la guarda de uno de sus padres, pero confiado al cuidado material del otro, naturalmente éste tiene derecho a recibir una pensión para cubrir los gastos del hijo: el usufructo, de hecho tiene que ser participado por el padre que soporta los gastos de crianza, educación, etc.

Convendría también, distinguir, como lo hace la ley argentina, el reconocimiento voluntario, de la declaración judicial, asignando el usufructo solamente a los padres que hayan reconocido al hijo y no a aquellos que quedaron vinculados con él solamente por sentencia de juez.

Respecto de la administración de los bienes del hijo menor de edad sometido a la guarda del padre o de la madre ilegítimos, tampoco resulta clara nuestra ley ni determina suficientemente las atribuciones y responsabilidades.

Mientras el Art. 316 prohibe al padre o madre ilegítimos enajenar o gravar los bienes raíces de sus hijos, durante la guarda, salvo autorización judicial, en cambio, el Art. 435 indica que el tutor o curador no puede, sin dicha autorización, enajenar ni gravar bienes inmuebles, pero tampoco "enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección". Y en los subsiguientes artículos (436 a 445) se prohiben otros actos sin autorización judicial, como los de división, repudiar herencias, donaciones o legados, o hacer donaciones de bienes raíces, dinero o muebles. Por consiguiente, se plantea la duda de si la disposición especial del Art. 316, excluye las prohibiciones que en los mencionados artículos 435 y siguientes se hacen para el guardador en general, o si obligan también al padre ilegítimo. Es probable que prevalezca el Art. 316. Es decir, el padre o madre guardadores del hijo ilegítimo actúan con unos poderes mucho más semejantes al padre o madre legítimos que tengan la patria potestad, y no, a los poderes más limitados que corresponden al guardador. El padre ilegítimo podría, por consiguiente, enajenar libremente los muebles del hijo ilegítimo sometido a su guarda.

Del análisis de los distintos poderes que confiere la guarda legal sobre los hijos ilegítimos, se puede apreciar, que casi en nada se diferencian de los derivados de la patria potestad, de donde resulta que la exclusión de los hijos ilegítimos de la patria potestad, es en nuestro sistema jurídico más teórica que real; y si se tiene en cuenta las incongruencias y oscuridades de la ley, se concluye que sería preferible la unificación del sistema, estableciendo también para los ilegítimos la patria potestad de los padres que les hayan reconocido voluntariamente, y un régimen parecido, aunque menos ventajoso para los padres, cuando han sido declarados judicialmente tales.

c) Derecho de alimentos. La obligación de cuidar, criar y educar a los hijos ilegítimos se concreta también en el derecho de alimentos que estos tienen. Es verdad que, si los hijos tienen bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de crianza y educación, pueden sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales, en cuanto sea posible (Art. 247), pero a falta de tales bienes, los padres deben gastar de lo suyo en el cumplimiento de aquellos deberes. Si el hijo tiene padre y madre ilegítimos, el juez regulará, en caso necesario la contribución de cada uno, según sus circunstancias, para el mantenimiento del hijo (Art. 315).

El derecho de alimentos se concede a los hijos ilegítimos y a su posteridad legítima. Es decir que el abuelo ilegítimo sí está obligado a dar alimentos al nieto que sea a su vez legítimo del hijo ilegítimo. En cambio la ley no ha previsto el caso inverso y recíproco: solamente se deben alimentos a los padres ilegítimos, pero no a los abuelos u otros ascendientes ilegítimos. Aunque no se guarda la estricta reciprocidad, considero que es justa la ley, puesto que es mayor la obligación de los ascendientes que la de los descendientes en este aspecto.

Los alimentos que se deben al hijo ilegítimo son solamente los necesarios, es decir los que bastan para mantener la vida. Pero en el concepto de alimentos necesarios se comprende de todas formas la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio (Art. 362), y expresamente se reafirma esta obligación respecto de los hijos ilegítimos en el artículo 315: "Incumben a los padres los gastos de la crianza y educación de sus hijos ilegítimos. Se incluirá en ésta, por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio". Conforme al precepto Constitucional debemos entender que ahora corresponden alimentos cóngruos.

He señalado ya que nuestra Ley, en el afán de proteger al hijo, permite que éste reclame alimentos aún en el caso de no haber sido ni reconocido ni declarado como hijo ilegítimo, es decir, aún sin tener la calidad legal de hijo ilegítimo. Desde antes de las reformas de 1935 cabía esta reclamación de alimentos al margen de la investigación de la paternidad o maternidad, y ahora según el sistema aceptado por el Código de Menores, éste puede fijar una pensión alimenticia "cuando se hubiere comprobado que la obligación existe", aunque falten "las pruebas que, al respecto, acepta el Código Civil" (Art. 65 Código de Menores). Las resoluciones del Tribunal de Menores sobre estas cuestiones, y las actas en las que conste la aceptación voluntaria de la pensión alimenticia, u otros autos de estos trámites, no tienen valor ante los tribunales civiles para investigación de paternidad o maternidad. En esta forma se pretende aliviar a todo trance la penosa situación de los niños abandonados, sin que el temor de que se declare la filiación ilegítima retraiga a los padres del cumplimiento del más elemental deber frente a sus hijos. Encambio la lógica y el sentido sistemático de la ley,

exigirían que la sentencia que ordene pagar alimentos sirva de base para la declaración de la paternidad o maternidad ilegítimas.

d) Derechos de herencia. No insistiré sobre el desarrollo histórico de este asunto, tan profundamente reformado en los últimos años. Baste indicar que actualmente el Art. 29 de la Constitución de la República señala el derecho de los hijos ilegítimos a heredar a sus padres, al igual que los legítimos. Se requerirá una serie de reformas legales para hacer efectivo este derecho.

El principio de que el legítimo hereda el doble que el ilegítimo está extendido en muchísimas legislaciones actuales. Las más antiguas, solamente reconocían una participación mucho menor para los hijos ilegítimos. En unas pocas, en cambio, se han equiparado todos los hijos. Lo más razonable es, sin duda el término medio, que realza la importancia de la familia legítima, y hace justificia a los esfuerzos comunes de marido y mujer para formar una fortuna en la cual no pueden participar en igual medida los hijos que sólo pertenezcan a uno de ellos.

Nuestro Código llama en la sucesión intestada, en primer término a los hijos legítimos e ilegítimos del causante, asignando entonces a los primeros el doble que a los segundos. En todos los demás casos en que haya lugar a la sucesión por cabezas, se aplica esta regla.

Si solamente hay hijos legítimos, excluyen a los demás herederos (salvo la porción conyugal del marido o mujer del causante). En cambio, los hijos ilegítimos concurren en el segundo grado de llamamiento a la sucesión, con los ascendientes legítimos, padres ilegítimos, y cónyuge del causante. Si hay todas estas personas, se hace tres partes de la herencia: una para los ascendientes, otra para el cónyuge y otra para los hijos ilegítimos. Si falta alguna de estas categorías de personas, se divide en dos partes la herencia. Si hay sólo una, entre las personas que la componen se divide toda la herencia; es decir, que si sólo hay hijos ilegítimos (no cónyuge, ni ascendientes legítimos o padre ilegítimo del difunto), son ellos quienes reciben toda la herencia. No creo que la Constitución pretenda derogar estas reglas y hacer que el ilegítimo excluya de la herencia al cónyuge.

También en el tercer orden sucesorio, que es el de los hermanos, entran los que son ilegítimos. El hermano ilegítimo hereda la mitad que el hermano legítimo, si son hermanos carnales (de padre y madre), o la cuarta parte que el legítimo, si solamente son medios hermanos ilegítimos (sólo de padre o sólo de madre). Probablemente, tampoco esto ha cambiado por la nueva Constitución, ya que se trata de derechos de *hermanos* y no de *hijos*.

Además, los hijos ilegítimos tienen también derecho sucesorio de representación, es decir, que ocupan el lugar del padre premuerto, pero no en todo caso.

En cuanto a la testamentaria, solamente diremos que participan en la porción llamada "legítima", recibiendo la mitad que los hijos legítimos, y pueden recibir cualquier parte de las mejoras y de la de li-

bre disposición del causante, el cual podría incluso dejar estas porciones exclusivamente a hijos ilegítimos, aún existiendo hijos de otra calidad. En una palabra, nuestra ley es suficientemente amplia en este aspecto y tutela en debida forma los intereses de la familia tanto legítima como la que no lo es. Y ahora — desde 1967 — también la porción legítima debe ser repartida por igual entre ambas clases de hijos.

e) Carácter retroactivo de las nuevas leyes sobre derechos de los hijos ilegítimos. Después de haber expuesto en qué consisten los derechos y obligaciones de los padres y los hijos ilegítimos, es necesario señalar desde qué fecha rigen estas normas.

Cuando entró en vigencia el Código Civil se vio la necesidad de coordinar la nueva legislación con la anterior y muy pronto, en la Ley de 1869, se introdujeron las 25 reglas del artículo 7º, entre las cuales varias se dirigen a regular el efecto retroactivo o irretroactivo de las nuevas leyes. Aunque estas normas fueron inspiradas en la necesidad de adaptar la legislación de ese tiempo, sin embargo fueron redactadas con carácter permanente y sirven también para futuras reformas. Entre ellas cabe destacar las siguientes: "4º Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos ilegítimos, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior". "5º El hijo ilegítimo que hubiere adquirido derecho de alimentos bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo el de la que se dé posteriormente. Pero, en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior". "6º Las meras espectativas no constituyen derecho. Así, la capacidad que una ley reconoce en los hijos ilegítimos para que puedan ser legitimados por el matrimonio de los padres, no les da derecho a la legitimidad si el matrimonio se contraiere bajo el imperio de una ley posterior que prescriba nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho; a menos que se cumpla con ellos al tiempo de celebrar el matrimonio". Estas normas aplican rigurosamente la doctrina clásica del respeto a los derechos adquiridos. Cabe advertir, que estas reglas del Art. 7 han sido reformadas en cuanto a su redacción para ponerlas de conformidad con la nomenclatura adoptada en el Ecuador en 1935, pues, antes se referían a "hijos naturales", y también, se corrigió el año 1926 una evidente errata en la regla 5ª que hablaba de hijos "legítimos".

El Decreto Supremo Nº 94 de 21 de noviembre de 1935, señaló el efecto retroactivo parcial, en cuanto que permitió la investigación de la paternidad de los hijos nacidos antes de la promulgación de la ley, pero solamente por los motivos 1º y 5º del actual Art. 300, es decir, por confesión judicial del padre o por haber éste provisto al mantenimiento del hijo.

Muy poco tiempo después el 3 de diciembre de 1935 se dictó

el Decreto Supremo 111 que interpreta el Decreto Supremo 94, en dos aspectos interesantes: se señala como fecha de la entrada en vigencia de éste, el día 1º de diciembre de 1935, y se declara que los hermanos legítimos e ilegítimos, ya personalmente, ya representados, tienen derechos sucesorios; y se agrega que: "Rige esta disposición interpretativa desde el 1º de diciembre del presente año en que entró en vigencia el Referido Decreto Nº 94; mas no se aplicará a las sucesiones abiertas antes de dicha fecha y a partir del 8 de octubre de este mismo año, en que se promulgó en el Registro Oficial el Decreto Supremo Nº 12 de 2 de Octubre último, creándose el Seguro General Obligatorio y el Instituto Nacional de Previsión, Decreto éste que se entenderá en el sentido de que no se establece ni reconoce el derecho de representación en la sucesión de los hermanos". O sea que esta complicada historia de "decretos con dedicatoria", produjo la extraña situación de que las sucesiones abiertas en el corto período comprendido entre el 8 de octubre y el 1 de diciembre (o más exactamente el 30 de noviembre) de 1935, se rigieron por una ley que excluía a los sobrinos, etc. de la herencia, y desde el 1º de diciembre se volvió a un régimen más parecido al existente con anterioridad, aunque también más favorable para los hijos ilegítimos.

Una nueva reforma se produjo el 12 de mayo de 1936, mediante el Decreto Supremo 221 que sustituyó el Art. 15 del Decreto Supremo Nº 94 y estableció que: "Si la declaración, en la inscripción del nacimiento o en el acta de matrimonio, hubiere 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". Esta última fecha es la de entrada en vigencia de la Constitución de dicho año que aunque no estaba ya vigente cuando se dictó esta reforma legal por la Dictadura del Ingeniero Don Federico Páez, sin embargo se tomó en cuenta tal fecha porque aquella Constitución Política reconoció por primera vez, en forma genérica, abstracta, el derecho de investigar la paternidad. Se dió, pues, un efecto parcialmente retroactivo a la reforma: parcialmente en cuanto a la materia y en cuanto al tiempo al que se extiende la retroactividad; en cuanto a la materia, porque se refiere sólo al reconocimiento mediante declaración en la inscripción en el Registro Civil, y en cuanto al tiempo porque los derechos derivados de esas inscripciones, solamente podían producirse a partir del 26 de marzo de 1929.

El 23 de julio de 1937 se publicó el Decreto Supremo 211 (R. O. Nº 547) que modifica nuevamente el Decreto Supremo 94 sobre todo en lo relativo a las guardas que ejercen los padres ilegítimos sobre sus hijos, y se da efecto retroactivo a la reforma, retrotrayendo sus efectos al 21 de noviembre de 1935. Nótese que esta es la fecha del Decreto Supremo 94º, pero no la de su entrada en vigencia, que ya quedó legislativamente declarado que entró en vigencia el 1º de diciembre de

1935. Este efecto retroactivo se funda en que el Decreto Supremo 211 pretende ser simplemente interpretativo, aunque realmente es reformatorio.

El Decreto Legislativo de 18 de octubre de 1940 reformó las reglas sobre la situación en que quedan los hijos de personas divorciadas, y como esta regla es aplicable también a los hijos ilegítimos, varió, pues, el régimen de sus derechos. No se indica ningún efecto retroactivo para esta Ley, y por lo mismo solamente rigió para lo futuro. Está publicada en R. O. 40 de 19 de octubre de 1940.

En la edición del Código Civil de 1950 se incorporan estas reformas, y se establece que el reconocimiento de los hijos ilegítimos hecho en las formas previstas por la Ley, vale aunque se haya hecho en cualquier tiempo, desde la entrada en vigencia del Código Civil. En cuanto a los efectos del reconocimiento, se producen a partir del 26 de marzo de 1929. Y los hijos nacidos antes del 1º de diciembre de 1935 pueden ser declarados judicialmente ilegítimos, pero sólo por las causas 1º y 5º del Art. 298 (hoy 300), es decir, por confesión judicial del padre, o por haberlos mantenido como a hijos.

En la Recopilación y codificación de 1960, no cambia nada el estado de la cuestión, y así actualmente son aplicables las normas que dan los artículos 298 y 310 del Código Civil, que se transcriben más adelante. Tampoco la nueva norma Constitucional tiene efecto retroactivo.

En resumen la reforma legal que se produce a partir del año 1935 tiene efecto parcialmente retroactivo. Valen los reconocimientos hechos en fecha anterior, pero los derechos del hijo así reconocido solamente se retrotraen a una fecha no anterior al 26 de marzo de 1929 (fecha de la Constitución Política). En cuanto a la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad disputada también tiene efecto retroactivo: se aplica aún a los nacidos antes del 1º de diciembre de 1935, pero solamente en unos casos, en otros no tiene efecto retroactivo (casos de violación, rapto, secuestro, o concubinato), y de todas maneras, siempre que la acción no haya caducado por haber transcurrido más de dos años desde los momentos que la ley señala (o cinco años en el caso de la hija mujer que cumple los veintiuno).

La jurisprudencia ha aclarado que en el caso de sucesión hereditaria los efectos se producen cuando ésta se abre. Una persona nacida en 1910, heredó a su padre, muerto en 1952; contra la oposición de otros herederos que afirmaban que carecía de derecho porque la ley de 1935 tiene efecto sólo parcialmente retroactivo; la Corte Suprema declaró que "surten efectos del reconocimiento relativamente a la sucesión, desde la muerte del padre y no desde el nacimiento del hijo".

CAPITULO XXIII

LA ADOPCION

310.— Definición y naturaleza jurídica.

Las definiciones doctrinarias generalmente destacan los siguientes elementos: a) es un acto jurídico especial, propio del derecho de familia, b) crea obligaciones, que normalmente se circunscriben a las solas personas del adoptante y del adoptado; c) las relaciones que nacen de ella, son iguales o similares a las que existen entre padres e hijos.

Junto a estos conceptos, conviene tener presente la existencia en el derecho contemporáneo de aquellas formas de adopción menos plena, en las que no se llega a la identificación o asimilación del adoptivo al hijo propio. Normalmente estas formas reciben un nombre especial, como sucede en el Código Italiano que la llama "afigliazione", o el Peruano que se refiere a la "adopción menos plena" (Arts. 344 y 345). Estas formas especiales no suelen originar más que una obligación alimentaria y no transmiten ni el nombre ni la herencia del adoptante. Algo parecido, tenemos en el Ecuador, en la llamada "colocación familiar".

Nuestra primera Ley de Adopción definió esta institución en la siguiente forma: "La adopción de menores es la institución de Derecho Civil por la cual un menor entra a formar parte de una familia extraña a la suya, con obligaciones y derechos señalados en este "Título". (Art. 315 del Código Civil, edición de 1950). No era muy acertada la definición por cuanto hay numerosas relaciones entre adoptante y adoptado que no están precisamente reguladas en el correspondiente Título del Código Civil, sino en otras partes de la Ley, y aún en otras leyes. Además, esta definición excluía la posibilidad de adoptar a un pariente, ya que se refería a una "familia extraña a la suya"; y tampoco precisaba en qué calidad (de hijo, nieto, etc.), ingresaba el menor a su nueva familia. La reforma de 1958 pretendió corregir estos defectos. Actualmente tenemos en el Código Civil la siguiente definición:

Art. 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".

Se ha precisado que las relaciones entre adoptante y adoptado son las propias entre padre o madre y el hijo, pero, desafortunadamente se ha conservado la inútil y perjudicial referencia a las disposiciones "señaladas en este Título', lo cual deja no pocas dificultades de interpretación. Por lo demás la definición contiene los elementos esenciales

de la institución, y aún indica algunas cualidades o requisitos que debe reunir el adoptado: ser menor de edad y no ser hijo del adoptante.

Aparte de la adopción propiamente dicha, nuestro Código de Menores se refiere a la "colocación familiar". Particularmente se hace mención de ella en el Art. 42: una de las atribuciones del Tribunal de Menores es la de: "Procurar la colocación en el seno de una familia, de los menores que requiriesen de este medio ambiente, atendiendo de preferencia a la readaptación del menor antes que a su posible contratación en el servicio doméstico". De aquí se deduce ya cuál es la naturaleza de esta "colocación familiar", que por otra parte no se define. Entendemos que es una forma de protección a menores desamparados, abandonados o que proceden de un ambiente familiar perjudicial para su moralidad; estos menores se "colocan" en un hogar apropiado, no en calidad de hijos, sino de protegidos, desempeñando normalmente alguna labor doméstica que les sirve de entrenamiento, y por eso la ley recalca que "antes que su posible contratación para el servicio doméstico" se atenderá a la readaptación del menor. El mismo artículo continúa indicando que: "La colocación familiar de los menores que no han cumplido doce años, se tendrá como gestión de pura protección social y será facultad privativa de los Tribunales de Menores", de modo que la colocación familiar es muy distinta de la adopción: no tiene las características de permanencia, de solemnidad y de eficacia propias de la adopción. Más bien, la colocación familiar puede preparar la adopción, anteceder a ella.

La nueva definición de la adopción dice como la anterior que es una "institución". La anterior definición afirmaba que era "institución de Derecho Civil"; y esta especificación pareció demasiado vaga, genérica, e inútil. El carácter institucional parece excluir la naturaleza contractual que algunos quieren ver en la adopción.

En cambio, en la misma definición habría un punto de apoyo para sostener la doctrina contractual: se dice que la adopción origina derechos y obligaciones entre las partes. Ahora bien, es la calidad misma de tales derechos y obligaciones la que puede justificar o no justificar que se considere una relación jurídica como contrato. El Art. 1490 del Código Civil dice expresamente que nacen obligaciones de la Ley "como entre los padres y los hijos de familia". Se asimila perfectamente al ejemplo el caso de la adopción y las obligaciones que de ella nacen no son las propias de los contratos sino más bien las de una institución típica del derecho familiar.

La intervención prevaleciente de la autoridad judicial, la fijeza de sus efectos y su influencia en la capacidad , estado civil y patria potestad configuran la adopción claramente como una institución especial del Derecho de Familia, a la que no podrían aplicarse supletoriamente las normas comunes de los contratos.

311.— Capacidad especial del adoptante.

Universalmente se exige, en todas las legislaciones, que el adoptante sea capaz. Pero a parte de esto, es muy frecuente que se requiera también reunir otros requisitos para poder adoptar.

Respecto de la capacidad general, solamente se exceptúan el caso de la mujer casada, que aunque relativamente incapaz, puede adoptar con el consentimiento del marido. En nuestra ley, el consentimiento del otro cónyuge es necesario siempre que adopte una persona casada, sea marido o mujer; y la razón es evidente: se trata de introducir en la familia a otra persona, en calidad de hijo, y esto no puede ser resuelto unilateralmente ni sólo por el marido, ni sólo por la mujer.

Es bastante frecuente que las leyes de los Estados requieran una edad superior a la del cumplimiento de la mayoría de edad, para poder adoptar. A veces el límite se ha puesto en una edad muy avanzada, como sucedía en Francia, antes de la Ley de 1923, que permitía la adopción solamente a quienes hubieran cumplido 50 años. Se basa esto en que se considera que solamente deben adoptar aquellas personas que han perdido la esperanza de tener hijos propios; pero es una razón poco fuerte, ya que no hay certeza sobre aquel particular, y sobre todo, no se ve haya motivo para impedir la adopción por parte de personas que ya tienen hijos o pueden tenerlos. En el Ecuador se exige haber cumplido treinta años. Parece que este límite mínimo de edad es acertado: habrá una plena madurez y sentido de responsabilidad en el adoptante, y al mismo tiempo no se espera a una edad excesivamente avanzada que podría crear una diferencia de temperamentos, de concepto de la vida, demasiado acusada entre adoptante y adoptado.

Siguiendo al tardío Derecho Romano a veces se fija también un límite de edad máximo. Así lo hacía nuestra primera Ley de Adopción, que prohibía que adoptaran quienes hubieran cumplido ya los sesenta años. Esta restricción pareció poco justificable y se suprimió el año 1958; ahora no hay, pues, límite máximo de edad. Aunque la adopción existe principalmente en beneficio de los hijos también puede desempeñar un papel de caridad y beneficencia respecto de los adoptantes: el anciano que busca el cariño y apoyo en una persona a quien trata como hijo y que a su vez puede acompañarle y prestarle valiosos servicios. Además, como no se puede verificar ninguna adopción sin la vigilancia y participación judicial, se impedirá de hecho la adopción por parte de un anciano que sea realmente incapaz de desempeñar sus obligaciones, en tanto que si puede cumplirlas, no habría inconveniente para que adopte.

Finalmente, en materia de edades, también trae su origen en el Derecho Romano la exigencia de que haya una diferencia entre los años cumplidos por el adoptante y el adoptado. Esta diferencia sirve para que exista la debida autoridad y respeto. Imitando a la naturaleza, se procura que la diferencia mínima sea la menor que puede darse entre

padre e hijo; y como nadie puede engendrar antes de la pubertad, se coloca el límite en el número de años que se supone ser necesarios para llegar a la edad adulta. Para los romanos este límite era de 18 años, en nuestra primera ley se puso una diferencia de veinte años, y después de la reforma de 1958, el adoptante debe tener como mínimo catorce años más que el adoptado: así se compagina la ley con el límite de la pubertad para el varón.

Cuando es una sola persona la que adopta, las reglas anteriormente dichas se aplican rigurosamente. Pero si adoptan conjuntamente una pareja de personas casadas, entonces se toma en consideración solamente la edad del marido tanto para lo relativo a la edad mínima absoluta (treinta años), como para la relativa (diferencia de 14 años), sin que importe entonces cuál sea la edad de la mujer adoptante.

Nuestra ley pide también que el adoptante "tenga la libre disposición de sus bienes", es decir que no puede adoptar un relativamente incapaz, como lo es el interdicto, aunque sólo haya sido privado de la administración de los bienes por disipador. Es lógica la ley, porque el interdicto no podría tampoco administrar los bienes del menor, y el hecho mismo de que haya sido privado de la administración de sus bienes denota poco sentido de responsabilidad, o la existencia de enfermedades o defectos que le convierten en un padre no ideal.

La ley exige también que exista una capacidad moral una capacidad económica, además de la jurídica, para que alguien pueda adoptar. Esta aptitud moral y económica, naturalmente no puede precisarse en el mismo texto jurídico y queda necesariamente a juicio del Tribunal de Menores su apreciación. Para informarse sobre esto, cumple un papel preponderante el Servicio Social, o a falta de tal informe, uno de los miembros del mismo Tribunal debe investigar debidamente (Art. 326).

La capacidad de los adoptantes se completa con la carencia de prohibiciones. Existen dos prohibiciones expresas: No puede adoptar una persona célibe a otra de distinto sexto, y el guardador o ex-guardador no puede adoptar al pupilo o expupilo hasta que se hayan aprobado judicialmente las cuentas de la guarda. La primera prohibición se inspira en motivos de moral familiar evidentes, la segunda es paralela a la prohibición de contraer matrimonio con la pupila o ex-pupila hasta que se aprueben las cuentas, y trata de evitar las adopciones interesadas ya que el adoptante al llegar así a ser representante legal de su expupilo tendría que rendirse cuentas a sí mismo, es decir, quedaría exonerado de esta exigencia y podría fácilmente abusar. Una vez aprobadas judicialmente las cuentas, nada impide que el ex-guardador adopte a su pupilo, y más bien, en muchos casos será una adopción particularmente beneficiosa por contarse ya con una cierta experiencia en cuanto a la administración de los negocios del menor y al cuidado de su persona; los lazos de afecto que puede crear la guarda perfectamente pueden también preparar una adopción altamente conveniente.

Aparte de estas prohibiciones expresas de la ley, no existen otras. Pero como el Art. 332 establece que la patria potestad del adoptante se suspende o se pierde por las mismas causas que la del padre o madre legítimos, resulta evidente que no cabría que el Tribunal de Menores permitiere la adopción por parte de quienes han sido privados de la patria potestad, o por parte de quienes no podrán ejercerla respecto del adoptivo, ya que esto sería mutilar notablemente la institución. Desde luego, si el Tribunal permitiera la adopción en estos casos, la adopción no sería nula, porque no se contraviene directamente ninguna norma legal.

312.— Requisitos para ser adoptado.

El primer requisito se desprende de la misma definición de la institución: no pueden ser adoptados sino los menores de edad. Dentro de la minoría, no se distingue: todos pueden recibir este beneficio.

Cabe recordar que este punto ha sufrido radicales cambios a lo largo de la historia. Así el Derecho francés, un tiempo permitía solamente la adopción de los mayores de edad. Con todo hoy se ha generalizado lo contrario: que solamente el menor pueda ser sujeto pasivo de la adopción; y en algunas legislaciones incluso se circunscribe la adopción a solamente los niños, o solamente los impúberes. La solución de nuestro Código parece la más sencilla y razonable: todos los menores sin distinción pueden ser adoptados.

Tal vez cabría una excepción que la ley no ha considerado y que podía introducirse: que se pueda adoptar también a un mayor de edad si es inválido, idiota o incapaz de cualquiera manera para valerse por sí mismo. En estos casos el objetivo de caridad de la adopción se cumpliría en forma semejante que respecto de un menor de edad, aunque probablemente serían muy raros los casos de aplicación, dado el natural egoísmo de las gentes.

Se discute si pueden ser adoptadas las personas casadas. La Ley no dice nada al respecto, pero si se tiene en cuenta el fin que se propone la ley, que es el de proteger a los menores que no tienen el competente apoyo en la vida, parece que debe excluirse la posibilidad de adoptar a una persona casada. En todo caso, como no hay prohibición legal, si el Tribunal la permitiera, no sería nula, salvo, tal vez, el caso de que fraudulentamente se hubiera ocultado la condición de persona casada.

Uno de los puntos más debatidos en la doctrina abstracta y en la interpretación de la ley positiva es el de si se puede adoptar al propio hijo que no sea legítimo. Digo expresamente "que no sea legítimo", porque es bastante distinta la situación del ilegítimo y la del no reconocido.

Demolombe se oponía a tales adopciones argumentando principalmente que: a) la adopción de los hijos ilegítimos es incompatible

con el carácter esencialmente benéfico de la institución; b) que esta incompatibilidad es fuente de contradicciones; y c) que tales adopciones pugnarían con la moral. Otros, en cambio, contestan: a) es absurdo que se pueda beneficiar a extraños y no se pueda hacer lo mismo con los propios hijos naturales; b) a veces no cabe la legitimación y la adopción sería el único camino para mejorar la suerte de los nacidos fuera de matrimonio; c) no resultaría ningún perjuicio para la familia legítima porque, o bien no la hay, o se cuenta con la intervención judicial para evitar tales pretendidos perjuicios.

En el Derecho Romano, la Novela 89 prohibió la adopción de los propios hijos naturales. Entre los derechos modernos, los de Italia (Art. 291 Código Civil), Venezuela (Art. 249), Uruguay, Bolivia, algunos de los Estados Unidos, etc. también prohiben. Otros, guardan silencio al respecto, como sucede con Alemania, Brasil, España. Y finalmente, otras leyes permiten la adopción del propio hijo no legítimo aunque generalmente con algunas condiciones, como pasa en Argentina y Bélgica. La ley argentina 13252 de 23 de setiembre de 1948 permite la adopción del propio hijo natural no reconocido. Permite también la adopción del hijo ilegítimo del cónyuge (Art. 6). En cambio, no puede adoptar "quien tenga descendientes legítimos concebidos o nacidos, salvo que estos últimos se encontraren ausentes con presunción de fallecimiento" (Art. 5). La Ley Belga de 1940 permite la adopción del propio hijo natural, pero exige también no tener otros hijos para poder adoptar. La ley colombiana de 1960 prohibe la adopción del propio hijo ilegítimo, pero sólo cuando ha sido reconocido.

Nuestro Código al definir la adopción indica que el adoptivo "no es hijo del adoptante". Pero como para adquirir la calidad de hijo legítimo se requiere en nuestro derecho o el reconocimiento voluntario o la declaración judicial, si no hay ni lo uno ni lo otro, el engendrado fuera de matrimonio propiamente no es hijo ante la ley, y considero que sí podría ser adoptado por su propio padre. En cambio el que adquirió la calidad de hijo ilegítimo no podría ser adoptado por su propio padre o madre. Esta misma solución da para el derecho español Manresa y Navarro.

Nadie puede ser adoptado por dos o más personas en el Ecuador, salvo el caso de que adopten conjuntamente los dos cónyuges (Art. 324). Esta disposición es muy lógica y universalmente admitida. Pero cabe alguna salvedad. Borda señala que no hay inconveniente en que a la muerte del primer adoptante, otra persona adopte al menor, aunque no tenga ningún vínculo con el primero. Nada más equitativo que levantar la prohibición en tales casos, pues se trata de remediar a todo trance la orfandad en que viene a quedar el adoptado.

¿Puede adoptar el un cónyuge solamente, cuando el otro ya adoptó, antes de casarse, a esa misma persona? La letra de nuestra ley parece excluirlo: el Art. 323 solamente permite la adopción conjunta de ambos cónyuges "en unidad de acto". Sin embargo esta regla no es

razonable. Lo lógico sería permitir y aún facilitar la adopción por parte del otro cónyuge, respecto del que fue adoptado durante la soltería del primero; en esta forma el menor llegaría a tener padre y madre adoptivos, y se integra mejor el hogar.

313.— Consentimientos necesarios.

El consentimiento de los adoptantes es insustituíble. Por esto, quien no es capaz, no puede adoptar. Nadie puede reemplazar este consentimiento: no puede hacerlo el representante legal del incapaz: no puede el marido consentir en nombre de la mujer. Además en el caso de personas casadas, ya sabemos que nuestro Código exige expresamente el consentimiento de ambos, y la unidad de acto.

También se requiere por regla general el consentimiento de los propios padres del adoptado. Pero este consentimiento puede faltar en varios casos, o sustituirse.

Si uno de los padres ha muesto o está legalmente impedido de manifestar su voluntad, el consentimiento del otro es suficiente (Art. 325). Entendemos que la incapacidad debe ser absoluta para permitir que se haga la adopción con el sólo consentimiento del otro padre; por tanto, si uno de ellos está en interdicción por disipador o por penas por delitos, o por otra causa de incapacidad solamente relativa, deberá de todos moods manifestar su consentimiento. Considero, en cambio, que el desaparecido, desde que se ha pronunciado el decreto de muerte presunta, es realmente incapaz de consentir, y no debe contarse con él. Sería ventajoso que la ley aclara este punto, para evitar toda duda.

Para los casos de separación o divorcio, nuestra ley ha escogido una solución transaccional: "basta el consentimiento de aquel de los padres 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" (Art. 325). De tal modo que en estos casos basta un consentimiento, pero se oye la opinión del padre que no ejerce actualmente la patria potestad. Será muy razonable que si el otro padre quiere hacerse cargo del menor y no tiene impedimento alguno, más bien se confíe el hijo al mismo padre y no se permita la adopción por parte del extraño; en todo supuesto, es lógico que, por lo menos, se cuente con la opinión de ambos padres, si pueden manifestarla.

Si el menor no tiene padres, o están incapacitados de manifestar su consentimiento, corresponde al representante legal que los reemplace, el dar su consentimiento. Le toca, pues, al tutor o curador general, y si no los hay, entonces se nombra un curador especial con este objeto.

El Código Civil Peruano de 1936 contiene a este respecto una importante norma: en el caso de huérfanos o de expósitos, y en general de menores asilados en hospitales, orfanatorios, etc., el director de es-

tas casas de beneficiencia es el llamado a consentir en nombre de los padres, sobre la adopción del menor. Se introdujo también esta regla en la Ley colombiana de 1960.

Finalmente, se exige también el consentimiento del mismo menor siempre que hubiere cumplido ya los quince años. Esta norma es totalmente arbitraria, y no guarda correspondencia con el sistema jurídico nacional. El menor de edad es incapaz y no puede depender de su consentimiento la validez de un acto jurídico. Si bien es verdad que tratándose de algo que interesa tanto al propio menor, convendría contar con su opinión favorable, no cabe elevar la voluntad de un incapaz a requisito de fondo, del que depende la validez o la nulidad de un acto verificado por personas mayores. Además, el límite de quince años, es totalmente inusitado en nuestro derecho.

Más acertada parece en este punto la legislación argentina, que dispone que el juez escuche, converse con el menor de edad, siempre que haya cumplido por lo menos diez años, para formarse así una convicción personal sobre la opinión del menor y su carácter y poder en esta forma juzgar si realmente la adopción será conveniente.

Los consentimientos de las tres partes (adoptante, representante legal del adoptado y el mismo interesado) deben constar en la escritura pública que constituye la pieza principal de la forma de la adopción, y en ella el Notario hará constar la libertad del consentimiento, y que no adolece de vicios. Sin embargo, si de hecho alguno de estos consentimientos necesarios no se hubiere expresado libremente, la adopción sería nula. Por eso se nota una vez más, cuan inconveniente resulta la intervención del menor de edad, ya que su consentimiento nunca puede ser propiamente válido, y deberá apreciarse con unas categorías totalmente distintas, pues de otro modo, toda adopción sería nula.

314.— Forma de la adopción.

Universalmente se considera la adopción como un acto solemne, y casi siempre, se lo rodea de solemnidades múltiples. También la mayor parte de los Estados exigen la intervención de magistrados judiciales, y son raros los países, como el Brasil, en los que basta la celebración de una escritura pública (Art. 375 Código Civil del Brasil).

Por regla general, se pueden distinguir tres fases en el procedimiento de adopción: a) una preparatoria; b) la adopción propiamente dicha; y c) la inscripción del acto en el Registro Civil.

a) La primera etapa tiene por objeto investigar si existen impedimentos para la adopción, si es conveniente y si no causa perjuicio a otras personas.

El Art. 326 solamente se refiere a la constatación de la "aptitud" del menor para ser adoptado, y a la capacidad económica y moral de los adoptantes. Pero es evidente que el Tribunal de Menores tiene

que certificarse de que no existe ningún impedimnto, y de que la adopción será realmente ventajosa para el menor, a la par que no causará ningún daño positivo e injusto a terceros. Si el adoptante o el menor no reúnen todos los requisitos legales, no puede concederse la adopción. No basta carencia de impedimentos, sino que debe justificarse la conveniencia —más aún, la ley dice "necesidad o conveniencia"— de la adopción. Y finalmente, tampoco cabría una adopción que fuera perjuidicial a terceros.

Para esclarecer lo relativo a los requisitos para la adopción y la inexistencia de obstáculos legales, algunas legislaciones exigen publicaciones oficiales por la prensa o por carteles, antes de verificar la adopción; así disponía la Ley francesa de 1925, y así también lo ordena el Código Civil de Venezuela (Art. 257). Pero más comunmente prevalece el criterio de tramitar la adopción con un cierto sigilo con el fin de ahorrar al menor molestias y dificultades de adaptación que podrían presentarse en caso de ser demasiado pública su condición de hijo adoptivo. Considero que una discreta investigación, ovendo a los parientes, es suficiente y suple adecuadamente a las mencionadas publicaciones. Esto es lo que debe hacerse en nuestro país, de acuerdo con la ley.

Antes de verificarse la adopción debe también haber estado el que se adopta bajo el cuidado del adoptante. El Código Ecuatoriano exige que este cuidado personal del adoptivo haya durado por lo menos seis meses.

Presenta problemas humanos bastante delicados este período de prueba. Conviene, sin duda, en tiempo de observación, en el que se compruebe si realmente se adapta al nuevo ambiente el hijo adoptivo, pero este período no debe ser demasiado largo si es provisional, porque las repercusiones morales y sentimentales en el menor que al cabo de un tiempo debe abandonar el nuevo hogar, podrían ser perjudiciales.

En todo caso, se echan de menos en nuestra ley disposiciones que regulen la situación en que queda el menor durante el período llamado de prueba. La adopción provisional como existe en Colombia y con la posibilidad de transformarse en adopción definitiva y plena o definitiva aunque menos plena, como existe en el Perú, podría ser una combinación adecuada.

Parece que, para que conste debidamente, y para que pueda controlarse mejor, debería iniciarse el período de prueba mediante una resolución judicial. En nuestro ambiente lo más usual es que comience este período de cuidado de hecho del menor, por simple convenio entre los padres propios y quienes pretenden adoptar: este procedimiento puramente privado, a nadie se le oculta que está lleno de peligros.

Durante el período de prueba sería lógico disponer que se suspendiera la patria potestad de los padres, y que la ejerciera provisionalmente el que pretende adoptar. También se podría suspender la patria potestad, y que el aspirante a padre adoptivo tuviera una guarda espe-

pecial del menor, hasta que se consume la adopción o se desista de ella. Nada de esto está previsto por la ley, y se requiere llenar el vacío.

b) La adopción propiamente dicha se verifica mediante un doble acto: jurisdiccional el uno, y notarial el otro. El Tribunal de Menores debe *autorizar* la adopción, una vez que consta su conveniencia o necesidad, que no hay impedimentos y que el menor ha estado bajo la protección y cuidado de los nuevos padres, por lo menos, durante seis meses. Esta autorización, y los consentimientos necesarios de las partes, deben constar en escritura pública.

El Art. 327 ordena que en la escritura pública se haga constar de manera expresa "el número de hijos legítimos e ilegítimos que tienen el adoptante o los cónyuges adoptantes, conjunta o separadamente". Esta exigencia tiene por objeto, como luego se verá, determinar la calidad legal en que entre el hijo a su nueva familia. Considero que la omisión de este requisito, o la declaración errónea y aún falsa, sobre este particular, no anularía la adopción, porque es un requisito accidental y que solamente tiene función probatoria y no constitutiva.

c) Después de realizado el acto constitutivo de la adopción en la forma dicha, para que surta efectos entre las partes y frente a terceros, nuestra ley exige la inscripción en el Registro Civil. Y el Art. 328 declara, además, que la fecha de la inscripción es aquella desde la que se producirán los efectos.

Según la nueva Ley de Registro Civil la inscripción de la adopción puede y debe ser solicitada por el propio adoptante, por el adoptado, sus parientes, o por el Presidente del Tribunal de Menores.

Más técnica resultaría la disposición si los efectos entre las partes se produjeran a partir de la suscripción de la escritura pública, y solamente frente a terceros, desde la inscripción en el Registro Civil. Y aún podría admitirse alguna retroactividad, en beneficio del adoptado, por ejemplo, hasta la fecha en que se inició el trámite, o hasta la fecha desde la cual ha estado bajo el cuidado directo del adoptante.

315.— Efectos de la adopción.

No tenemos que distinguir, como sucede en otras legislaciones, entre efectos de una adopción plena y otra menos plena, puesto que solamente existe en el Ecuador la primera (a parte de la "colocación de menores", parecida a la adopción menos plena, y de la que trata el Código de Menores). Pero, en cambio, nuestra legislación ha introducido otra diferencia, realmente curiosa y muy discutible: un menor puede ser adoptado en calidad de hijo legítimo o de hijo ilegítimo. Desde la vigencia de la Constitución de 1967 tal distinción resulta más inaceptable, ya que se han equiparado por la Suprema Ley ambas clases de hijos.

La distinta calidad que puede recibir el hijo adoptivo no depende de la voluntad de las partes, ni de determinación judicial, sino simplenamente de circunstancias de hecho. Si el adoptante, o los adoptantes,

no tienen hijos, o si los tienen pero son todos ellos legítimos, entonces el adoptado adquiere también la calidad de hijo legítimo. Si el adoptante, o uno o ambos adoptantes, tienen uno o más hijos ilegítimos, entonces el adoptado solamente tendrá la calidad de hijo ilegítimo. Estas reglas se aplican rigurosamente, y teniendo en cuenta de modo exclusivo la situación existente al momento de verificarse la adopción; es decir, que si posteriormente los adoptantes llegan a tener hijos que antes no tenían, o si mueren los que antes vivían, o si legitiman a los que con anterioridad eran ilegítimos, etc., todos estos cambios posteriores no afectan en nada la calidad legal del hijo adoptivo, que una vez adquirida no puede madurarse.

No toma en consideración tampoco, nuestra ley, cuál sea la condición del hijo antes de la adopción. Es decir, que, teóricamente, un hijo legítimo o ilegítimo antes de la adopción, puede pasar a ser legítimo o ilegítimo con la adopción. Naturalmente, parece que no sería en ningún caso conveniente al menor legítimo llegar a ser ilegítimo, de modo que el Tribunal no permitiría semejante adopción. Pero jurídicamente no es imposible, según la regla del Código Civil.

Hecha esta aclaración, cabe clasificar los efectos de la adopción en los siguientes puntos principales: a) los referentes a la potestad paterna y a la patria potestad; b) el nombre; c) el derecho de alimentos; d) los derechos sucesorios; e) otros efectos derivantes del parentesco; f) efectos no civiles.

a) En forma bastante difusa, genérica, poco precisa, el Código indica que el adoptivo se asimila al hijo propio. Por otra parte, el Art. 329 establece que el adoptante ejerce la patria potestad, y el mismo Art. declara que el hijo mantiene sus derechos en su familia "natural" u originaria. De todo esto, en estricta lógica, habría que deducir que los derechos y obligaciones derivantes de la autoridad paterna permanecen sin modificación, y bajo este respecto el hijo adoptivo dependerá de su familia propia. Pero evidentemente no es esta la intención del legislador: aunque solamente menciona la patria potestad, sin duda quiso referirse también a los derechos inherentes a la autoridad paterna, y, en el caso de los que son adotados, en calidad de hijos ilegítimos, a la guarda legítima que hace las veces de la patria potestad. Sería inconcebible que se transfiera por la adopción la patria potestad y no la obligación de criar, educar y cuidar de la persona del hijo, que no tuviera el adoptante el derecho de castigar moderadamente al hijo adoptivo, etc.

Aún interpretando extensivamente al Código, nos encontramos con graves dificultades. Como queda dicho, los que son adoptados en calidad de hijos legítimos, pasan a la patria potestad del adoptante; pero nada se dice respecto de los ilegítimos. Hay que concluir que por la adopción termina también la guarda a la que puedan haber estado sometidos y deberá deferirse al padre adoptivo. Pero nada dispone la Ley sobre cómo se hará esta transferencia de represnatción legal. Conforme

a la Constitución debemos considerar ahora que todo adoptivo queda bajo patria potestad.

El Art. 332 indica que la patria potestad del adoptante se suspende o se pierde por las mismas causas que la del padre o madre legítimos. No declara la ley qué sucede en caso de terminar la patria potestad del adoptante. Dos soluciones caben: que el hijo se emancipe, y si todavía es menor, que reciba un guardador para que le represente legalmente; o bien, que la patria potestad regrese a su padre o madre naturales. A mi modo de ver esta solución debería considerarse en nuestra ley pero con el carácter de facultativa, es decir, que solamente recupera la patria potestad aquel padre que pueda y quiera recuperarla y a quien le confíe su ejercicio el mismo juez o Tribunal que intervino en la adopción.

Otro caso no considerado por la Ley es el de dos personas casadas que después de haber adoptado a un menor se divorcien. En principio los cónyuges que se divorcian pueden resolver de común acuerdo en qué situación deben quedar sus hijos: a cargo de cuál de ellos; y el juez debe confirmar lo que ellos libremente resuelven, siempre que no tenga el encargo del cuidado personal de los hijos alguna incapacidad para hacerse cargo de esto. Pero si entre los hijos uno o varios son adoptivos, no parece razonable aplicar esta regla. Sería lógico oir en tal caso a los padres propios, y que el juez pudiera dar por terminada la adopción y restituir los hijos a su hogar originario, o encargarlos a otras personas, y no dejarlos en manos de una persona divorciada. Si se ha confiado un menor a un hogar debidamente costituído, no cabe que luego quede sometido a personas que no han mantenido dicho hogar, y mucho menos, si son las culpables de la disolución del mismo.

b) El nombre del adoptivo. La reforma de 12 de noviembre de 1958 (R. O. 664) introdujo por primera vez en nuestras leyes una disposición sobre el nombre de las personas naturales, y fue precisamente para indicar qué apellidos debe llevar el hijo adoptivo.

Dispone la ley que el adoptado llevará el apellido del adoptante, y si fuere adoptado por dos personas casadas entre sí, entonces lleva como primer apellido el del marido y como segundo apellido el de la mujer, es decir, se sigue la regla que la costumbre ha establecido para los hijos legítimos, y que el Decreto Supremo 2000, (publicado en R. O. 576 de 1º de setiembre de 1965) ha dado el vigor de ley. Suponemos que los cambios posteriores de apellido del adoptante no deben afectar al adoptado, salvo que se trate de rectificaciones legales; así, en el caso de haber adoptado una mujer soltera que luego contrae matrimonio, el hijo adoptivo puede recuperar los apellidos de sus padres naturales, previa declaración ante un juez Provincial, quien dispondrá que se anote tal particular al margen de la correspondiente partida de adopción (Art. 318).

El Decreto Supremo Nº 2000 acaba de completar esta legislación sobre el nombre, ordenando que, si la adopción termina por sen-

tencia, el adoptado pierde el derecho de llevar el apellido del adoptante (Art. 3), pero si termina por escritura pública, es facultativo para el adoptado el tomar o no los apellidos de su propia familia. Quizá debió distinguirse el caso de la sentencia por culpa del adoptado o por culpa de los adoptantes, porque lo justo sería que si terminara la adopción por sentencia en la que son declarados culpables los padres, el hijo pudiera así mismo escoger entre conservar el apellido que le dieron o recuperar el propio.

c) El derecho de alimentos. A pesar de que el Título XV "De la adopción", no menciona expresamente el derecho de alimentos y la definición de la adopción dice que esta institución da origen a las obligaciones "señaladas en este título", parece evidente que se establece entre adoptantes y adoptados un derecho recíproco de alimentos. El fin mismo de la adopción consiste en proteger en todo sentido a un menor de edad, y si no se le confiriera el derecho de alimentos, no tendría toda la protección legal necesaria. Por otra parte, si el adoptante debe alimentos al hijo, éste a su vez, por el principio de reciprocidad que domina en la materia, deberá también alimentos al adoptarse.

Más discutible resulta el punto de si el derecho de alimentos se extiende activa y pasivamente a otras personas. No indica nada al respecto la ley: si, por ejemplo, los padres del adoptante deberán alimentos al adoptivo, y viceversa, si éste los debe a sus abuelos adoptivos Probablemente debemos contestar en forma negativa, porque el espíritu de nuestra ley establece relaciones solamente entre adoptantes y adoptados, y no parece que el legislador haya querido extender los efectos de esta institución a otras personas, y esto debería constar expresamente.

Como el Código declara que el adoptivo "continúa perteneciendo a su familia natural" (Art. 329), debemos concluir que conserva también sus derechos y obligaciones alimenticias en dicha familia. Pero considero que, en todo caso estas relaciones con la familia propia ocupan un segundo lugar, después del vínculo con el adoptante, de modo que solamente a falta de posibilidades del adoptante cabría demandar a los padres propios o a otros parientes naturales.

d) Derechos sucesorios. Generalmente las leyes excluyen de todo derecho sucesorio al adoptante y sus parientes, respecto del adoptado. Se inspira esta norma en el deseo de evitar las adopciones interesadas. Tal regla está contenida también en nuestro Código, en el Art. 331. .

Tampoco se suele admitir derecho de herencia a favor de los parientes del adoptante o del adoptado: así por ejemplo el adoptivo no hereda a los hijos de su adoptante (hermanos adoptivos), ni viceversa.

A este respecto, se ha discutido mucho en otros países si el hijo adoptivo puede representar a su adoptante en las sucesiones que le hubieran beneficiado a éste, en el caso de haber premuerto. Algunos consideran que sí hay lugar a la representación hereditaria porque el adop-

tivo asume la posición de un hijo; otros consideran que no, porque la adopción crea rigurosamente relaciones sólo entre adoptante y adoptado. También las legislaciones resuelven en uno u otro sentido, y generalmente guardan silencio. Similar es el problema de si el adoptado premuerto, puede ser representado por sus descendientes en la sucesión del adoptante: iguales argumentos en pro y en contra pueden formularse. Por mi parte considero que en el derecho ecuatoriano, el Art. 331 excluye ambas posibilidades de representación hereditaria, pues dice: "La adopción no confiere derechos hereditarios, ni al adoptante respecto del adoptado ni a los parientes de éste, ni al adotado respecto de los parientes del adoptante", ahora bien, el derecho de representación sucesoria es un derecho hereditario, luego no es admisible en estos casos.

Desde luego, no se impide que el adoptante suceda por testamento, dentro de la cuota de libre disposición del adoptado, ya que no es incapaz ni indigno, y el hijo adoptivo podría disponer a favor del adoptante como podría hacerlo a favor de cualquier extraño no incapaz ni indigno.

En cuanto al derecho hereditario del adoptado, hay una gran variedad de soluciones en las distintas leyes de los países. Así, la Ley inglesa de 1926 no confiere al adoptado ningún derecho sucesorio. El Art. 177 del Código Civil Español dice: "El adoptante no adquiere derecho alguno de heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero"; de modo que en cierta forma depende de la libre estipulación la amplitud del derecho sucesorio del adoptivo. Otro sistema es el del Código de Guatemala (Art. 275) que declara al adoptado heredero forzoso del adoptante, siempre y cuando éste carezca de hijos legítimos, legitimados o reconocidos. Parecido es el sistema uruguayo, que hace entrar a los adoptivos en concurrencia con los hermanos del causante, en ausencia de ascendientes, descendientes y cónyuge. Finalmente, en otros derechos, como el de Brasil y Chile, los adoptivos concurren con los hijos y descendientes del adoptante, aunque con una cuota menor, normalmente igual a la mitad de lo que corresponde al hijo legítimo propio.

Nuestra ley ha sido en este punto mucho más generosa que la mayoría de los derechos extranjeros, con el hijo adoptivo. En el Ecuador el hijo adoptivo legítimo concurre con los hijos propios del adoptante y recibe una cuota igual a la de éstos. Si el adoptivo ha adquirido la condición de ilegítimo, recibe también una cuota igual a los hijos ilegítimos, o sea la mitad de la del hijo legítimo. Pero esta última regla se debe considerar reformada por la Constitución de la República que proclama la igualdad de los hijos.

Pero nuestro sistema, en principio digno de aprobación por su espíritu caritativo, no es muy lógico en otro aspecto. Efectivamente, se hace una distinción poco acertada: si el hijo adoptivo es legítimo y

hay otros hijos legítimos propios del adoptante, todos ellos excluyen de la sucesión a los padres del adoptante, pero en cambio, si el adoptivo es el único hijo, la sucesión del adoptante se parte en mitades: una para el hijo y otra para los padres del adoptante. Resulta así, que el hijo adoptivo con la misma calidad de legítimo en uno y otro caso, sin embargo, tiene un derecho sucesorio que varía. Además, la ley no es clara, pues dice: "se exceptúa el derecho 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". Estas "partes iguales", ¿cuántas son? —Podrían ser tres, si se divide la herencia por cabezas, pero entiendo, que de conformidad con el sistema ecuatoriano, hemos de entender que se trata de *dos partes iguales:* una para los padres (que pueden ser dos o uno), y otra para el hijo. Y también debió pensarse que puede haber más de un hijo adoptivo, y entonces también la división "por partes iguales", debe ser en dos partes: una para los padres, y otra para el hijo, o los hijos adoptivos.

Por lo demás el adoptivo en el Ecuador conserva todos sus derechos hereditarios en su familia natural. Puede perfectamente heredar tanto a sus padres propios y a otros parientes naturales, como también al padre o madre adoptivos. Al fallecer el adoptivo sin descendencia heredan abintestado sus padres propios. La ley debería considerar algún derecho sucesorio del adoptante, sobre todo a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos del adoptivo.

e) Otros efectos derivantes del parentesco. Entre adoptante y adoptado, tenemos que admitir que en general se crean todos los vínculos de obligaciones y derechos propios de padres e hijos. Por esto, el menor adoptado que desea contraer matrimonio, requiere sin duda el permiso o asentimiento del adoptante; en caso de demencia del adoptante, el adoptivo mayor de edad estaría obligado a promover la interdicción y pedir el nombramiento de curador para el demente, etc.

En cambio, nuestro sistema excluye que se produzcan otros efectos civiles respecto de los parientes del adoptante, o entre los del adoptado y los del adoptante.

En algunos países la adopción origina impedimentos para el matrimonio. La prohibición más frecuente y también la más justificada es la referente al matrimonio entre el propio adoptante y el adoptado. También se suele prohibir, como lo hace el Código Español, el matrimonio entre el adoptivo y el cónyuge sobreviviente de su adoptante ya difunto, o, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado difunto. Igualmente son razonables las prohibiciones de matrimonio entre el hijo adoptivo y los hijos o descendientes propios del adoptante. El Código de Derecho Canónico, en esta materia se remite a lo dispuesto por las leyes civiles de cada país. Pero precisamente en esta importante y delicada materia, nuestro derecho guarda absoluto silencio. El problema es difícil de resolver porque, por una parte, el adoptivo se asimila al

hijo, y por lo menos parece que no cabría el matrimonio con su propio adoptante; pero, por otra parte, como no es ni consanguíneo ni afín del adoptante, no cae en la expresa prohibición del Art. 109, y como los impedimentos matrimoniales son de estricto derecho, no cabe la interpretación extensiva, luego, sí podría verificarse legalmente tal matrimonio, que evidentemente repugna al sentido ético más elemental. Tampoco podría impedirse en el Ecuador el matrimonio del adoptado con sus hermanos adoptivos u otros parientes por adopción, ya que no son ni consanguíneos ni afines, y no existe prohibición legal expresa. Punto es este, que requiere urgente reforma.

En general sería conveniente que la ley precisara hasta qué punto se asimila el vínculo de adopción con el parentesco para los efectos de alimentos, guardas, y demás cuestiones civiles similares.

f) Efectos en otras materias no civiles. Para los efectos fiscales, se deben considerar por igual los hijos propios y los adoptivos, por ejemplo para rebajas impositivas, graduación del impuesto a la herencia, etc. En materia penal, el Código respectivo no hace referencia a la adopción, y en cambio sí se la ha tenido en cuenta en el Código Penal de la Policía Civil y en el Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil. Entre otras, encontramos las siguientes repercusiones de la adopción en este campo: se exime de toda represión el encubrimiento en beneficio del adoptante o del adoptado, de la misma manera que cuando se trata de cónyuge o parientes íntimos (Art. 38 C. Penal Policía); hay reclusión mayor extraordinaria para los que mataren a sabiendas "a un ascendiente o descendiente, o a su consorte o a su adoptante o a su adoptado" (Art. 230); la instigación al suicidio, el envenenamiento y las heridas merecen la máxima pena si se realizan contra el adoptante o el adoptado (Art. 234); el Art. 248 generaliza esta regla para todos los delitos de lesión; en el Art. 268 se dispone en forma parecida respecto de los delitos sexuales cometidos contra el adoptante o adoptado, ocasionando también la pérdida de la patria potestad y en general la pérdida de los derechos sobre la persona y bienes del descendiente o adoptado (Art. 269); se exime de responsabilidad penal por los robos, hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren entre adoptantes y adoptados (Art. 316). En el Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil, se indica que no pueden ser testigos el adoptante y el adoptado en las cuestiones que recíprocamente les atañen (Art. 27). En una palabra, se puede decir que en estos Códigos se asimila el adoptado plenamente al hijo, tanto para agravar las penas cuando se trata de delitos cometidos contra ellos o por ellos, como para eximir de responsabilidad en los otros casos en que igualmente se exime a padres e hijos. La asimilación es muy razonable y debería extenderse a los casos previstos por el Código Penal común y el correspondiente Código Procesal Penal, porque es evidente que no existe razón plausible alguna para que solamente figure en los de la Policía Civil.

316.— Terminación de la adopción.

Nuestro derecho se refiere a dos formas fundamentales de terminación de la adopción: por sentencia judicial, o bien por acuerdo o declaración voluntaria. Pero habría que añadir un tercer paso muy diferente: el de anulación de la adopción. Examinemos separadamente las tres circunstancias:

a) Anulación. Aunque se ha revestido a la Adopción de numerosas solemnidades para asegurar el fiel cumplimiento de la Ley, de todos modos es posible que se produzcan de hecho adopciones prohibidas por la ley: por faltar la debida capacidad, por estar viciado el consentimiento de alguno de los que deben prestarlo, o por carecer de alguno de los requisitos de fondo. Además, la misma solemnidad del acto, hace posibe la nulidad de la adopción por haberse prescindido de requisitos formales esenciales.

Como la Ley no hace referencia alguna a la nulidad, debemos aplicar la doctrina y disposiciones de índole general sobre las nulidades de los actos solemnes. Pero no se puede perder de vista que se trata de un acto sui generis, propio del derecho de familia y que crea un estado más o menos permanente, de modo que no cabe sostener la nulidad de la adopción por la violación de cualquier disposición legal. Más bien, cabría aplicar de modo análogo las reglas relativas a la nulidad del matrimonio, acto este también de la vida de familia y que produce un estado civil.

Considero que habría nulidad: a) si falta capacidad en el adoptante o en uno de los adoptantes si son dos personas casadas (salvo la relativa incapacidad de la mujer casada); b) si falta totalmente el consentimiento del adoptado, cuando éste debe darlo; c) por vicios del consentimiento en los adoptantes; d) si se viola alguna expresa prohibición de la ley, como la de no adoptar un soltero a persona de otro sexo; e) si falta algún requisito de fondo, no por simple error excusable sino porque dolosamente o con grave culpa se ha producido el error u ocultamiento de la verdad, como por ejemplo, si se finge una edad distinta y no se tiene la que la ley exige para poder adoptar; f) si faltan requisitos verdaderamente importantes, como son los propiamente constitutivos de la adopción: autorización judicial, escritura pública, tiempo previo de prueba. De todos modos, fundándose esta enumeración en un procedimiento de analogía, no puede tener un valor absoluto. Se impone la necesidad de una clara norma legal al respecto.

b) Terminación por sentencia. Coordinando los artículos 333 y 334 del Código Civil podemos concluir que "se revoca", mediante sentencia judicial la adopción únicamente en tres casos: 1. Cuando hay lugar al desheredamiento; 2. Cuando se podrían revocar las donaciones; 3. Cuando se declara la indignidad del adoptado, como en el caso de la sucesión por causa de muerte.

En realidad la ley es muy oscura en este punto. No se dice quién es el que debe hallarse en las circunstancias del que puede ser desheredado o a quien pueden revocarse las donaciones. Cabría entender que solamente se refiere al adoptado que incurra en las faltas o delitos que justifican el desheredamiento o la revocatoria de las donaciones; más aún el tenor literal del Art. 334, parece significar esto, ya que dice: "por sentencia judicial que declare la indignidad del adoptado en los términos del Art. 333". Pero, por otra parte, sería muy injusto que no terminara igualmente la adopción cuando fuera el adoptante el que cometiera los mismos delitos o faltas por los cuales se puede ser desheredado o privado de una donación; y el final del Art. 334 —que acabo de transcribir—, parece ser más bien otro caso de terminación judicial de la adopción, que éste sí afecta solamente al adoptado: cuando se vuelve indigno, como puede ser una persona indigna de recibir una herencia o una donación. Si se acepta la primera interpretación, solamente habría dos causas para terminar judicialmente la adopción: casos de desheredamiento y casos de revocatoria de las donaciones; pero según la segunda interpretación, que creo es la más justa, las causas son tres, sumándose a las dos citadas, la indignidad del adoptado.

Se puede revocar las donaciones en caso de ingratitud del donatario, y "se tiene por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante" (Art. 1481).

A su vez, son causas de desheredamiento: 1º haber cometido injuria grave contra el testador, en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o de sus padres o hijos legítimos; 2º no haberle socorrido en la demencia o desvalimiento, pudiéndolo; 3º haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar; 4º haberse casado sin su consentimiento, estando obligado a obtenerlo; 5º haber cometido un delito castigado con cuatro años o más de reclusión, o por haberse abandonado a vicios o granjerías infames. (cfr. Art. 1261 del Código Civil).

Hay indignidad, además de en algunos de los casos ya dichos, si se interviene por obra o consejo en el homicidio del causante de la herencia, o si se deja que perezca sin salvarla pudiendo hacerlo, cuando se oculta dolosamente el testamento, y en otros casos similares enumerados en el Art. 1037 y siguientes.

En todos los casos de indignidad, desheredamiento o revocatoria de donaciones, que se acaban de indicar, se puede también revocar judicialmente la adopción. Y como ya se dijo, probablemente debemos entender que tanto el adoptante como el adoptado pueden ser causantes de esta revocatoria.

Nuestra Ley también hace terminar la adopción por la privación de la patria potestad, y considero que esta disposición si se aplica en forma indiscriminada será muy poco justa: ya que la terminación de la adopción puede perjudicar gravemente al adoptado; quizá el mejor sis-

tema sería uno intermedio, que permita al juez dar por terminada la adopción en aquellos casos de privación de la patria potestad al adoptante, por culpa de él, y siempre que no se siga de la terminación de la adopción un mal mayor para el adoptado. Naturalmente, esto requeriría una reforma de nuestro Código.

c) La adopción puede también terminar voluntariamente en dos casos muy distintos uno de otro: 1) Por voluntad del adoptante y del adoptado mayor de edad, manifestada de común acuerdo, mediante escritura pública; 2) Por voluntad del adoptado mayor de edad, legalmente capaz, expresada también por escritura pública.

Si el primer caso es muy discutible desde el punto de vista de la doctrina, el segundo parece totalmente inaceptable. En efecto, el que acaba de salir de la minoría de edad podría ser fácilmente inducido a una renuncia perjudicial para sus intereses; además, la ley da así a la adopción un carácter contractual que pugna con el espíritu general de la institución. Y en cuanto a la renuncia unilateral de la adopción por parte del adoptado, sin ninguna justificación necesaria y sin intervención de juez alguno, se presta a notables abusos y a graves actos de ingratitud.

El Código Civil dice en el Art. 337 que: "Los efectos de la adopción subsisten, mientras ésta no termine o no se la revoque". Cabe observar que también termina cuando se revoca. Pero aparte de esta imprecisión literal, la Ley de Registro Civil subordina la terminación de los efectos, a la inscripción en el Registro Civil, lo cual se hace una vez terminada la adopción, después de terminada. La Ley de Registro Civil distingue el caso de la terminación de la adopción "sin que medie sentencia", es decir, por escritura pública, y aquel en que "hubiere sentencia". En el primero, están obligados a inscribir la escritura las personas que la otorgan; en el segundo, el mismo Secretario que autorizó. la sentencia "remitirá copia fehaciente al jefe de la oficina de Registro Civil cantonal donde se hallare inscrita la adopción", para que se anote al margen.

Considero que lo lógico sería distinguir en cuanto a los efectos de la terminación de la adopción entre aquellos que se producen con relación a las partes entre sí, y los efectos frente a terceros. Solamente los efectos frente a terceros deberían subordinarse a la inscripción en el Registro. Y cuando el obligado a promover la inscripción es el Secretario del Juzgado, entonces no cabe que se continúe exigiendo las obligaciones entre las partes mientras no se haga la inscripción, por ejemplo, no podrían demandarse alimentos, o pretender el adoptante continuar en el usufructo de los bienes del adoptado, etc.

Revocada o terminada la adopción en cualquier otra forma, el adoptado no vuelve a la patria potestad de sus propios padres, porque aquella "terminó" y no se "suspendió" simplemente. Luego, el menor queda emancipado, aunque no se ha enumerado este caso entre los de emancipación.

317.— Reglas de Derecho Internacional Privado.

El Código Sánchez de Bustamante contiene un sistema un tanto complejo. Distingue el caso de los países en los que existe adopción y aquellos en los que no hay esta institución; en estos últimos no se aplican las reglas detalladas del Código (Art. 77), lo que equivale a decir que en ellos prevalece el derecho territorial, y se excluye la aplicación de leyes extranjeras, salvo que las propias leyes de esos países las admitan expresamente. En los países en que existe adopción, hay que distinguir los requisitos de capacidad, las prohibiciones legales, las causas de nulidad y los efectos de la adopción. La capacidad y las prohibiciones legales se someten a la ley personal de cada uno de los interesados (Art. 73). Cada uno de los interesados puede impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de su ley personal (Art. 75); de donde resulta que, de hecho, se deben cumplir cumulativamente las leyes personales de todos los interesados, en materia de requisitos de validez. En cuanto a los efectos, a mi modo de ver, el Código no aborda el problema en su integridad, sino que resuelve solamente los casos más importantes. Dos leyes pueden regular los efectos de la adopción: a) la del adoptante, rige su propia sucesión hereditaria, es decir aquella de la cual él es el causante; b) la ley personal del adoptado regula su apellido, sus deberes y derechos respecto de la familia originaria, y sus derechos sucesorios respecto del adoptante (Art. 74). No ha dicho nada el Código respecto de la patria potestad, el usufructo de los bienes del hijo, los impedimentos matrimoniales, etc., en cuanto pueden modificarse por la adopción. En cambio, el mismo Código señala también una tercera ley que puede regir algún efecto de la adopción, y es la territorial, en el caso de los alimentos debidos por Ley. (Art. 76). La misma ley territorial rige en lo relativo a las formas solemnes de la adopción.

Nuestro Código Civil no contiene disposiciones especiales sobre la adopción en materia de Derecho Internacional Privado, de modo que es preciso aplicar las reglas generales relativas a las relaciones de familia, principalmente el Art. 14, y a la falta de la posibilidad que se acaba de señalar, se deben aplicar los principios generales del Derecho. También se aplica en el Ecuador el Código Sánchez de Bustamante, pero sólo en cuanto no pugne con lo dispuesto por el derecho interno.

Como la adopción es en el Ecuador un acto solemnísimo, todas las formalidades prescritas por nuestra ley tienen que aplicarse siempre que la adopción se realice en el Ecuador, tal como lo ordena el Código Sánchez de Bustamante, aunque intervengan personas extranjeras o domiciliadas fuera del país.

Para la validez de la adopción, tendrían también que cumplirse los requisitos de fondo exigidos por nuestra ley, cuando la adopción se haga en el Ecuador. Así lo exige el respeto al orden público, y así lo confirma lo dispuesto en el Art. 75 del Código Sánchez de Bustaman-

te, que permite impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de la ley personal de cada uno de los interesados. Cualquier ecuatoriano podría impugnar una adopción verificada en el país, si no se han cumplido nuestras leyes.

En cuanto a las adopciones verificadas en el extranjero, nuestro Código (Art. 14) somete a los ecuatorianos a la ley de su patria, pero solamente respecto del cónyuge o parientes ecuatorianos. Considero que debemos entender, por tanto, que en el caso de la adopción, deben cumplir con todos los requisitos de capacidad, de impedimentos, etc., los ecuatorianos, de modo que si el adoptante o el adoptado es de otra nacionalidad, puede el extranjero seguir su propia ley personal y solamente el ecuatoriano está sometido a la ley de este país.

El punto más dudoso es el relativo a si la adopción hecha en el extranjero y en la que intervenga un ecuatoriano (como adoptante o como adoptado), debe o no cumplir las solemnidades exigidas por nuestra ley. En todo caso, para que surta efectos en el Ecuador es preciso que la adopción se haga con iguales o más estrictas solemnidades que las exigidas por nuestra ley. Pero si simplemente se trata de efectos personales que no se cumplen necesariamente en el Ecuador, el punto resulta incierto. Lo más probable, de todos modos, es que también se exijan tales solemnidades respecto del ecuatoriano, por cuanto dispone el Art. 14 de nuestro Código Civil y el 76 del Código Sánchez de Bustamante. Además, el Art. 37 de la nueva Ley de Registro Civil ordena que se inscriban en el Registro "las adopciones realizadas en el territorio de la República o que conciernan a ecuatorianos cuando se realicen en el extranjero", de modo que se admite esta posibilidad de la adopción en el extranjero y parece que se exige solamente el requisito de la inscripción para que los efectos surtan en el país.

CAPITULO XXIV

EL ESTADO CIVIL

318.— Definición.

Nuestro Código Civil dedica el XVII del Libro Primero a "las Pruebas del Estado Civil", cerrando así una serie de títulos relativos a relaciones de familia que originan fundamentamente el estado civil.

Se define en este Título, en el Art. 342, de la siguiente manera: "El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer obligaciones civiles".

Indudablemente la definición del Código Civil podía ser más perfecta, pero parece exagerado atribuir a Don Andrés Bello una verdadera equivocación en esta materia. Muchos autores modernos han ensayado definiciones y tropiezan con la ineludible dificultad que lleva en

sí mismo tal intento. El estado civil no es lo mismo que la capacidad, pero tiene íntima relación con ella, y de aquí deriva la dificultad. No se puede prescindir absolutamente de la referencia a la capacidad al hablar de estado civil, y al mismo tiempo, se impone la necesidad de distinguir claramente lo uno de lo otro.

La definición de nuestro Derecho señala al estado civil como una *calidad* del individuo, por tanto, algo que califica al sujeto, que le coloca en una determinada posición jurídica. Por otra parte, nuestro Código indica también que la capacidad, en cierto modo depende del estado civil, ya que éste "habilita para ejercer ciertos derechos y contraer obligaciones civiles", lo cual deriva inmediatamente de la capacidad, y, de modo más remoto, del estado civil.

Podría decirse que el estado civil no solamente "habilita", sino que también "inhabilita". Pero quizá hubiera sido excesivo que se precisara este doble efecto del estado civil: habilitar o inhabilitar, ya que diciéndose lo uno, prácticamente se expresa tácitamente lo otro, por contraposición, y dado que al adquirir un estado civil o se pierde o se modifica el que se tenía anteriormente; así por ejemplo la mujer al casarse, adquiere un nuevo estado civil que le constituye en relativamente incapaz, y a la vez, pierde su primitivo estado civil de soltera, conforme al cual era capaz.

Los derechos y obligaciones que derivan del estado civil son principalmente civiles, como lo pone de relieve nuestra definición. Pero hay que reconocer que también pueden extenderse las consecuencias jurídicas del estado civil a otras ramas del Derecho.

Muchos autores modernos prefieren, sin embargo, destacar más nítidamente, siguiendo el ejemplo de Savigny, el estado civil como *situación* o posición jurídica de un individuo, con relación a la sociedad toda o a la familia en particular.

319.— Caracteres y efectos del estado civil.

La mayor parte de los autores coinciden al enumerar abundantes características del estado civil, que completan la clara comprensión de su verdadero significado, y que permiten también explicar sus principales efectos.

Fueyo enumera los siguientes caracteres distintivos del estado civil: a) es un atributo de toda persona; b) es uno e indivisible, con relación a una fuente; c) es permanente; ch) su regulación es de orden público; d) es incomerciable; e) es irrenunciable; f) es imprescriptible.

A veces se señalan otras características, aparte de las indicadas, pero en rigor pueden reducirse a consecuencias de alguna de ellas. Así por ejemplo, se dice que el estado civil no puede someterse a compromiso ni a transacción, pero esto deriva simplemente del carácter de orden público que tiene y también de su irrenunciabilidad. Otras caracte-

rísticas pertenecen más bien a los juicios o setencias sobre estado civil, como la eficacia frente a terceros, o el efecto retroactivo.

Es interesante observar que las características del estado civil derivan, efectivamente, de una de ellas principal, o radical. Considero que dicha característica consiste en su regulación de orden público, de lo que deriva su incomerciabilidad y las demás características que señala la doctrina.

Casi todos los caracteres del estado civil se explican por sí mismos y no requieren de mayor reflexión, sin embargo, se pueden hacer algunas observaciones.

Porque el estado civil es *atributo* de la misma personalidad, todo individuo de la especie humana tiene un estado civil. A veces este estado puede estar sometido a discusión, o aparecer de manera confusa, pero jamás puede carecer de él. También el estado civil puede ser complejo, porque depende de varios factores constitutivos o "fuentes", y respecto de cada uno de ellos todo individuo se encuentra en una determinada situación, de modo que no carece del respectivo estado civil.

La *unidad* e *indivisibilidad* del estado civil excluye situaciones jurídicas contradictorias bajo un mismo respecto. Una persona no puede ser a la vez soltera y casada o reunir simultáneamente las condiciones de hijo legítimo e ilegítimo, menor de edad y mayor de edad, etc. Este carácter uno e indivisible del estado civil hace que tenga igual valor frente a todos los demás individuos, y este es el fundamento del valor "erga omnes" de las sentencias sobre estado civil, que estudiaremos más adelante.

La *permanencia* del estado civil es relativa. Todo estado supone estabilidad, pero no necesariamente absoluta. El menor de edad, con el simple transcurso del tiempo se convierte en mayor de edad; el soltero puede casarse, el casado, enviudar, etc. Es decir que una serie de hechos o de actos pueden modificar el estado civil, aunque en principio, goza de una estabilidad, que precisamente no se altera si no sobrevienen tales hechos o actos capaces de cambiarlo. Normalmente, además, el cambio del estado civil significa la adquisición de un nuevo estado.

El estado civil es regulado por normas de orden público en todos los países del mundo. Así lo reconoce igualmente la jurisprudencia.

También sobre el carácter *incomerciable* del estado civil, hay abundante jurisprudencia de muchos países.

El estado civil es *irrenunciable*, es decir que ninguna persona puede desprenderse voluntariamente ni del estado mismo ni de los derechos y obligaciones inherentes a él. La imposibilidad de renunciar se explica por el mismo carácter de orden público del estado civil. Desde luego, que esto no obsta a que voluntariamente se puede cambiar algunos estados civiles que dependen precisamente de actos jurídicos: así una persona soltera puede contraer matrimonio. También sucede en otros casos, que la voluntad de otras personas interviene decisivamente para la constitución o cambio del estado civil de otras: los casos más

sobresalientes consisten en el reconocimiento de un hijo ilegítimo y en la legitimación. En cambio, la posibilidad de que un hijo reconocido como ilegítimo o legitimado pueda aceptar o repudiar libremente dichos reconocimientos o legitimación, va contra el principio de la irrenunciabilidad del estado civil y significa una verdadera anomalía, poco justificable, dentro de nuestro sistema.

En sí mismo, el estado civil es *imprescriptible;* no se puede adquirir o perder por el simple transcurso del tiempo unido a la posesión. Pero, en cambio, ciertas acciones relativas al estado civil sí prescriben, y también pueden caducar en breve tiempo, produciéndose a través de esa prescripción o caducidad un efecto similar en el estado civil mismo al cual se relacionan dichas acciones judiciales. Tal es el caso de la acción para impugnar la legitimidad de un hijo que se presume legítimo por haber nacido dentro de matrimonio (después de expirados 180 días de su celebración) y que caduca a los sesenta días, o el juicio de impugnación de la maternidad que por regla general prescribe en diez años (Art. 339). La imprescriptibilidad del estado civil, se refleja, de todos modos, aún en ciertas excepciones o modalidades especiales de la prescripción de las acciones sobre estado civil; así por ejemplo, la acción de investigación de la paternidad ya extinguida por el transcurso del tiempo durante la minoría de edad del hijo, revive en ciertos casos cuando el hijo llega a la mayoría de edad.

El estado civil, como dice su misma definición contenida en el Art. 342: "habilita para ejercer derechos o contraer obligaciones". Entre los derechos vinculados con el estado civil están principalmente las llamadas "potestades": la patria potestad y la potestad marital.

En todo caso, el estado civil tiene una relación causal de primera importancia con la capacidad jurídica. La capacidad jurídica general depende fundamentalmente de la minoría o mayoría de edad, y se modifica en el caso de la mujer al contraer matrimonio, y respecto de todo individuo, al incurrir en una interdicción. Otras capacidades especiales se modifican profundamente por los cambios de estado civil: por ejemplo la capacidad para comerciar en el caso de la mujer.

El estado civil determina también la transferencia de algunos derechos, o su aumento o disminución. El hijo de familia que se casa, sale de la patria potestad del padre y adquiere para sí el derecho de usufructo de sus propios bienes, a la vez que el padre que ejercía la patria potestad cesa en este derecho y correlativamente pierde el derecho de usufructo de los bienes del hijo; la mujer que se casa, pierde la libre disposición y administración de sus bienes, y en adelante debe contar con la autorización del marido o del juez en su defecto, para enajenar sus bienes, etc.

Algunos autores sostienen que el estado civil da origen al parentesco. Considero que esto no es del todo exacto. Más bien podría decirse por regla general lo contrario: es el parentesco el que determina ciertos estados civiles, como sucede con el hijo de familia que está

sometido a su padre o madre precisamente por ser hijo; es decir, que anterior a la modalidad especial de sus derechos y obligaciones, antes que su subordinación a la autoridad paterna, está el hecho físico y jurídico de la filiación misma: el parentesco es anterior a sus efectos, uno de los cuales o un conjunto de los cuales se conforman como un estado civil.

Por otra parte, en ciertos casos sí influye el estado civil en el parentesco, sobre todo en la afinidad. Sabemos que existe afinidad ilegítima en dos casos, el segundo de los cuales consiste en la relación entre uno de los padres ilegítimos de una persona y los parientes consanguíneos legítimos o ilegítimos del otro padre de esa misma persona; por consiguiente, el reconocimiento y aceptación de tal hijo como ilegítimo, es decir, el estado civil del hijo, influye decisivamente en que exista o no afinidad entre uno de sus padres y los consanguíneos de su otro padre ilegítimo.

La naturaleza del estado civil, que responde a unas situaciones naturales de los individuos (la edad, la filiación, etc.), hace que los actos declarativos del mismo puedan tener ciertos efectos retroactivos; así, por ejemplo, si se declara la nulidad de un matrimonio, se considera que desde un primer momento no hubo matrimonio válido entre los pretendidos cónyuges.

Las leyes que modifican los requisitos o modo de adquirir o constituir un estado civil no tiene efecto retroactivo y respetan los derechos adquiridos en cuanto al estado mismo, pero, como lo señala expresamente la segunda regla del artículo 7 del Código Civil, la nueva ley surte efecto inmediato en cuanto a los efectos que derivan de los estados civiles adquiridos antes de su vigencia. Entre dichos efectos del estado civil, enumera dicha norma: "la subordinación o dependencia entre cónyuges, padres e hijos, guardadores y pupilos, etc.".

320.— Fuentes del estado civil.

En nuestro Derecho actual el estado civil deriva de: a) hechos jurídicos; b) actos jurídicos; c) sentencias judiciales. En todos los casos, se puede decir que también el estado civil tiene sus primeros fundamentos en la Ley: todo hecho o acto jurídico de los particulares o aquellos actos jurídicos especialísimos propios de la jurisdicción que son las sentencias, constituyen, modifican o dan término a estados civiles en virtud de las disposiciones de la Ley; por esto, no creo del caso enumerar entre las fuentes de los estados civiles a la Ley, como lo hacen algunos tratadistas, ya que, insisto, la Ley es fuente remota de todo estado, y no fuente peculiar de algunos estados, y no es equiparable a los hechos o actos jurídicos o a las sentencias.

Dentro de los hechos jurídicos dos son los principales en cuanto fuentes de estados civiles: el nacimiento y la muerte. El nacimiento da principio a la personalidad legal (transcurridas las veinticuatro ho-

ras), y el principio de la existencia legal de una persona fija ya sus parentescos (y recíprocamente los parentescos de otras personas), con sus consiguientes consecuencias en cuanto al estado civil. Además, el transcurso natural del tiempo a partir del nacimiento constituye la edad de una persona y esta edad constituye también estados civiles: menor de edad, mayor de edad.

La muerte no sólo da fin a la personalidad misma y al estado civil del sujeto de derechos que deja de existir para la vida jurídica, sino que puede originar el estado civil de otras personas: el cónyuge sobreviviente se convierte en viudo, los hijos de familia se emancipan si ambos padres han muerto, etc.

Entre los actos jurídicos que son fuentes de estado civil conviene recordar en primer término el matrimonio. El matrimonio, juntamente con el nacimiento y la muerte son los tres puntos básicos de todo el sistema de los estados civiles. Todo estado civil tiene relación con uno o más de estos tres puntos. El matrimonio no solamente da origen a los estados de soltero, casado, viudo, divorciado, sino que, combinado con el nacimiento o la muerte, origina la viudez, la orfandad, la legitimidad o ilegitimidad de los hijos, etc.

Pero, además del matrimonio hay otros actos jurídicos importantes en materia de estado civil: el reconocimiento de un hijo legítimo, la aceptación o repudiación de dicho reconocimiento, la repudiación de la legitimidad de un hijo por parte de supuesto padre, la legitimación y los correspondientes actos de aceptación o repudiación de la misma, la exclusión de bienes de la mujer casada, la separación parcial de bienes, el ejercicio de una profesión liberal por parte de la mujer casada, etc. todos estos actos modifican profundamente la capacidad de las personas y les colocan en una situación estable que matiza todas sus relaciones jurídicas de una manera especial, de modo que bien puede decirse que originan verdaderas modificaciones del estado civil.

Entre las sentencias judiciales, las principales que afectan al estado civil son: las de nulidad de matrimonio, divorcio, separación conyugal, declaración de la paternidad o maternidad ilegítimas, posesión definitiva de los bienes del desaparecido dentro del trámite de la muerte presunta por desaparecimiento, y los diversos casos de interdicción por demencia, disipación, sordomudez del analfabeto, ebriedad consuetudinaria, además de las sentencias penales que llevan consigo la interdicción del reo. También el discernimiento judicial de las guardas modifican el estado civil del pupilo en ciertos casos, porque puede ser que antes haya estado sometido a otro género de guarda (paso de tutela a curaduría, por ejemplo), o bien a la patria potestad que se suspende o se termina. Recuérdese a este propósito que el mismo artículo 7 del Código Civil en la regla 2ª se refiere a la dependencia de los pupilos como una consecuencia o efecto del estado civil.

Otro género de sentencias que también pueden modificar el estado civil, son las que se refieren a la validez o nulidad de las partidas

de registro civil, o las que ordenan rectificación de ellas, pero todas estas sentencias tendrán generalmente carácter más bien simplemente declarativo y no son las que directamente constituyen los respectivos estados civiles, sino que se fundarán en hechos o actos que habrán dado origen a la modificaciones que dichos actos jurisdiccionales simplemente declaran.

321.— El Registro Civil.

El 20 de octubre de 1900 aprobó el Congreso Nacional la Ley de Registro Civil, que sancionada por el Ejecutivo el 25 del mismo mes, entró en vigencia el 1º de enero de 1901. Muy pronto se introdujeron reformas: el 8 de octubre de 1902, y el 21 de marzo de 1914 por Decreto Ejecutivo se aprobó la Codificación con dichas reformas. Hubo nuevas reformas el 20 de agosto de 1925. Y el Dr. Isidro Ayora dictó el 19 de julio de 1927 el Reglamento correspondiente. Después se produjeron nuevas reformas durante la dictadura del Ing. Don Federico Páez el 30 de junio de 1936 y el 7 de enero de 1937. Se codificó nuevamente la Ley el 21 de junio de 1948, y se produjeron reformas que se publicaron en R. O. 456 de 4 de marzo de 1954. Nueva codificación se aprobó el 26 de octubre de 1959, y está publicada en el volumen de "Constitución y Leyes del Ecuador", aparecido en 1960. Una nueva Ley, bastante distinta se dictó por Decreto Supremo 3020 (R. O. 408 de 5 de enero de 1965), y se codificó con el nombre de Ley de Registro Civil Cedulación e Identidad, mediante Decreto Supremo 508 A, publicado en R. O. 450 de 4 de marzo de 1965. El 5 de julio de este mismo año, se declaró obligatoria la inscripción de los nacimientos acaecidos antes de 1901 (Decreto Supremo 1467, R. O. 535 de 5-VII-1965). Otro Decreto Supremo Nº 1468 declara el valor de la Cédula de Identidad (el mismo Registro Oficial 535). El 1º de setiembre de 1965 se publicaron tres importantes Decretos Supremos sobre esta materia: el Decreto Supremo 1999 aclara algunos artículos de la Ley codificada; el Decreto Supremo 2000 reforma la Ley, y sobre todo regula por primera vez extensamente todo lo relativo al nombre de las personas naturales; el Decreto Supremo 2001 amplía las facultades del Director de Registro Civil.

Esta complicada historia del Registro Civil ha estado además normalmente acompañada de agudas polémicas, violentos ataques y defensas de la institución. Parece que con la Ley de 5 de enero de 1965 se inicia, además, una nueva etapa del Registro Civil, que ha adquirido un carácter muy distinto, ya que tendrá también una función político-electoral, de la que antes carecía en absoluto.

Antes de 1901, el registro de los actos constitutivos de estado civil estaban a cargo de los curas párrocos, quienes llevaban los registros eclesiásticos de bautismos, matrimonios y defunciones. Las actas eclesiásticas tenían pleno valor probatorio en materia civil y a ellas ex-

clusivamente se refería el Código Civil. Estos registros tienen una antiquísima tradición en el campo eclesiástico, y fueron ordenados de una manera absolutamente obligatoria, por el Concilio de Trento, en el Siglo XVI. Se llevaron en nuestro país, generalmente con mucho orden, y se conservaron celosamente.

En algunos países aún en la actualidad se siguen usando los registros eclesiásticos. Aún en ciertas naciones que ha secularizado el matrimonio se ha admitido el valor de las partidas eclesiásticas, confiriendo a los párrocos el carácter de oficiales del registro civil estatal, de modo que al cumplir su función religiosa, simultáneamente desempeñan también la civil.

En el Ecuador se prefirió establecer oficinas propias del Estado para el Registro de los actos de estado Civil. Las profundas modificaciones que ya se preparaban al régimen del matrimonio fueron la razón principal para tomar esta determinación que encontró gran resistencia en el campo católico.

La oposición de buena parte del inmenso y mayoritario sector católico se debió precisamente al intento secularizador del matrimonio que envolvía la Ley de 1900, y a ciertas disposiciones sumamente vejatorias e injustas.

En sí mismo, el sistema de un registro civil estatal no presentaba nada realmente objetable. Lo inadmisible era el intento sectario de la Ley y sus disposiciones injustas, contrarias a la verdadera libertad de las conciencias.

Tal vez, el Ecuador no estaba suficientemente preparado para organizar un sistema de suyo complicado y que requería una numerosa burocracia de funcionarios bien preparados. El Registro Civil nació muy imperfecto en la Ley, y más imperfecto en la práctica, porque hubo de confiarse a funcionarios inexpertos, poco responsables y fácilmente corruptibles. De allí, los numerosos esfuerzos por mejorar la ley. Pero estas consideraciones de mayor o menor oportunidad de que el Estado asumiera tan pesada como complicada carga, no fueron las que primaron en las violentas discusiones a que dio lugar la nueva Ley. La controversia se planteó fundamentalmente en torno a la libertad del ejercicio de los actos religiosos que fue inicuamente violada por la nueva ley. Indudablemente esta fue una falta política muy grave, porque produjo una resistencia que no hizo más que dificultar la marcha del sistema, además de agraviar a la gran mayoría de los ecuatorianos.

Las disposiciones más inaceptables de la referida legislación eran las que obligaban a los párrocos a comunicar a la autoridad civil los bautismos verificados en el mes anterior, bajo pena de multa de dos sucres diarios (Art. 27) e igualmente, las defunciones (Art. 47), y los matrimonios (Art. 33). Pero sobre todo fue la ley de 1902 la que de un modo injustificable, ordenó que "las inscripciones de los nacimientos deben preceder al bautismo", imponiéndose la para entonces grave multa de hasta cincuenta sucres y para el caso de reincidencia, hasta

seis meses de prisión, por la violación de tan injusta norma (Art. 6). Se estableció así, un verdadero impedimento civil para la celebración de un sacramento. Tanto más absurda era la intervención del Estado en esta materia exclusivamente eclesiástica, cuanto, por aquella misma época se hablaba de separación de Iglesia y Estado.

Se trataba de justificar la disposición diciendo que de otro modo muchos no harían inscribir a sus hijos. Pero este argumento es inaceptable. No se puede justificar una violación de la libertad de religión por un simple argumento de conveniencia: por muy conveniente que fuera para el Estado valerse de este medio ilícito, no por esto dejaba de ser un atropello. El fin no justifica los medios.

Además, resultaba bien humillante y desdoroso para la propia dignidad del Estado el confesar que si no recurría al apoyo de la Iglesia, no conseguiría hacer obedecer sus normas. El Estado dispone de suficientes medios de coacción para hacer obedecer sus leyes, y si no logra imponer sus órdenes a través de sus propios medios de coerción, significaría que la conciencia popular es tan rebelde a dichas normas que sin duda importaría una imposición tiránica el hacerlas obedecer. El Estado debe calcular su poder, ordenar lo que por sí mismo es capaz de hacer respetar. No cabe que el Estado se convierta en sacristán y recurra al amparo de la Iglesia y de sus ministros en demanda de socorro para hacer cumplir sus Leyes.

Por otra parte, la Ley de Matrimonio Civil, en el Art. 27 estableció igual violación de la libertad religiosa, con relación al matrimonio: no podrá celebrarse el sacramento si previamente no se ha inscrito el matrimonio civil. En este caso, las consecuencias prácticas todavía resultan más graves, porque la complicación y costo de la ceremonia civil dificulta notablemente el cumplimiento de la ceremonia religiosa. Y como en el caso anterior, se supedita el libre ejercicio de un acto de culto, de un sacramento, al cumplimiento de requisitos civiles, lo cual es totalmente absurdo y contrario a los principios de libertad y respeto a la conciencia de cada ciudadano. El Reglamento de 19 de julio de 1927 recogió esta injusta norma, que más tarde en 1935, desapareció de la Ley pero quedó vigente en el referido Reglamento.

Estas injustas limitaciones de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa, están derogadas tácitamente por los preceptos constitucionales de las Constituciones de la República posteriores a dichas leyes y reglamentos que declaran el respeto debido por el Estado a la Libertad bajo estos aspectos religiosos. También el Modus Vivendi celebrado con la Santa Sede en 1937 y que tiene carácter de Ley constitucional reconoce tal libertad de conciencia y la garantiza. Sin embargo, en la práctica se ha continuado aplicando estas disposiciones simplemente reglamentarias, en abierta oposición con los postulados de la Carta Constitucional que es la Suprema Ley del Estado.

Finalmente, la nueva Ley de 1965 (R. O. 450 de 4-III-65) vuelve a declarar que la inscripción del nacimiento y la del matrimo-

nio deben preceder a la ceremonia religiosa correspondiente, salvo el caso de peligro de muerte, y si bien se ha suprimido la pena de prisión, para los contraventores, en cambio se ha agravado la multa que se establece entre cincuenta y mil sucres. Resulta inaudito que al cabo de más de sesenta años de la primera Ley el Estado ecuatoriano continúa violando la libertad de conciencia, ponga impedimento al libre ejercicio de los actos religiosos, y caiga en flagrante contradicción con los principios de la Carta Constitucional, y con lo solemnemente establecido en tratados internacionales. Parece increíble, por otra parte, que después de tanto tiempo, y ahora que las oficinas de Registro Civil se hallan debidamente organizadas, siga siendo impotente el Estado para hacerse obedecer, si no recurre al triste papel de sacristán, pendiente del auxilio de los curas para que sus leyes se cumplan.

La Ley de 1965 confía además, al Registro Civil la expedición de la Cédula de Identidad y de la Cédula de Ciudadanía, indispensable para ejercer el sufragio. Se ha convertido así al registro civil en instrumento electoral, político, cambiando totalmente su primitiva orientación; se trata de un grave experimento, cuyos resultados son muy dudosos de momento.

La función electoral que se ha asignado al Registro Civil llevó a que fuera necesaria la retroactividad de esta Ley, al cabo de muchos años de vigencia del Registro Civil en el Ecuador. Efectivamente, el Decreto Supremo 1467 (R. O. 535 de 5 de julio de 1965) declara obligatoria la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos acaecidos en cualquier fecha, inclusive anterior al 1º de enero de 1901. Antes no se había exigido jamás la inscripción de hechos o actos constitutivos de estado civil, anteriores al 1º de enero de 1901, ya que antes de esa fecha no existía Registro Civil en la República, y valían las partidas eclesiásticas.

La nueva Ley tiende también a exigir mayores pruebas para la inscripción. Así, para inscribir el acta de nacimiento, se requiere ahora "constancia escrita de médico, obstetriz o enfermera; a falta de dicho documento, declaración de dos testigos" (Art. 22), y para la partida de defunción también se necesita certificado médico o declaración de dos testigos. Mucho es de temer que estas dificultades entorpezcan la buena marcha del Registro, sobre todo si se piensa en las concretas circunstancias en que se desenvuelve la vida de nuestros campesinos, que son la mayor parte de los ecuatorianos.

Actualmente las funciones del Registro Civil pueden resumirse en lo siguiente: a) Registrar los actos y hechos constitutivos de estado Civil; b) Conferir la cédula de identidad y ciudadanía, o cédula única; c) proporcionar datos a las autoridades para el otorgamiento de pasaportes (Art. 3); d) Confeccionar los registros electorales.

Las respectivas oficinas, organizadas en los niveles nacional, provincial y cantonal, dependen ahora del Tribunal Supremo Electoral.

Los registros que se deben conservar son 3: 1) de nacimien-

tos: 2) de matrimonios; y 3) de defunciones. (Art. 17). El Art. 10 ordena que los diversos actos y echos de estado civil relativos a una misma persona deben correlacionarse, es decir inscribirse en la parida de nacimiento los demás hechos (mattrimonio, divorcio, muerte, etc.). Las diversas autoridades que intervienen en el Registro de estos actos, están obligadas a comunicar al Jefe de Registro del lugar donde se haya incristo la partida de nacimiento del individuo del cual se trate, para que verifique la correspondiente anotación.

En el Art. 19 se enumeran los requisitos cuya omisión anula las inscripciones: "1. La expreción del lugar y de la fecha de la inscripción; 2. El nombre de la persona de cuyo estado civil se trate y la determinación del hecho que lo constituye; 3. La firma del interesado o de los testigos que hubieren presenciado la inscripción en el caso de que no haya interesado, o de que éste no concurra al acto o no pueda o quiera firmar, y 4. La firma del jefe de oficina". Sin embargo, por cuanto dispone el Art. 90, se supone que la firma del Jefe de la Oficina, no es absolutamente indispensable, ya que dicho artículo establece que si se hubiere omitido, el Director General ordenará que la firme, "y si esto no fuere posible, aquel a cuyo cargo se encuentre el registro, previa comprobación de la veracidad de la inscripción". Este procedimiento resulta práctico para evitar nulidades, pero no deja de tener graves dificultades a su vez. Efectivamnete, como el Art. 19 considera nula la inscripción si falta la firma del funcionario, el acta será realmente nula hasta que se convalide, o adquiera validez por la firma ordenada (fuera de tiempo), por el Director General, y como, por otra parte, los actos civiles generalmente no producen la plenitud de sus efectos sino cuando están inscritos (se entiende que *válidamente* inscritos) resultará que esos actos, por ejemplo un matrimonio, no tendrán validez plena sino después de cumplido este requisito. Como estas soluciones no serían aceptables en la vida práctica, hay que suponer que la firma puesta más tarde, surte un efecto retroactivo, y convalida el acta o inscripción desde el momento en que se puso en el registro; pero este efecto retroactivo, por ser extraordinario, debió decirse expresamente en la Ley.

En cuanto al trámite judicial para la rectificación de partidas, se aclara algunos puntos que antes se discutían. Baste anotar de momento, que el Art. 85 dice precisamente que las inscripciones de los actos y hechos relativos al estado civil no podrán ser modificadas ni alteradas, ni canceladas, sino en virtud de sentencia judicial, salvo los casos previstos por la ley en que se admite rectificación por vía administrativa.

322.— Prueba ordinaria del estado civil.

Era conveniente realizar la breve reseña del sistema de Registro Civil, antes de tratar de las pruebas del estado civil, porque preci-

samente el Código establece que la prueba ordinaria de un estado civil consiste en la correspondiente partida, o más exactamente, como dice el Art. 343 "las respectivas copias tomadas del Registro Civil", que debe entenderse: "copias de las partidas".

Conviente tener en cuenta que siendo el Título XVII del Libro I, un conjunto de reglas especiales para el estado civil, lo que aquí se dispone, prevalece sobre otras normas de carácter más general, como las relativas a la prueba de las obligaciones, de que se trata en el Título XXI del Libro IV.

El Art. 343 hace una enumeración incompleta de los estados que se pueden probar con "las copias tomadas del Registro Civil". Además del estado de casado, divorciado, viudo, padre legítimo, hijo legítimo, padre ilegítimo o hijo ilegítimo, se pueden probar así mismo: la legitimación, la maternidad legítima o ilegítima, la adopción, la exclusión de bienes, la separación conyugal, la interdicción, la rehabilitación, y también otros parentescos, como los de hermano, sobrino, etc. Finalmente, otros datos que no son propiamente estado civil ni parentesco, se prueban también por las partidas: la edad, el hecho de haber estado en un lugar en una fecha determinada (la del nacimiento o la muerte, etcétera).

Para la prueba de ciertos estados civiles no basta una partida, sino que pueden ser necesarias varias. Así, por ejemplo la viudez, requiere para su prueba, de la partida de matrimonio y la de muerte del cónyuge. La calidad de hijo legítimo se prueba con la partida de nacimiento más la partida de matrimonio de los padres, y naturalmente, se deben aplicar las reglas relativas a la presunción de la época de la concepción, a partir de la fecha cierta del nacimiento del interesado.

Como en general todo hecho o acto de estado civil debe ser inscrito, y para que produzca sus efectos —por lo menos frente a terceros—, debe estar inscrito, y como el Registro es público, resulta que el estado civil de las personas es también público.

¿Qué pensar si dos o más partidas son contradictorias entre sí?; puede suceder, por ejemplo, que en la partida de inscripción del nacimiento de una persona se diga que sus padres son casados, pero en la de matrimonio de uno de dichos padres aparezca que fue soltero en la época en que tuvo al hijo. Cada partida prueba los hechos directamente relacionados con su propio objeto y relativos a la persona a quien directamente se refiere, de tal suerte que la referencia al estado civil de otras personas no tiene pleno valor, por consiguiente cada partida tiene un valor prevalente respecto de una determinada prueba, y en caso de contradicción debe prevalecer aquella partida destinada expresamente a probar aquel concreto estado civil. Una sentencia de la Corte Suprema, sobre esta doctrina dice lo siguiente: "Una prueba plena no se destruye por otra de igual clase, sino cuando concurren en la segunda, circunstancias legales para creerla revestida de mayor fuerza probatoria". Cuando una partida se usa, no ya como prueba principal sino su-

pletoria, para probar un estado civil al que no hace directa y principal referencia, entonces habrá que analizar todas las circunstancias que pueden conferirle mayor o menor valor; así, por ejemplo, si en una partida de matrimonio se afirma que uno de los contrayentes es viudo, esta afirmación normalmente tendrá suficiente valor para probar la muerte del ex-cónyuge, porque de otro modo no se habría permitido ese nuevo matrimonio, y si consta que al tiempo de celebrar el nuevo matrimonio se presentó la partida de defunción, después perdida, entonces esta acta que de suyo no está destinada a probar otra cosa que el matrimonio, servirá, sin embargo también para probar la muerte de una tercera persona.

En principio, las partidas prueban solamente de un modo directo y con valor de plena prueba, las declaraciones hechas por las partes interesadas y los testigos al momento de inscribirse los hechos o actos de que dan fe. Así, por ejemplo, las declaraciones de quienes afirman que una persona nació en tal fecha y de tales padres. Pero las partidas no prueban la verdad de tales declaraciones, de una manera plena.

Sin embargo de que el Código (Art. 347) parece restringir mucho el valor probatorio de las partidas, al decir que no prueban la verdad de las declaraciones de quienes hicieron la inscripción, de todos modos las partidas sí tienen un valor probatorio, por lo menos provisional. Es decir, que mientras no se demuestre su falsedad, se han de tener por válidas. De otro modo, prácticamente no probarían nada, y no es esa la intención del legislador. Más aún, si se dice que normalmente se prueba el estado civil mediante las correspondientes partidas, significa que se tienen en general por veraces, hasta que no se logre demostrar lo contrario.

La nueva Ley de Registro Civil, ha reforzado el valor probatorio de las partidas, dsede el momento en que no sólo se declara expresamente que las actas de inscripción en los libros de registro civil son instrumentos públicos (Art. 18), sino que deben ser debidamente documentadas o sentadas con prueba testimonial, y no pueden modificarse sino por orden judicial (Art. 85). También las copias de las partidas son instrumentos públicos (Art. 107).

Un instrumento público, de suyo, se presume auténtico. Y el artículo 345 del Código Civil establece que "se presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, si estuvieren en debida forma". Es decir que las partidas de estado civil, si reúnen los requisitos formales para su validez, se presumen auténticas y puras.

A la autenticidad se opone la falsificación. La falsificación consiste en hacer que aparezca un documento como otorgado por personas que realmente no lo otorgaron. La falsificación es una especie concreta de falsedad: aquella falsedad relativa a las partes que se dice que han intervenido en un acto o conferido un documento. Por esto, varios comentadores de nuestro Código, entre ellos Borja, sostienen que con imprecisión se ha afirmado solamente la autenticidad de las partidas.

Pero, es preciso tener en cuenta que el Art. 345 dice que se presumen "la autenticidad y pureza". Si la autenticidad excluye la falsificación, la pureza excluye la corrupción, o alteración de las actas. Es decir, que se presume también su conservación en debida forma, sin cambios o alteraciones que las harían llegar a ser falsificadas, aunque originariamente hubieran sido auténticas. El Código da, pues, en realidad mayor valor del que a primera vista se piensa, a las paridas.

Ciertamente que no se presume también la absoluta veracidad de las partidas. A la veracidad se opone la falsedad o mentira. Un instrumento puede ser auténtico (por esto: no falsificado), y sin embargo, puede ser a la vez, falso, contener un error o mentira. Pero aunque no hagan las partidas plena prueba de los hechos mismos a los que se refieran, sin embargo, prueban los estados civiles, luego se consideran también veraces, por lo menos hasta que no se demuestre lo contrario. No hay en ellas mismas una prueba plena de su verdad, pero no se puede negar sin fundamento y prueba la verdad de las partidas.

Además, como muy bien observa Borja, "la partida es también plena prueba de los hechos que presenció el oficial de estado civil". Así, por ejemplo, si el matrimonio se ha celebrado ante el Teniente Político, cuando estos funcionarios también llevaban el Registro Civil, la partida no sólo da plena fe de las declaraciones de los contrayentes y de los testigos, sino también de que el mismo funcionario los declaró casados, y que realmente contrajeron matrimonio; si se inscribe una sentencia de divorcio, se tiene plena prueba de que realmente los cónyuges se han divorciado. Quien pretenda que alguien tiene un estado civil distinto del que aparece de las correspondientes partidas, tendrá que probarlo, y no basta cualquier prueba para que se rectifique la partida errónea, sino que solamente mediante sentencia pronunciada en el respectivo juicio se puede obtener el cambio necesario para ajustar la partida equivocada a la verdad de los hechos.

323.— Impugnación de las partidas.

Acabamos de ver que en principio se supone la autenticidad y pureza de las partidas, y que además, se consideran también verdaderas mientras no se demuestre lo contrario. Precisamente, se puede impugnar las partidas demostrando que carecen de alguna de estas cualidades, y que, por lo tanto, o son falsificadas, o están alteradas, o son falsas. Finalmente, una especie concreta de falsedad consistiría en atribuir una partida a distinta persona de quien corresponde, este es el caso de la partida impertinente.

La impugnación por unas u otras causas es independiente de las demás. Es decir que, se puede aceptar que una partida sea auténtica, y sin embargo sostener por ejemplo, que contiene un error o falsedad (aunque no falsificación), o que no se refiere a la persona de quien se trata: que es impertinente.

También hay impertinencia de la partida cuando con ella se pretende probar hechos o actos relativos al estado civil de la misma persona a quien realmente se refiere, pero que la partida no sea la que corresponde al determinado estado civil concreto que se quiere probar, como si con la partida de matrimonio se quisiera establecer la edad de una persona, o su filiación, cosas que solamente admiten esta prueba como supletoria, en caso de faltar la prueba principal, que sería en el caso supuesto, la partida de nacimiento.

Como la autenticidad se presume solamente cuando las partidas "tuvieren su debida forma", como dice el Art. 345, es evidente que puede impugnarse fácilmente una partida, como no auténtica, si carece de aquella debida forma. Precisamente la Ley señala cómo deben hacerse las partidas, y si no se cumplen esos requisitos, ya no ampara a la partida su presunción de autenticidad. Por esto, si falta un requisito tan importante como la firma del funcionario, la Ley establece que deba comprobarse la veracidad de la inscripción, antes de que otro funcionario proceda a firmar esa partida (Art. 86 de la Ley). Si los registros desaparecen, si no están donde tendrían que estar, sucede lo propio: no tenemos ya partidas "en debida forma", y entonces pueden reponerse las partidas a base de otras pruebas que pueden consistir en los duplicados, en las cédulas de identidad u otros medios de prueba legal (Art. 89).

Otras imperfecciones formales de menor importancia pueden constituir simplemente indicios que hagan dudar de la pureza o autenticidad de la partida. Tal es el caso de los borrones o enmiendas no debidamente salvados, si no afectan a partes principales de la partida, y sobre todo si se encuentran por igual en ambos ejemplares de los registros (ya que siempre se deben llevar por duplicado). Naturalmente si el nombre íntegro de la persona ha sido borrado, o alterado, etc. ya no puede considerar pura a la partida. Pero el cambio de unas letras, la corrección de un evidente error ortográfico, u otro que tenga clara explicación, según las circunstancias, no puede hacer perder su valor a la partida.

Si no existen imperfecciones formales, es decir, si la partida está "en debida forma", entonces la destrucción de la presunción legal de autenticidad será muy difícil y requerirá de prueba plena. Frente a la plena prueba que hacen estos documentos, solamente es admisible otra plena prueba más convincente aún. Por ejemplo, por medio de escrituras públicas de indudable valor podría demostrarse la presencia de un lugar distinto del que afirman las partidas, de una de las partes que se dicen haber intervenido; en esta forma se probaría la imposibilidad de que un individuo haya estado allí al conferirse la partida y que por lo mismo no es auténtica.

Pueden impugnarse igualmente las partidas demostrando su falsedad o también su nulidad.

Aunque la partida sea auténtica puede contener falsas declara-

ciones. Así, por ejemplo, una persona puede lograr que se inscriba un hijo como legítimo siendo así que no lo es. La prueba de la falsedad de la partida auténtica requiere también de prueba plena, ya que en principio hay que aceptar la veracidad de las partidas. Muchas veces requerirá la impugnación del mismo estado civil, y solamente con la sentencia judicial se puede desvirtuar la partida falsa.

Más fácil puede resultar la impugnación de la partida nula. Esta impugnación, de suyo no implica demostración de falsificación ni de falsedad. Los hechos que se describen en la partida pueden ser verdaderos, y sin embargo ser nula la partida misma.

La nulidad del acto jurídico que crea o modifica el estado civil lleva consigo también la nulidad de la partida en que consta dicho acto. Si por sentencia judicial se declara nulo el matrimonio de dos personas, o la legitimación o la adopción de un hijo, etc., las correspondientes partidas en las que consten tales actos deben ser igualmente anuladas.

La inscripción fuera de tiempo, en cambio, no produce nulidad por regla general. Respecto de los nacimientos el Art. 29 de la ley indica que si no se inscriben dentro de los quince días desde la fecha en que hubieren ocurrido, habrá lugar a una multa de veinte sucres para el negligente. Debemos entender que, por lo mismo, la violación de la Ley en cuanto al plazo para la inscripción, no produce nulidad, ya que da origen a este otro efecto, consistente, por cierto, en una sanción poco grave. Pero si se hubiere retardado la inscripción de un hijo hasta después del fallecimiento del presunto padre (marido de la madre), sería muy dudosamente válida tal inscripción, porque se habría privado al marido de la oportunidad de impugnarla mientras vivía, y su misma conducta pasiva al respecto revelaría el deseo de no reconocer al hijo como suyo; por tanto, tendría que resolverse el caso en juicio en contradictorio con las personas que una vez muerto el marido tienen acción para impugnar la legitimidad del hijo. El artículo 81 de la nueva ley, considera el trámite para este caso, y en general para aquellos en que se alegue nulidad de una partida.

Para obtener judicialmente la declaración de nulidad o falsedad de la partida, o su rectificación, el referido artículo 81 estabelce que se siga el trámite sumario, oyéndose al Jefe de la respectiva oficina y al Ministro Público, y haciéndose publicaciones por la prensa o por carteles. Si no hay oposición, el juez ordena lo conveniente, de acuerdo con las pruebas actuadas, pero si hay oposición se sigue el juicio por vía ordinaria hasta esclarecer la verdad.

Cuando simplemente se ha omitido algún requisito no esencial, o existe algún error que tampoco sea sustancial, se puede solicitar la enmienda correspondienete al Jefe correspondiente de Registro Civil, y él mismo "previo conocimiento de causa" hace la rectificación correspondiente (Art. 86). Este procedimiento administrativo, sumarísimo no puede usarse, desde luego, cuando entran en juego los elementos

esenciales para la validez de la partida. Solamente cabe, cuando los errores u omisiones son accidentales, y aparece claramente que se trata precisamente de errores u omisiones que no alteran lo sustancial. Si estos errores u omisiones se han producido solamente en uno de los ejemplares del Registro, con mayor razón, será suficiente la orden del jefe de Registro para que se complete la partida deficiente o se rectifique. Si extralimitándose de sus funciones el funcionario ordenara una rectificación que pudiera alterar el estado civil o afectar a los derechos de otras personas, naturalmente esa rectificación carecería de valor.

324.— Pruebas supletorias.

Tanto el Código Civil, como el Código de Procedimiento Civil reconocen como tres géneros de pruebas del estado civil, o tres grados de preferencia de dichas pruebas. En primer lugar figuran las correspondientes partidas, a falta de ellas "otros documentos auténticos o declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata" (Código Civil 348 y Código Procedimiento Civil 766), y en tercer lugar, a falta también de estas pruebas, la "posesión notoria de tal estado".

La nueva Ley de Registro Civil altera un tanto este sistema, porque el Art. 89 ordena la "reconstitución de la inscripción", cuando se ha extraviado o desaparecido. En estos casos, se da primacía al otro ejemplar del Registro, si solamente ha desaparecido el uno; en segundo término sirven de documentos válidos para el efecto "los documentos de identidad", y a falta de éstos "todo otro medio legal de prueba", entre los cuales se contaría también la posesión notoria. La alteración del sistema consiste, pues, en que a los documentos de identidad se les da una primacía sobre otros documentos.

No hay unanimidad en la doctrina de los autores nacionales y extranjeros sobre el rigor de la escala de pruebas, es decir, sobre el punto en que es lícito pasar a la siguiente forma de prueba de un estado civil.

Otro punto discutido es el de si es necesario probar previamente la pérdida o inexistencia de la partida, para poder recurrir a una de las pruebas supletorias. Considero que muchas veces será relativamente fácil la prueba de la pérdida de una partida, por ejemplo, cuando ha sucedido un caso fortuito como terremoto, incendio, etc., y en otras oportunidades no será necesaria la prueba, porque puede ser público y notorio el hecho de la destrucción de unos registros correspondientes al tiempo de los hechos o actos que se quieran probar; en cambio, si se trata simplemente de la falta de inscripción, por no haberse realizado, nos encontraríamos realmente en el caso de la prueba del hecho negativo, que no se puede exigir razonablemente que se pruebe.

A falta de partidas, en las circunstancias que quedan indicadas, se deben admitir como prueba "otros documentos auténticos", como dice el Art. 348 del Código Civil. Dichos otros documentos auténticos, como aclara la nueva Ley, pueden ser, el duplicado de la partida, la cédula de identidad, u otros documentos. Entre los otros documentos cabe mencionar en primer término, otras partidas, que sean congruentes y puedan esclarecer el estado de un individuo, como por ejemplo, si falta la de nacimiento, puede servir supletoriamente de prueba de la filiación, la partida de matrimonio. También son documentos auténticos las escrituras públicas, los nombramientos, certificados de autoridades competentes, etc. y si contienen datos relativos al estado civil pueden servir de prueba supletoria, aunque no tengan por sí solos tales documentos la misma fuerza que la partida originaria.

En cuanto a estos otros documentos, naturalmente, su fuerza probatoria puede ser muy diversa, según los casos, aunque su autenticidad sea indiscutible. Así, por ejemplo, la simple referencia al estado civil de una persona, incidentalmente hecha en una escritura pública, carecería de verdadero valor en cuanto prueba, y sería a lo más un indicio.

En las escrituras públicas necesariamente debe hacerse constar el estado civil de las partes que intervienen, y si son menores de edad, mujeres casadas, o personas que estén representadas por otras, el notario debe exigir la manifestación de los comprobantes legales de la capacidad (Arts. 173 y 176 nº 4 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, a la mujer casada que afirmare hallarse excluída de bienes "no se le exigirá la intervención del marido, ni la presentación de documento habilitante alguno" (Art. 197 del Código Civil). En este caso, pues, la simple afirmación de la mujer vale como prueba de su capacidad, y en cierto modo, de este estado peculiar de "excluída de bienes", lo cual resulta absolutamente excepcional, dentro de nuestro sistema. Naturalmente que si la mujer afirma falsamente estar excluída de bienes, el engaño al que induce no puede beneficiarle a ella, porque nadie puede sacar provecho del propio dolo.

La prueba por medio de otros documentos que no sean las respectivas partidas, tiene ciertos límites. Por ejemplo en el caso de la legitimación, si fué ipso iure, o si consta el reconocimiento por escritura pública, y solamente se ha perdido el acta del matrimonio de los padres, se podría probar este matrimonio por los medios supletorios y completar así la prueba de la legitimación. Pero si lo que no existe es la escritura del reconocimiento o de legitimación, entonces no se puede sustituir la prueba principal, que no sólo es prueba sino acto constitutivo. Habría, entonces que demostrar que realmente se hizo la escritura, probar su contenido, y la razón de su pérdida.

Documentos válidos para probar el estado civil constituído antes del 1º de enero de 1901, es decir, antes de la organización del Registro Civil, son las partidas eclesiásticas. El valor de estos documentos es igual al de las partidas de Registro Civil, para los hechos realizados en

aquella época. El Decreto Supremo 1467 publicado en el Registro Oficial 535 del 5 de julio de 1965 ordena que se inscriban en el Registro Civil los nacimientos anteriores al 1º de enero de 1901, pero esta exigencia se debe a la necesidad de formar los registros electorales, y en nada afecta a la validez de las partidas eclesiásticas —no sólo de bautismo—, anteriores a la indicada fecha.

En cambio, hay jurisprudencia en el sentido de que la partida bautismal, referente a un hecho ocurrido ya al tiempo en que existía el Registro Civil en el país, carece de fuerza probatoria, y sobre todo, no puede encerrar la declaración válida de un reconocimiento de hijo ilegítimo.

Cuando no es posible la prueba documental, ni siquiera supletoria, se recurre a la prueba por testigos, la cual, con mayor razón, requiere que se demuestre la razón por la cual no se dispone de la correspondiente partida. Los testigos a que se refiere el Código son "los que presenciaron los hechos constitutivos" del estado civil, es decir, los llamados testigos instrumentales. La primacía de la prueba documental sobre la simplemente testimonial está claramente expresada por la ley y confirmada por la jurisprudencia.

A falta de la prueba principal del estado civil y de las pruebas supletorias de que trata la sección 15 del Título II del Código de Procedimiento Civil, el Art. 760 de dicho Código ordena que "se justificará sumariamente, por medio de información de testigos que no es posible presentar tales pruebas, y que realmente se tiene el estado en que se funda el derecho".

En el Código adjetivo se establecen tres géneros de trámite muy distintos: 1) Información sumaria de testigos, cuando se carece de otra prueba para probar un estado civil (Art. 760); 2) simple incidente dentro del juicio ordinario, cuando se niega a alguien el estado civil en que está fundando su derecho; 3) si se discute el estado civil en un juicio ejecutivo o sumario, se suspenden éstos hasta que se resuelva sobre el estado, en juicio aparte (Art. 762).

La información sumaria de testigo a que se refiere el Art. 760, tiende a constituir una prueba, pero ni crea estado civil, ni desemboca en una declaración con validez erga omnes. Si se presenta esa información sumaria para obtener un efecto legal y surge oposición de algún interesado, debe resolverse el asunto en juicio contencioso, mediante trámite ordinario; esto se hace por cuerda separada si el asunto surgió en la tramitación de un juicio ejecutivo o sumario, o bien como incidente, dentro del juicio ordinario.

En los juicios sobre estado civil, como también en los que versen sobre edad, filiación, parentesco, o derechos de familia, pueden ser testigos los parientes compadres y padrinos, que por regla general no pueden ser testigos (cfr. Arts. 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil).

Un caso especial tenemos en la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, cuyo Art. 51 exige que "la viuda, las hijas y las hermanas

solteras, para percibir sus pensiones deberán presentar, cada año, la información sumaria o cualquiera otra prueba legal que acredite su respectivo estado civil"; de donde aparece que la principal prueba para estos efectos sería la información sumaria. Es explicable, porque en cierto modo se quiere pedir una prueba de hecho negativo: de no haber cambiado de estado civil, concretamente, de no haber contraído matrimonio. Pero no deja de ser curioso que se enumere como principal prueba a la que es supletoria de todas las demás, y que solamente tiene un valor precario, provisional y de menor fuerza probatoria.

325.— Prueba por la posesión notoria del estado civil.

Varias disposiciones precisas de nuestras leyes (por ej. Art. 138 del Código Civil) subordinan los efectos del estado civil al hecho de su inscripción en el Registro. También la doctrina y la jurisprudencia reafirman este principio, de modo que propiamente no hay una posesión legal del estado civil sino mediante la inscripción. Así, leemos en dos sentencias de la Corte Suprema que "la inscripción de un estado en el correspondiente Registro da la *posesión legal* del mismo y da derecho a ejercitar los derechos concernientes a él".

En los derechos extranjeros es también frecuente este rigor formal, según el cual no se adquiere la posesión legal de un estado sino mediante su inscripción. Tal sucede en el derecho francés que rechaza toda prueba que no sea la inscripción del matrimonio en el Registro de Estado Civil, y de modo concluyente no acepta la llamada posesión de estado, admitiéndose solamente por rara excepción.

Pero en nuestro sistema, junto con la posesión legal del estado existe también la *posesión notoria* del estado civil, como medio supletorio para probar precisamente la posesión legal. A falta de partidas y de otros documentos o de testigos instrumentales que declaren que les consta la constitución del estado civil cabe recurrir a esta última manera de probar: la notoria posesión.

Tanto el Código Civil, como el de Procedimiento Civil se refieren a esta prueba, y la colocan en último término, de modo que solamente se la puede utilizar, a falta de las otras, que son preferentes.

La posesión notoria de un estado civil, en general, consiste en el hecho de ser tenida una persona como titular de tal estado civil, por parte de quienes le conocen o le tratan, y esto durante un largo período continuo, que nuestra Ley señala que debe durar por lo menos diez años.

Si una persona aparece ante la sociedad con un determinado estado, obra como si lo tuviera realmente, y todas las personas que se relacionan con él le consideran como que tiene ese mismo estado, lo más probable es que no estén todos equivocados sino que la opinión general coincida con la verdad de las cosas. Naturalmente, el testimonio, la conducta, de las personas más íntimamente vinculadas con un sujeto, adquiere en estos casos particular valor.

Para que exista una posesión notoria de estado civil, desde luego, no se requiere que todos los ciudadanos conozcan y reconozcan dicho estado. Ni siquiera es preciso que todos los habitantes de un lugar se hallen en tal situación. Sobre todo en las ciudades más o menos grandes aquello sería imposible. La ley solamente pide que los "deudos y amigos", sean quienes tengan la convicción respecto del estado de una persona, y "el vecindario de su domicilio en general", es decir, aquellos que tienen alguna razón de conocerle.

Como se ve, la posesión notoria no es algo evidente por sí mismo, y requiere, por tanto, a su vez, de prueba. El Código (Art. 352) establece que ha de probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable". No basta, pues, un sólo testimonio, sino que deben ser varios. Además, unos y otros testigos pueden completar la prueba relativa a todo el tiempo, mínimo de diez años, de forma que unos testigos se refieran a una época y otros a un tiempo distinto, pero de modo que entre todos establezcan que durante diez años o más generalmente se consideró a una persona en posesión de un determinado estado civil.

Es muy importante tener en cuenta que la prueba de los testigos se refiere al *hecho* de la posesión notoria, de tal manera que solamente sirve para esclarecer, para comprobar una realidad existente. En otras palabras: la posesión notoria supone la existencia real de un estado civil que se posee y que consta a otras personas; pero de ninguna manera se llega a adquirir un estado que no se tiene por el transcurso del tiempo y una pretendida posesión. Los estados civiles son imprescriptibles y no se adquieren por el transcurso del tiempo. En rigor ni siquiera existe posesión de un estado civil si dicho estado no se ha constituído debidamente, y la posesión ilusoria, aparente, de un estado no constituído, no da lugar a ningún género de legalización de tal estado inexistente.

El Código de Procedimiento Civil en el Art. 762 dice que "el que está en posesión notoria de un estado civil, no necesita justificarlo para reclamar un derecho fundado en él". A diferencia del Código Civil, se refiere el Código adjetivo genéricamente a la posesión notoria de "un estado civil", es decir, de cualquiera de ellos. Sin embargo, de aquí no puede seguirse —como han pensado algunos— que quepa probar el estado civil de hijo ilegítimo mediante su posesión notoria, a falta de las pruebas instrumentales debidas. Efectivamente, puede un hijo ilegítimo estar en posesión de tal estado civil, *siempre que ese estado se haya constituído,* y solamente puede constituirse en la forma prescrita por la ley, esto es, mediante instrumento público; de modo que si este no ha existido, no cabe prueba de un estado que nunca se constituyó.

Cabría la prueba del estado civil de hijo ilegítimo mediante la demostración de la posesión notoria, si además, y primeramente, se demostrara que existió el reconocimiento hecho en legal forma, mediante instrumento público. Pero realmente si se logra producir la prueba re-

lativa al reconocimiento, ya no sería preciso agregar lo de la posesión notoria. Así, pues, no cabe hablar de posesión notoria del estado de hijo ilegítimo. Además de los argumentos señalados, tenemos la interpretación literal del Código Civil, que solamente hace referencia expresa a la posesión notoria del estado de casado, y del de hijo legítimo, mas no se define en qué pudiera consistir la llamada "posesión notoria del estado de hijo ilegítimo". La jurisprudencia de la Corte Suprema, es, sin embargo un tanto fluctuante al respecto, ya que en alguna sentencia se admitió la posesión notoria del estado de hijo ilegítimo, pero posteriormente en otras se ha negado esta posibilidad, aunque con algún voto salvado. La jurisprudencia argentina sí acepta esta prueba, en tanto que la chilena, con claro fundamento en la ley, la niega.

El Decreto Supremo 2000 habla de "prueba de la posesión notoria de un apellido" (octavo artículo de los innumerados comprendidos en el Art. 3), esta expresión es totalmente inusitada hasta hoy, y constituye una aplicación analógica de la doctrina y legislación de la posesión del estado civil al apellido de una persona. Trae como consecuencia que también la prueba sobre el apellido de un individuo se rige por las normas del Art. 760 del Código de Procedimiento Civil, como si fuera un estado civil.

Finalmente, cabe observar que dentro de la prueba de la posesión notoria, aunque el Código se refiere exclusivamente a testigos, nada impide que pueda corroborarse el testimonio de las personas con documentos públicos o privados. Tampoco nada impide que se objete y rechace la prueba, mediante pruebas documentales que destruyan el valor del testimonio.

326.— Prueba de la Edad.

La edad da lugar a varias clasificaciones de las personas, y sobre todo, fundamenta la distinción entre los mayores y menores de edad, con su correspondiente estado civil de capaces o incapaces. Otros derechos están igualmente subordinados a las edades de las personas, así por ejemplo, el de recurrir al juez para la calificación del disentimiento de los padres para el matrimonio.

La edad se prueba principalmente mediante la partida de nacimiento. Conforme a la nueva Ley de Registro Civil, igual valor tendría también la cédula de identidad para esta prueba.

A falta de la prueba principal, cabe la prueba por medio de otros documentos o de testigos que certifiquen la época de su nacimiento. Nótese, que, en este caso la ley (Art. 353), no da necesariamente preferencia a los "otros documentos", sino que los equipara a las declaraciones testimoniales. Se debe esto, sin duda, a que resulta más fácil comprobar la veracidad o falsedad de los testigos.

Si tampoco es posible ninguna de las anteriores pruebas, se le atribuirá al individuo una edad media entre la máxima y la mínima que se considere compatible con su desarrollo y aspecto físico. El juez, pa-

ra establecer la edad, oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas.

En casos especiales puede prescindirse del peritaje de médicos u otras personas entendidas. El Art. 786 del Código de Procedimiento Civil permite probar la edad simplemente por medio de información de dos testigos, para que un menor que desea casarse pueda demandar pidiendo que se declare infundada la oposición de quienes deben darle el asentimiento o licencia.

El Código de Menores establece en el Art. 2, una presunción provisional de minoría de edad, con el fin de proteger a aquellas personas que probablemente son menores, pero cuya edad no se ha logrado establecer todavía.

La ocultación de la verdadera edad puede ser un procedimiento doloso que acarrea consigo, en lo civil, todas las consecuencias del dolo, y principalmente, la de que, quien ha engañado no puede beneficiarse de su propio engaño, alegando nulidad de los actos realizados. El Código Penal de la Policía Civil Nacional dispone en el Art. 203 que: "Los que ante los superiores, juzgados o tribunales de la Policía Civil Nacional, o en el acto de ser filiados, ocultaren su nombre, o engañaren respecto de su edad, domicilio o estado civil, serán reprimidos con seis meses a tres años de prisión". Más severamente —hasta con reclusión de seis años—, se castigan en el mismo Código "los delitos que se dirigen a destruir o impedir la prueba del Estado Civil de un niño", tales como la "sustitución de un niño por otro" (Art. 281) o la "suposición de un parto", o "usurpación del estado civil de una persona (Art. 281), el ocultar maliciosamente a un niño" (283), etc.

327.— Prueba de la identidad de las personas.

Jurídicamente, se entiende por identidad la coincidencia entre quien se pretende titular de un derecho u obligación y quien efectivamente debe serlo. También cabe una consideración dinámica de la identidad: el ser una misma persona a través del tiempo, y presentarse como esa misma persona.

Existen muy numerosos signos de la identidad de las personas, y un número indeterminado de pruebas posibles. Principalmente se identifica a las personas por su nombre, su apariencia física, su estado civil, el cargo, oficio o posición social, su domicilio concretísimo (el ocupante de un cuarto de hotel, por ejemplo) .

Pero todos aquellos signos y pruebas de la identidad personal, aisladamente considerados, resultan insuficientes. Así, por ejemplo, sólo el nombre de la persona, se presta a equívocos y suplantaciones: varias personas pueden tener el mismo nombre, y una misma puede cambiar el suyo, aunque ilegalmente. No es fácil retener el aspecto físico de cualquier persona, y se puede fácilmente tomar a una por otra que se le parece; si se recurre a la fotografía, tampoco hay seguridad absoluta de reconocer a un individuo, y, sobre todo, con el transcurso

del tiempo cambia. Otros datos que tienen un carácter más fijo o absolutamente fijo, como la filiación y los parentescos, no son bien conocidos sino por un grupo más bien pequeño de personas. Los datos más técnicos y precisos, como los de las huellas de los pies y de las manos que son distintos en cada hombre y se mantienen con sus características generales durante toda la vida, resultan difíciles de comprobar en la vida práctica.

Por lo dicho, la identificación de las personas se suele efectuar en la vida corriente por un conjunto de elementos que se aprecian de manera muy diferente según las circunstancias. Muchas veces, un individuo se identifica, se presenta ante otros para un acto jurídico, declarando su nombre, su estado civil, su ocupación, domicilio, etc. Otras veces, se recurre a referencias de otras personas, pero, sobre todo, disponemos desde hace bastante tiempo del documento llamado cédula de identidad, en el que se recogen, junto con la fotografía y las huellas dactilares, los datos relativos al aspecto físico de la persona, a su edad (fecha de nacimiento), profesión u oficio, estado civil, filiación o descendencia de sus respectivos padre y madre.

La cédula de identidad se confiere a base de la declaración del mismo interesado y de su partida de nacimiento, que demuestra la filiación. Pero rigurosamente sólo probaría la identidad dinámica de la persona a partir de la expedición de la cédula, es decir, a partir de su declaración por la cual dice tener un determinado nombre y afirma que es él a quien se refiere la partida de nacimiento que presenta. Esto tiene el grave inconveniente de que una persona puede presentar una partida de nacimiento de otra persona y obtener la cédula con nombre falso. Es verdad que tal engaño está configurado como delito y severamente castigado, pero no se puede impedir en absoluto que se produzca tal caso. Por esto, la nueva Ley de Registro Civil establece la obligación de obtener la cédula de identidad desde la inscripción del nacimiento de una persona; en adelante, pues, se tomarán las huellas digitales y plantares de las criaturas recién nacidas y se atribuirán al sujeto que las tiene, el nombre que se le impone, y los datos relativos a sus padres, así, con el transcurso del tiempo se podrá en todo caso comprobar que se trata de la misma persona. Sobre todo en los primeros años de vida, el aspecto físico varía extraordinariamente, y las huellas digitales son la base física mejor hallada para la prueba de la identidad. En cuanto a lo que podríamos llamar la "identidad moral" o "identidad civil", se determina principalmente por la filiación y estado civil. De modo que uniéndose ambos géneros de signos y pruebas de la identidad, tendremos la mejor determinación de la verdadera personalidad de un sujeto. Todo esto, desde luego, supone una correcta marcha y funcionamiento de las oficinas de Registro Civil e identificación, que actualmente constituyen un sólo organismo.

Mucho se ha discutido sobre si debe probar la identidad personal quien presenta una partida de estado civil, o si, por el contrario, se debe presumir tal identidad, y quienes no esten conformes sean los

que deban probar la no-identidad. Ahora se da en la nueva Ley, un valor absoluto a la cédula de identidad como prueba de la identidad, que solamente podría destruirse demostrando la falsificación, o alteración de la cédula, o, claro está, que la cédula no coincide con la persona que presume ser su titular, lo cual será fácil de constatar por la fotografía, descripción somática y huellas dactilares.

De todos modos, parece que aún tiene vigencia entre nosotros la doctrina según la cual hay que distinguir el caso de una persona que invoca una partida de estado civil estando en posesión de dicho estado, y el caso de la persona que no se halla en posesión de tal estado y precisamente, lo reclama para sí. En el primer supuesto, serán quienes impugnen que la partida no corresponde a quien la exhibe, los que deban probar su impugnación; mientras tanto que quien se presenta a reclamar un estado en posesión del cual no se halla, debe probar que le corresponde tal estado mediante la respectiva partida y la prueba de su identidad.

Siendo el nombre el elemento de identificación más corriente, su fijeza y uso regular debía estar regulado por la ley. La primera disposición sobre el nombre de las personas naturales se dictó por el Decreto Legislativo del Congreso Nacional de 1958, respecto del nombre de los hijos adoptivos, habiendo sido autor del proyecto el que escribe este libro. En esta época presenté también un proyecto de Ley que regularía en general todos los casos de nombres y apellidos de las personas, pero no alcanzó a discutirse íntegramente, y sólo años más tarde, ha sido recogido, en parte, por el Decreto Supremo Nº 2000, publicado en el Registro Oficial 576 de 1º de setiembre de 1965. Desafortunadamente se han hecho algunos cambios que no parecen del todo acertados se han omitido otras disposiciones que parecían importantes, y se han agregado otras de índole más bien incidental. De todos modos, significa esta primera legislación sobre el nombre de las personas naturales, un notable adelanto, y contribuirá a hacer más precisa y segura la identificación de las personas. Estas disposiciones se han decretado como "reforma" a la Ley de Registro Civil, en la cual se incluyeron desde su codificación. A continuación se indican sus principales reglas.

"Los nombres y apellidos constantes en la partida de nacimiento de una persona son los que le corresponden, y los mismos que ha de usar en todos los actos públicos y privados de su vida". "El uso indebido y doloso de nombres o apellidos, será reprimido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que diere lugar, o de que se aplique la sanción respectiva si el hecho constituye un delito de mayor gravedad". (Arts. 1 y 18 del Nº 3). Se echa de menos aquí, las disposiciones que figuraban en el proyecto, sobre uso lícito de seudónimos, nombres artísticos y familiares, además de las normas para la "traducción" o adaptación de los nombres extranjeros, de los indígenas y de aquellos que

pertenecen a lenguas sin alfabeto o con alfabetos muy distintos del nuestro.

"La omisión de uno o más de varios nombres o apellidos no invalidará los efectos jurídicos del acto o del instrumento, siempre que se identifique la persona, por lo menos, con el nombre y apellido que normalmente usa". Esta regla resultaba muy práctica en nuestro medio, en el que es frecuente imponer tres o más nombres, para luego usar solamente uno de ellos, pero se suprimió en la codificación.

"Los nombres de una persona serán los que se le hayan impuesto en la inscripción y sus apellidos, los mismos de sus padres, debiendo preceder el paterno al materno, si es que se trata de hijo legítimo o de un ilegítimo reconocido por ambos padres". "Los nombres y apellidos del hijo de padres no conocidos serán los que se le escogieren libremente". En el proyecto se prohibía imponer apellidos conocidos en el cantón en que se verificare la inscripción, para evitar así arbitrarias atribuciones de apellidos que pueden dar lugar a situaciones inconvenientes.

"Los hijos reconocidos por un sólo de sus padres llevarán los apellidos paterno y materno del padre o la madre que los hubiere reconocido. Si el que le reconociere no tuviere más que un sólo apellido, se anotará dos veces dicho apellido". "Si con posterioridad, lo reconociere el padre o la madre que no lo hubiere hecho al momento de la inscripción, se rectificará de oficio la respectiva partida anotando los dos apellidos que, en razón del reconocimiento le corresponden al inscrito" es decir, primero el apellido del padre y luego el de la madre.

Luego se dispone sobre los apellidos de los adoptivos, en la forma que ya se explicó en el Capítulo de la adopción. En síntesis, el adoptivo lleva los apellidos de los adoptantes y cuando termina la adopción puede recuperar sus apellidos propios, pero puede perder el derecho de continuar usando los apellidos de los adoptantes si la adopción se revoca por culpa del hijo adoptivo.

"Los nombres de una persona podrán ser cambiados por una sola vez, voluntariamente y sin necesidad de antecedente legal, previa solicitud al Jefe de Registro Civil correspondiente, quien ordenará sentar una marginación en el acta de nacimiento respectiva en la que se exprese que el antiguo nombre y el nuevo corresponden a una misma persona. En igual forma se procederá para alterar el orden de los nombres con los que consta inscrita una persona, o para agregar un nombre que se hubiere usado juntamente con los constantes en la partida de nacimiento". A mi modo de ver este artículo, que no figuraba en el proyecto, abre la posibilidad de todo género de arbitrariedades y confusiones, y no se justifica ni por una auténtica necesidad, ni por una costumbre arraigada, ni de ninguna otra manera.

Más adelante se establece la manera de rectificar los errores introducidos en el nombre de una persona, en las partidas de registro civil, que también se dice que podrá hacerse "por una sola vez", y esto, mediante la comprobación "de la posesión notoria e ininterrumpida de tales apellidos, por el espacio de diez años consecutivos". La rectifi-

cación debería realizarse cuantas veces fuere preciso (en las distintas inscripciones de estados civiles, matrimonio, divorcio, etc.), y la prueba debería ser primeramente documental o, testimonial, y sólo en último término, mediante esta llamada "posesión notoria del apellido".

Hay otra serie de disposiciones demasiado menudas, nimias y propias más bien de un reglamento o de una simple instrucción para los funcionarios del Registro Civil sobre el modo de anotar los nombres, así como sobre el uso de diminutivos.

Se regula el apellido que debe usar la mujer viuda y la divorciada. La viuda puede seguir usando el apellido del cónyuge difunto, pero no la divorciada. El proyecto regulaba más detalladamente estos casos distinguiendo el divorcio por mutuo consentimiento, en el que los cónyuges estén también de acuerdo en cuanto al uso del apellido del marido, y el divorcio por causales de las cuales sea o no culpable la mujer; era un sistema algo más complicado, pero tal vez también más justo. Ha omitido la Ley regular el apellido de la mujer con separación conyugal judicialmente autorizada, lo cual es una laguna notable.

328.— Reglas de Derecho Internacional Privado sobre registro civil.

Según el Código Sánchez de Bustamante, y la doctrina universalmente admitida, las disposiciones sobre Registro Civil, tienen carácter territorial (Art. 103), pero también se admiten las inscripciones realizadas ante agentes consulares y diplomáticos de la propia nacionalidad del interesado.

Las inscripciones realizadas en el extranjero, ante las autoridades locales, deben comunicarse por vía diplomática al país al que pertenece el inscrito (Art. 104).

En esta forma, se puede escoger entre la lex loci o la ley nacional para las inscripciones de estado civil, siendo el mismo el efecto de una u otra. Ya hemos citado jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el sentido de que, de todos modos, para que los estados civiles constituídos en el extranjero, puedan surtir efectos en el Ecuador, se requiere la inscripción, y si se trata de ecuatorianos, esta inscripción debe constar en nuestro Registro Civil.

La Ley de Tránstito Aéreo dispone que los nacimientos y muertes y ocurridos a bordo de aeronaves ecuatorianas se consideran producidos en el Ecuador (Art. 9), y por tanto deben inscribirse en nuestros registros.

La nueva Ley de Registro Civil establece la obligación de inscribir ante el "agente diplomático o consular respectivo" los nacimientos y muertes ocurridos a bordo de aeronaves o naves marítimas, en general, fuera del territorio nacional. Se aparta un tanto esta disposición de los principios generalmente admitidos por el Derecho Internacional. Efectivamente, se suele distinguir el caso de hechos y actos ocurridos a bordo de naves marítimas o aéreas, según sean o no oficiales, y teniendo en cuenta si esos hechos y actos se han producido en alta mar

o en aguas territoriales, o sobrevolando territorio extranjero o fuera de él. La doctrina acepta la extraterritorialidad más absoluta en el caso de las naves oficiales. Pero si se trata de buques o aeronaves no oficiales, la extraterritorialidad opera solamente en alta mar o en la atmósfera correspondiente, en tanto que en aguas territoriales o sobre territorio de otros países, los hechos y actos ocurridos a bordo de naves particulares se consideran efectivamente producidos en el territorio sobrevolado o al cual pertenecen las aguas territoriales. Sin embargo, la extención que hace nuestra Ley a todos los actos, indistintamente, puede tener resultados prácticos muy convenientes, porque la determinación del lugar geográfico en el que se produzcan hechos o actos como la muerte o el nacimiento, pueden ser de muy difícil constatación.

Varias otras disposiciones de la Ley de Registro Civil establecen la obligación de registrar en nuestras oficinas de Registro Civil los distintos actos o hechos constitutivos de un estado, sea que ocurran en el territorio nacional a cualquier clase de personas: nacionales o extranjeros, y también los que se refieren a ecuatorianos, aunque se produzcan en el exterior del país. Así lo establece el Art. 19 para los nacimientos, para los matrimonios, el Art. 20, las defunciones en el Art. 21, los reconocimientos y legitimaciones (Art. 34).

CAPITULO XXV

LOS ALIMENTOS LEGALES

329.— Definición. Antecedentes históricos.

En el Diccionario de Legislación de Escriche, se encuentra una definición tomada de las Partidas: "Las asistencias que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud: Ley 2, título 19, Partida 4 y Ley 5, título 33, Partida 7".

Muchas definiciones de autores modernos coinciden en lo sustancial con lo que queda expresado.

Los alimentos son la expresión jurídica de un deber moral: la obligación de ayudar al prójimo, que es más acuciante cuando se trata de personas íntimamente vinculadas por los lazos del parentesco, o a quienes se debe una especial gratitud. El Derecho generalmente concreta en términos positivos los deberes que en forma más abstracta impone la virtud de la justicia, pero en este caso más bien, consagra una obligación de caridad. Por esto, no nos puede sorprender el hecho de que los alimentos legales hayan tenido un gran desarrollo gracias al influjo del cristianismo: la religión de la caridad.

En el Derecho Civil ecuatoriano, desde la promulgación del Código, no se han producido cambios de mucha importancia en la materia. Quizá el más notable, consiste en la supresión de la asignación

forzosa de alimentos, lo cual se produjo con la reforma de 1956, de tal forma que desde entonces en el Ecuador solamente el sujeto directamente obligado, y no sus herederos, deben pagar alimentos. Por otra parte, la supresión de la muerte civil, decretada en 1936, ha hecho que indirectamente desaparezca uno de los posibles titulares del derecho de alimentos.

En cuanto a la jurisprudencia, en términos generales, cabe decir que en nuestro país se muestra cada vez más amplia en cuanto a la concesión de los alimentos, y que ha graduado su cuantía prudentemente de acuerdo con los cambios de condiciones de vida.

Además, en nuestro país, el Derecho de alimentos ha tomado un gran desarrollo, por otra vía, independiente del Código Civil. Me refiero al nuevo sistema introducido por el Código de Menores, que permite asignar el derecho de alimentos, sin seguir los moldes propios del Derecho Civil, sino de conformidad con criterios especiales y aceptando pruebas distintas de las usuales en nuestra rama del Derecho.

330.— Condiciones y requisitos para que haya lugar a la obligación de dar alimentos.

La obligación de dar alimentos legales existe, como es lógico, solamente entre las personas señaladas expresamente por la Ley. La obligación natural, el deber de caridad puede extenderse más allá, a otras personas, pero no está respaldada por una acción judicial.

Pero, en todo caso, los que deben prestar alimentos no solamente se han de encontrar dentro de la enumeración legal, sino que es preciso que sean económicamente competentes o capaces de cumplir con dicho deber, de otro modo, quedan excusados de él, y la obligación, eventualmente, recae sobre otras personas.

Por otra parte, quien tiene derecho a ser alimentado, solamente puede hacer uso de su facultad si realmente se encuentra en circunstancias que hacen necesaria la ayuda ajena, y en la medida en que dicha ayuda es requerida. El que puede bastarse por sí mismo, no tiene derecho a ser alimentado por otro; y quien requiere una pensión alimenticia solamente debe recibirla en aquella medida en que complete sus propios recursos y satisfaga las correspondientes necesidades.

Este carácter relativo del derecho de alimentos, tanto respecto del sujeto activo como del pasivo, origina importantes modalidades del derecho de alimentos, que serán estudiadas más adelante.

La primera condición para que se deban alimentos, es pues, la de que puedan realmente darse. Quien está en la pobreza, o no tiene ni lo suficiente para cubrir sus propias necesidades, no puede ser constreñido a satisfacer las ajenas. Pero esta capacidad del alimentante presenta ciertas dificultades de interpretación.

Cabe preguntarse si para apreciar la potencialidad económica del obligado se ha de considerar solamente sus rentas, sus ingresos periódicos, o si es preciso tomar en cuenta también el capital. Algunos,

como Fueyo, contestan que solamente se calcularán las rentas del deudor de alimentos, y sólo por excepción el capital ,no siendo posible obligarle a sacrificar el capital sino en medida muy prudente y siempre que se trate de alimentarios de gran proximidad, como son el cónyuge y los hijos. Nuestra jurisprudencia toma generalmente en consideración el capital y no sólo las rentas del obligado a dar alimentos, porque, con razón, se supone que quien dispone de un capital debe hacerlo producir, y si culpablemente lo tiene inactivo no puede escudarse en su propia culpa para dejar de cumplir su obligación. El sentido social que predomina en el derecho contemporáneo no puede tolerar que la irresponsabilidad de unos deje en la miseria a otros, y el que tuviere bienes suficientes para sostener a quien debe alimentos, pero no los hiciere producir, bien podría ser constreñido a enajenar dichos bienes improductivos para cumplir su obligación. Naturalmente, esta exigencia tiene mayores o menores grados, según las personas de quien se trate y su auténtica necesidad.

Respecto de la condición de indigencia del alimentario, hay que considerar el conjunto de circunstancias de su persona y vida: el sexo, la edad, las cargas de familia, el costo de la vida, la posibilidad real y actual de proporcionarse por sí mismo medios de subsistencia, etc.

De todas formas, no hay que perder de vista que el derecho de alimentos, tal como lo configura nuestro derecho es rigurosamente personal. Cuestión distinta es la de que varias personas de un mismo hogar tengan derecho de ser alimentadas por un mismo obligado, o que determinados bienes puedan destinarse a satisfacer las necesidades de más de una persona, como sucede con los derechos eventuales del que está por nacer, que se deben emplear en el mantenimiento de la madre e indirectamente, del que todavía no es persona para el derecho positivo.

La necesidad del alimentario debe ser actual, y no simplemente posible o prevista. Así, el que teme perder la salud, o el empleo del cual vive, no puede demandar alimentos. Además, el alimentario debe hallarse en circunstancias que hagan imposible, o por lo menos muy difícil, bastarse por sí mismo. Esta dificultad también es relativa, y naturalmente ha de ser mayor para que nazca la obligación de alimentar a una persona menos estrechamente vinculada con el alimentante. Si se trata del cónyuge o de los hijos, la obligación es casi incondicionada, porque su simple condición de tales les da derecho, y solamente se excluye la obligación, cuando sería verdadero abuso del derecho el pedir alimentos porque se puede fácilmente disponer de los medios de vida necesarios. En cambio, si quien demanda alimentos es otra persona, lógicamente se debe exigir un grado mucho mayor de dificultad para justificar su carencia de medios.

La indigencia actual del alimentario resulta discutible, si carece de rentas pero posee bienes improductivos que, vendidos le darían con qué vivir. Planiol y Ripert, siguiendo algunas resoluciones de tribunales franceses opinan que no puede obligarse a una persona a que se desprenda de sus bienes antes de reclamar alimentos. Pero esta so-

lución no puede aceptarse con sentido absoluto, sino considerando cuidadosamente las circunstancias; por ejemplo, muy diferente es la situación de quien por negligencia o pereza no hace producir sus capitales, y la de quien por su avanzada edad o por enfermedad no logra hacerlos rendir, pero en cierto modo necesita conservar esos bienes para mantener su posición social o por el plausible deseo de dejar una herencia a sus hijos. En el primer caso resultaría injusto conceder alimentos; en el segundo, si por ejemplo, son los propios hijos quienes deben alimentos, nada más lógico que deban proveerlos a quien se sacrifica actualmente por ellos. En una palabra, no cabe sino insistir en el concepto relativo de esta materia, que no admite soluciones demasiado tajantes y unilaterales.

En general, las razones o motivos que han ocasionado la pobreza del alimentario no influyen para que tenga o no derecho a reclamar la pensión alimenticia. Solamente la conducta actual, puede influir en casos concretos para que se gradúe el monto de los alimentos. Así, el hijo legítimo ausente de la casa paterna, tiene en principio, derecho a alimentos cóngruos, pero si observa conducta inmoral, se reducen éstos a los simplemente necesarios. También en el caso del cónyuge, cabe la consideración de su conducta actual, mas no de la pasada.

Nuestra jurisprudencia ha planteado en varias sentencias el problema de la conducta del alimentario, con particular consideración del caso del cónyuge que está ausente del hogar. Una sentencia de la Corte Suprema, ya bastante antigua, afirma que la mujer ha de recibir en casa del marido los alimentos mientras subsista el derecho que tiene para obligarla a vivir con él; derecho que se extingue, cuando, de ejercerlo, estaría la mujer en peligro inminente de perder la vida. Mas si la mujer se separa arbitrariamente del marido, pierde la acción para pedir alimentos.

Sentencias más modernas, de la Corte Suprema, han recalcado la obligación qne tiene la mujer de seguir al marido y la dependencia del derecho de alimentos con relación al cumplimiento de este deber, pero al mismo tiempo, han puesto de relieve, cómo la actitud culpable del un cónyuge, que da origen a su separación, no libera de la obligación de favorecer al cónyuge inculpablemente separado.

Se puede concluir que la dirección de nuestra jurisprudencia, en los últimos años, consiste en considerar con hondo sentido humano los problemas de alimentos, dando incluso una interpretación algo extensiva a los rigurosos términos del Código Civil, para atender más a la equidad que a la letra exacta de la ley.

331.— Características del derecho de alimentos.

Las principales características del derecho de alimentos señaladas por nuestro derecho son los siguientes: a) constituyen un derecho especial (Art. 361); b) no son comerciales (Art. 373); c) no admiten compensación (Art. 374); d) se diferencia de las pensiones ali-

menticias atrasadas (Art. 375); e) tienen carácter permanente (Art. 371); f) su monto es relativo y variable (Art. 363, 368 y 369). Trataremos a continuación de las características marcadas con las letras a), b), c) y d), dejando para los números siguientes las otras. En cambio consideraremos aquí también otras características que se desprenden de las anteriores o que están expresamente reconocidas por diversas leyes: g) los alimentos son inembargables; h) se pueden cobrar mediante apremio personal; i) la obligación alimenticia es divisible.

a) Carácter especial del derecho de alimentos. La peculiaridad de estas reglas jurídicas que, como ya dije concretan un deber que va más allá de la justicia y llega hasta la caridad, origina esta característica por la cual las normas sobre alimentos son especiales y por lo mismo prevalecen sobre otras disposiciones de índole más genérica. En el Título XVIII se dan las reglas más generales sobre alimentos, pero en otros lugares del Código se contienen normas especialísimas sobre la misma materia, que prevalecen sobre estas; así lo declara expresamente el Art. 361, confirmando las disposiciones de los artículos 4 y 12 del mismo Código Civil. También el Art. 376 pone a salvo las especialísimas reglas que rigen los alimentos voluntarios, a los cuales no pueden aplicarse las normas de los alimentos legales sino a falta de esas mismas disposiciones propias de tal materia.

La preeminencia de las normas especiales sobre las generales, consagrada en los Arts. 4 y 12 del Código Civil, tiene aplicación en el Art. 360, que indica que "no se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue". Pero esta expresión de la Ley, nos hace concluir también que no sería suficiente una oposición tácita de alguna norma de derecho para negar los alimentos a las personas enumeradas en el Art. 360. En otras palabras: hay que interpretar rigurosamente cualquier excepción: el pensamiento del legislador es que no se restrinja el derecho de alimentos sino cuando expresamente lo haya ordenado así.

Probablemente este carácter especial del derecho de alimentos condujo al legislador a introducir la regla 5ª del Art. 7, relativa a la no retrocatividad de la ley, siendo así, que ya estaba implícitamente contenida en reglas anteriores. La regla 5ª del Art. 7 confiere al hijo ilegítimo un derecho adquirido a los alimentos, que no se destruiría por una nueva ley, aunque el goce y la extinción del derecho se sometería a la nueva ley. Este principio debe hacerse extensivo a toda persona —no solamente al hijo ilegítimo—, que haya obtenido legalmente un derecho de alimentos bajo la vigencia de una ley que luego es derogada o reformada.

b) El derecho de alimentos está fuera del comercio. Para algunos autores, como Arias, los alimentos son de orden público, y esta sería la razón radical para considerarlos fuera del comercio. En todo caso, nuestro Código dice expresamente en el Art. 373 que "el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno ni renunciarse"; todo esto confi-

gura la característica de "estar fuera del comercio". De aquí deriva la prohibición relativa de hacer transacción, la de comprometer en árbitros, y el carácter imprescriptible de los alimentos.

La renuncia que prohibe el Art. 373, podría tomar alguna forma especial, como por ejemplo el allanamiento a la demanda del acreedor que sostiene que debe terminar el derecho de alimentos; dicho allanamiento no sería, pues, aceptable, por implicar renuncia. Tenemos una sentencia de la Corte Suprema en la que no se aceptó el allanamiento del deudor de alimentos demandado para que los proveyera, con mayor razón no podría admitirse el caso contrario: el allanamiento del acreedor, para que desaparezca su derecho.

Otra forma de renuncia, esta sí expresamente rechazada por una sentencia de la Corte Suprema, consistiría en fijar un límite de tiempo para la duración del servicio alimenticio.

El Art. 2.468 del Código Civil dispone que la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarlas, si en ellas se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 373 y 374. Es decir que no cabe transacción si implica renuncia, cesión o compensación del derecho. La intervención del juez se dirige a evitar transacciones de ese estilo, y solamente puede aprobar el juez la transacción en la que el alimentario no haya perdido o disminuído su derecho.

Pueden las partes llegar a un acuerdo sobre el monto y la forma en que se darán los alimentos y hacer una transacción sobre tales puntos, la misma que, aprobada por el juez tendría pleno valor.

Si el derecho de alimentos no puede ser objeto de transacción, tampoco puede comprometerse en árbitros, ni sujetarse al fallo o laudo de árbitros. El artículo 125 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, indica que pueden decidirse por árbitros solamente las controversias sobre bienes o derechos transmisibles por acto entre vivos, o renunciables. Como los alimentos forzosos no pueden cederse ni renunciarse, no pueden tampoco ser objeto de arbitraje.

Finalmente, porque los alimentos no están en el comercio tampoco prescriben. Desde luego, nos referimos al derecho mismo de alimentos, que se pide siempre para el futuro: este es el derecho imprescriptible. Por lo que respecta a las cuotas vencidas, se admite ampliamente su prescripción.

c) Los alimentos no admiten compensación. Después de haber señalado el Art. 373 que los alimentos no pueden transferirse ni por actos entre vivos ni por herencia, el siguiente artículo expresamente prohibe la compensación, que por regla general puede extinguir obligaciones. "El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él" dice el Art. 374. Esta prohibición deriva también del carácter incomerciable de los alimentos.

Desde luego no podría compensarse el derecho de alimentos en general, entre otras razones porque no constituye una obligación ni

líquida, ni pura, ni de plazo vencido, sino precisamente lo contrario: debe determinarse su monto, está condicionada a la permanencia de las circunstancias económicas de ambas partes, y se demanda para el futuro.

Luego, el Art. 374 se refiere en general a "lo que se deba", es decir que la compensación no cabe ni aún respecto de las cuotas concretas de alimentos, ya fijadas. De todos modos, la compensación sí sería admisible, respecto de las cuotas atrasadas, ya devengadas y no pagadas, y así lo dice expresamente el Art. 375.

d) El derecho de alimentos se diferencia de las pensiones alimenticias atrasadas. Queda absolutamente clara la distinción en el texto del Art. 375: "No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor".

El derecho de alimentos, es decir la facultad misma de exigir para el futuro la ayuda necesaria para mantener la vida, está resguardado por el derecho mediante especialísimas condiciones que acabamos de estudiar, y esto, porque siendo algo necesario para la vida, exige aquella específica protección, para impedir que por un acto de imprevisión o de debilidad pueda alguien quedar despojado de lo que le es esencial. En cambio las pensiones ya vencidas no son indispensables, y si precisamente no se han cobrado, demuestran que el individuo que las debía recibir bien puede subsistir sin ellas, sobre todo si pasa mucho tiempo y se acumulan muchas pensiones sin cobrar.

Del carácter permanente (e), y del monto variable (f), se tratará aparte, en los puntos siguientes.

g) Los alimentos son inembargables. No se declara expresamente en las leyes el carácter inembargable de los alimentos, pero éste resulta indudable por varias razones: 1º porque el Art. 373 del Código Civil excluye absolutamente la posibilidad de cederse este derecho "de modo alguno"; 2º porque el carácter mismo del derecho de alimentos, derecho personalísimo y destinado a satisfacer necesidades imperiosas de la vida hace imposible el embargo; 3º porque numerosas leyes declaran inembargables los sueldos, salarios y otras retribuciones que sirven para el mantenimiento de la vida, en forma parecida a la función propia de los alimentos. Si de hecho se embargaran los alimentos, ello no conduciría a nada, puesto que no pudieran rematarse, ni podría percibir las pensiones ninguna persona distinta de su titular.

h) Se pueden cobrar los alimentos mediante apremio personal y mediante embargo. Para cobrar los alimentos la ley confiere derecho de recurrir al apremio personal (Art. 999 del Código de Procedimiento Civil), es decir, hacer tomar preso al deudor con el fin de que pague. Esta es una importante excepción al principio de que no hay prisión por deudas, principio que se halla expresamente declarado en

la Constitución de la República (Art. 28 nº 18), pero haciendo expresa salvedad del caso de las deudas alimenticias forzosas.

Desde luego, además del apremio personal, se puede recurrir al apremio real, solicitando el embargo y remate de bienes del deudor (Art. 1000 del Código de Procedimiento Civil). Además, la ley permite que se embarguen para hacer efectivos los alimentos, bienes que son de suyo inembargables. El Código del Trabajo en el Art. 85 declara inembargable la remuneración del trabajador, salvo para el caso de pensiones alimenticias. El Art. 64 de la Constitución establece igual cosa. La Ley Orgánica de Hacienda declara inembargables los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, incluídos los de aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública (Art. 148), pero salvando también el caso de los alimentos. El producto del trabajo de los penados tampoco puede embargarse sino para pagar alimentos (Art. 66 Código Penal y Art. 58 Código Penal de Policía). Las prestaciones del Seguro Social), y las pensiones militares, igualmente (Art. 3 Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas.

Además, la deuda de alimentos debe pagarse con preferencia aún de los créditos públicos, y si dentro del juicio de coactiva para exigir el pago de éstos, se presenta como tercerista un acreedor de alimentos, se debe enviar los autos al juez ordinario para que ante él haga valer su derecho preferente (cfr. Art. 1086 del Código de Procedimiento Civil).

Tenemos jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que estos privilegios excepcionales que protegen a los alimentos no se extienden a las pensiones atrasadas, por las cuales no se puede recurrir al apremio personal.

i) La obligación alimenticia es divisible. Tampoco hay disposición expresa en nuestras leyes respecto del carácter divisible de la deuda alimenticia, ni de la solidaridad de los obligados a ella.

Según Planiol y Ripert, la deuda alimenticia no es solidaria, ni indivisible. Más bien, dice, se trata de *varias* deudas: tantas como parientes obligados haya. Por esto, si uno paga, puede reembolsarse, siempre que haya reclamado oportunamente el concurso de otros parientes para cubrir la obligación alimenticia. El reparto podría ser desigual, y si uno de los deudores fuera insolvente, no se descargarían de su obligación los demás. Otros autores, sin hablar de varias deudas, sino más bien de divisibilidad, llegan a conclusiones parecidas. Así, Fueyo, sostiene que si el obligado no tiene bienes suficientes, debe prorratearse la deuda entre los varios obligados en igual grado, pero el mismo acreedor podría también pedir parte de sus alimentos a uno y otra parte a otra. Igualmente Arias, sostiene que la deuda alimenticia es divisible y no solidaria. Borda dice: "quien hubiere sido condenado a pasar alimentos o lo hiciere voluntariamente de acuerdo con el derecho, puede exigir de los otros parientes obligados en igual rango que contribuyan al pago de la pensión. Sería injusto, en efecto, que el alimentario pudiera elegir arbitrariamente a cualquiera de los obligados

para reclamar la pensión e hiciese pesar exclusivamente sobre él el sostenimiento, sin reconocerle a éste ningún derecho para demandar la contribución de quienes legalmente son codeudores". Pero opina además este autor, que solamente puede pedirse la contribución para las pensiones futuras, y no para las ya pagadas, porque esto último significaría una carga muy fuerte acumulada, y no reclamada oportunamente.

Don Luis Felipe Borja va más allá todavía, y piensa que "cuando hay insuficiencia en el título, el alimentario procedería acertadamente demandando a un mismo tiempo a dos o más personas, aún cuando los títulos se hallen en dos o más casos determinados por la ley". Es decir, si el principal obligado no tiene posibilidad de cumplir con el deber alimenticio plenamente, y debe ser completada la pensión por otro u otros, se puede demandar a varios.

Mientras no exista norma expresa, considero que se debe seguir la doctrina expuesta anteriormente, que se ajusta a la equidad natural.

332.— Fuentes del deber alimenticio.

La obligación de dar alimentos puede originarse en actos voluntarios, como los contratos o disposiciones testamentarias, o bien deriva directamente de disposiciones legales que consagran principios de justicia, caridad o simple equidad naturales. La primera gran división de los alimentos resulta así, la de los voluntarios y los debidos por ley, o "legales".

En cuanto a los alimentos legales, se ha tratado de explicar su fundamento más próximo, mediante varias teorías. Para unos, estos alimentos se deben en virtud de un cuasi contrato que se establece con la misma generación, pero tal explicación es insuficiente: no daría fundamento a los alimentos entre cónyuges, ni a favor del que hizo una donación cuantiosa, etc. Otros, hablan de un anticipo de herencia, lo cual resulta aún menos admisible. Puig Peña se refiere a la solidaridad que resulta de los vínculos de la sangre, y esta explicación satisface más, pero tampoco explica todos los casos de alimentos debidos por Ley. Hay que concluir que es unas veces la justicia, otras la caridad, las que imponen el deber alimenticio en un orden razonable que comienza por los más íntimos y se extiende hasta otras personas, aunque no sean parientes, a quienes la equidad hace también acreedoras de estos auxilios.

Hay autores que admiten que los alimentos puedan originarse en un hecho ilícito; como cuando como consecuencia de un hecho ilícito fallece el alimentante de otra persona que queda desamparada; o si la víctima de una agresión quedara incapacitada para ganarse la vida. Pero en estos casos, en nuestro derecho, hay más bien lugar a una indemnización que se paga de una sola vez, y aún en el caso de transformarse en una pensión periódica, no se trataría propiamente de los alimentos regulados por la ley civil.

Ya en el aspecto más inmediato, se puede decir que las fuentes del derecho de alimentos necesarios en nuestra legislación positiva son: el matrimonio, el parentesco, las donaciones cuantiosas y las herencias abiertas en el caso de la extinguida muerte civil.

Los alimentos voluntarios, a su vez, se pueden establecer mediante un contrato, un acto de donación o testamentario. En la práctica son muy raros los casos de alimentos establecidos mediante contrato, y aún los provenientes de acto testamentario no son frecuentes.

333.— Clases de alimentos.

A parte de las divisiones que ya quedan establecidas por razón de la fuente, los alimentos también pueden ser: cóngruos o necesarios; devengados o futuros; provisionales o definitivos.

Los cóngruos se definen en el Art. 362 como: "los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social". Mientras que son necesarios: "los que le dan lo que basta para sustentar la vida".

Por consiguiente, los alimentos cóngruos tienen un carácter más relativo, variable de persona a persona. Lo que es cóngruo para una persona de muy humilde condición social, no sería cóngruo para otra persona de superior posición. Hay unas exigencias que dependen de la condición social, que los alimentos cóngruos deben satisfacer, aunque siempre en una medida moderada, sobria. En cambio, los alimentos necesarios, si bien pueden también variar de persona a persona, no toman en cuenta su posición social; puede variar su cuantía, más bien por otras razones: por ejemplo, por la buena o mala salud, las variaciones del costo de vida en distintos lugares o tiempos.

Se deben alimentos cóngruos: al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, al que hizo una donación cuantiosa, y al ex-religioso que por haber muerto civilmente dejó sus bienes en herencia. Pero todas estas personas pierden el derecho a los alimentos cóngruos si hacen injuria grave al alimentante. También pierden el derecho a los alimentos cóngruos, y como en el caso anterior, se reducen a los simplemente necesarios "cuando la ley los limita expresamente a lo necesario", y esto sucede en el caso del hijo de familia ausente del hogar y que observa mala conducta (Art. 251 Código Civil).

Les corresponde recibir alimentos necesarios a los hijos ilegítimos y su posterioridad legítima, a los padres ilegítimos y a los hermanos legítimos.

Se llaman alimentos devengados los que corresponden a un período de tiempo que ya ha transcurrido. Y son alimentos futuros los que se refieren al tiempo que aún no llega. Esta clasificación se refiere más exactamente a las pensiones alimenticias: devengadas o futuras. Y tiene mucha importancia para distinguir si cabe o no transacción, cesión, prescripción, etc., que solamente se aplican a los alimentos ya devengados, y en ningún caso a los futuros.

Alimentos provisionales son los que señala el Juez desde que aparezca en la secuela del juicio fundamento razonable, y están destinados a cubrir las necesidades del reclamante mientras se ventila el juicio. Los alimentos provisionales se deben restituir si resulta que el reclamante no tuvo derecho para pedirlos, salvo que haya actuado de buena fe o con fundamento razonable para demandarlos (Art. 366).

Se llaman, en cambio, alimentos definitivos los que se fijan en la sentencia que termina el juicio. Sin embargo, los alimentos definitivos, no lo son nunca en sentido absoluto, porque siempre cabe modificación de su cuantía, al variar las circunstancias económicas del alimentante o del alimentado, o por variaciones notables del costo de la vida, desvalorización de la moneda, etc., por lo cual aún los alimentos definitivos conservan siempre un carácter relativamente provisional. Una sentencia de la Corte Suprema expresa muy claramente esta idea: "La pensión provisional de alimentos, por lo mismo que tiene este carácter, ha de guardar proporción con las necesidades actuales del alimentario, sin consideración a lo futuro; así mismo debe ser proporcionada a la renta del alimentante, a sus circunstancias domésticas y de las deudas que afectan su haber", y en otras sentencias de alimentos definitivos, se sigue igual criterio. Se insistirá sobre este aspecto en el siguiente punto.

334.— Monto de los alimentos.

Un primer criterio para la fijación del monto de la pensión alimenticia es el objetivo, a saber, lo que cuesta el mantenimiento de la vida, cubriendo aquellas necesidades que los alimentos deben satisfacer. Estas necesidades son: las de comida, vestido, habitación y, tratándose de alimentario menor de veintiún años, enseñanza primaria y aprendizaje de alguna profesión u oficio. Se agregan también los gastos de enfermedad, y algunos tratadistas incluyen los de sepelio. En cambio, no se incluyen los gastos suntuarios o supérfluos, ni tampoco el pago de deudas del alimentario.

Luego, hay que distinguir el caso de los alimentos necesarios, que comprenden únicamente lo imprescindible, y los cóngruos, más generosos, que guardan una cierta proporción con la condición social del alimentario.

Pero en todo caso, interviene para la fijación del monto de la pensión, otro criterio, y es el de la capacidad económica del alimentante. Se ha de tener en cuenta sus posibilidades.

No existe, sin embargo, en la Ley una norma que fije una proporción matemática determinada en este punto. Tampoco nuestra jurisprudencia la ha señalado.

335.— Sujetos del derecho de alimentos.

El Art. 360 enumera las personas que tienen derecho a recibir

alimentos, a las cuales solamente cabe agregar el caso del fallido al que se refiere el Código de Procedimiento Civil. Dice así el Art. 360:

> Art. 360: "Se deben alimentos:
> 1º Al cónyuge;
> 2º A los descendientes legítimos;
> 3º A los ascendientes legítimos;
> 4º A los hijos ilegítimos y a su posteridad legítima;
> 5º A los padres ilegítimos;
> 6º A los hermanos legítimos;
> 7º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada;
> 8º Al ex-religioso que, por su exclaustración, no haya sido restituído en los bienes que, en virtud de su muerte civil, durante la vigencia de esta institución, pasaron a otras manos.
> La acción del exclaustrado se dirigirá contra aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin la profesión religiosa, le hubieran pertenecido; y la acción del donante, contra el donatario.
> No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

El Art. 586 del Código de Procedimiento Civil menciona incidentalmente "los alimentos que deben darse al fallido o a su familia", a propósito de que el auto que los ordene es susceptible de apelación con efecto devolutivo. También el Art. 621 del Código de Procedimiento Civil de modo igualmente incidental, pero ya más directo, habla de "los auxilios alimentarios y gastos de defensa que hayan sido asignados al fallido". De todos modos, téngase en cuenta que esta especie de alimentos, no son exactamente iguales a aquellos de que habla el Título XVIII del Código Civil, porque tales auxilios alimentarios en favor del fallido, se sacan de los mismos bienes del fallido, que están en manos de un síndico o depositario para cancelar, en lo posible, las obligaciones del fallido. Así, pues, no son propiamente otras personas las que alimentan al fallido, sino que los acreedores no pueden recibir absolutamente todos los bienes del deudor, sino descontada la cantidad que se fije para la sustentación de su vida. Caso igual, es el del que ha hecho cesión de bienes, y en general, cuando se forma el concurso de acreedores; si se trata de un comerciante el caso específico, será el de quiebra, que se rige por normas semejantes.

En cuanto a los sujetos obligados a pagar los alimentos, aparecen nítidamente de la misma enumeración del Art. 360. Así, por ejemplo, es evidente que si tienen derecho a alimentos los descendientes legítimos, quienes están obligados a dárselos son los ascendientes legítimos. Con todo, cabe observar que, durante el matrimonio, los

alimentos de los hijos, y de los descendientes gravan a la sociedad conyugal, y normalmente se dan en especie, en el hogar común, sobre todo si se trata de hijos. Pero en el caso de divorcio, o de separación de los cónyuges, el Art. 130 dispone que se confíen los hijos a uno de los padres y ambos deben contribuir al sostenimiento económico, debiéndose fijar voluntariamente o por el juez la "pensión" que deberá pasar cada uno.

Entre cónyuges, la obligación es recíproca, pero recae principalmente sobre el marido. Por esto, en el juicio de divorcio se garantiza especialmente a la mujer, y, en caso de no ser ella la culpable, tiene derecho a recibir hasta la quinta parte de los bienes del marido para completar lo necesario para su cóngrua sustentación; y esta porción de bienes aunque se le entrega de una vez por todas, y no a manera de pensión periódica, tiene también un cierto carácter alimenticio, puesto que se concede sólo en tanto en cuanto sea necesaria para completar lo que la mujer necesita para vivir conforme a su condición social. El marido, en cambio, tendría que demostrar su incapacidad para ganarse la vida para que la mujer quede obligada a pasarle una pensión; y en caso de divorcio, ni aunque sea inválido el marido, tiene derecho a pensión de su ex-mujer, independientemente de quien sea el culpable del divorcio, lo cual resulta bastante inhumano, como en general lo es la legislación del divorcio.

También la obligación entre padres e hijos, y entre ascendientes legítimos y descendientes legítimos es recíproca, pero solamente cuando los hijos o descendientes han alcanzado la mayoría de edad, pues, durante la minoría los hijos o descendientes tienen derecho a los alimentos y no están obligados a darlos. Además, los menores, por su simple condición de menores ya pueden reclamar alimentos, aunque es justo que si pueden ganarse la vida con un trabajo adecuado lo hagan, y si de hecho tienen un trabajo remunerado, el juez debe tener en cuenta esta circunstancia. En el caso extremo de padres o abuelos indigentes e incapaces, y de descendientes que pueden ganar con su trabajo, aunque sean menores, cabe, establecer la obligación de que dichos descendientes pasen alimentos, si no hay otras personas que deban hacerlo antes que ellos.

En cuanto a los hijos, se distinguió el caso de los legítimos de los ilegítimos, hasta la nueva constitución. También los descendientes legítimos de los hijos legítimos reciben alimentos cóngruos, mientras que los descendientes legítimos de los hijos ilegítimos sólo tienen derecho a los alimentos necesarios. Los descendientes ilegítimos de los hijos de cualquier clase (legítimos o ilegítimos), no tienen ningún derecho de alimentos respecto de sus abuelos u otros ascendientes más remotos.

No existe la misma reciprocidad en el caso de los descendientes ilegítimos respecto de los ascendientes ilegítimos. El Código establece que se deben alimentos a aquellos descendientes ilegítimos que son posterioridad legítima del hijo ilegítimo (nietos o bisnietos ilegí-

timos) pero en cambio, ellos no deben alimentos al ascendiente ilegítimo de ninguna especie. Es lógico que falte aquí la reciprocidad estricta, porque la necesidad es generalmente mayor en los descendientes; además, esta ley, tiene una intención moralizadora, al sancionar en cierto modo a los ascendientes ilegítimos.

En cuanto a los alimentos entre hermanos legítimos solamente, y no entre hermanos ilegítimos, responde a las relaciones reales que suelen existir en la conformación de la familia moderna entre nosotros.

Con relación al donante que hubiere hecho una donación cuantiosa, la primera dificultad se presenta cuando se trata de apreciar qué ha de entenderse por "donación cuantiosa". No parece que pueda constituirse en criterio absoluto aquello de que cuando se requiere insinuación judicial haya donación cuantiosa, y que no la haya en caso contrario. Pienso que este es un punto mucho más relativo y que se debe juzgar en relación proporcional al patrimonio del donante y del donatario.

El Código Civil Italiano (Arts. 437 y 438) restringe acertadamente la obligación del donatario, imponiendo dos condiciones o circunstancias para que tenga que alimentar al donante: 1º que aún conserve los bienes donados, es decir que no haya sido privado de esas cosas por revocatoria o rescición (lo que también establece nuestro Código), y 2º que no se trate de donaciones remuneratorias. Respecto de este último punto, aunque nuestra ley no lo diga, parece evidente que debe entenderse así, ya que la donación remuneratoria, no es propiamente una liberalidad sino más propiamente un pago de servicios.

En cuanto al caso del ex-religioso que por su vuelta a la vida civil no haya recibido los bienes que antes le correspondían, resulta un caso en todo semejante al del donante. Hoy día estos casos serán rarísimos ,puesto que la muerte civil se suprimió en 1936, y un ex-religioso que pretendiera reclamar hoy día cualquier clase de derechos, fácilmente los habría perdido por prescripción; con todo, el mismo derecho de alimentos, no prescribe, y por esto, el caso puede tener alguna rara aplicación.

336.— Capacidad para recibir alimentos.

Como el derecho de alimentos tiene por objeto ayudar al mantenimiento de la vida misma y a la satisfacción de las necesidades más imperiosas, resulta evidente, que su ejercicio no puede estar subordinado a la capacidad jurídica y que toda clase de personas pueden gozar del derecho de alimentos.

El Código Civil precisamente establece que "los incapaces de ejercer el derecho de propiedad no lo son para recibir alimentos".

Además, nuestras leyes han establecido reglas especiales para sobre la representación de los alimentos, variando las normas comunes sobre la representación legal. Se llega, incluso, al extremo de permitir

que una persona incapaz, pueda ejercer la representación de otra, para este peculiar efecto.

La mujer casada, que normalmente no puede comparecer en juicio sino representada o autorizada, tiene en cambio capacidad y personería para representar a sus hijos en juicio de éstos contra su padre. Así lo establece el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil y lo confirma la jurisprudencia en juicios de alimentos.

El Art. 783 del Código de Procedimiento Civil amplía aún más la capacidad para demandar alimentos en nombre de un menor: la madre cualquiera que sea su edad, puede representar al hijo para demandar alimentos al padre legítimo o ilegítimo de éste o a cualquier otra persona que tenga obligación de suministrarlos.

Entre otros puntos, la jurisprudencia ha resuelto que la madre ilegítima prevalece sobre el guardador, para demandar alimentos en nombre del hijo, de modo que solamente a falta de ella, hay lugar al nombramiento de un curador ad-litem o de un curador especial con este fin. También se ha aclarado que no es necesario que el hijo haya aceptado el reconocimiento, para que el padre o madre reconocientes demanden alimentos en su nombre.

337.— Orden en que deben reclamarse los alimentos.

Existe un orden conforme a la mayor o menor obligación de prestar alimentos, que origina a su vez el correspondiente orden en que deben reclamarse los alimentos: primero a los más directa y principalmente obligados, y luego a quienes tienen una vinculación menor por justicia, caridad o gratitud.

En algunos derechos extranjeros no se establece rigurosamente cual ha de ser dicho orden, o se señala solamente que debe exigirse los alimentos con preferencia a los parientes de más cercano grado. Esto origina numerosas discusiones que en nuestro sistema se han eliminado, ya que el Código Civil dispone que una persona que tiene varios títulos para demandar alimentos, debe hacer uso de ellos en un determinado orden que declara el Art. 365: 1º se debe pedir alimentos al que recibió una donación cuantiosa o a quienes recibieron los bienes del muerto civilmente (Nos. 7 y 8 Art. 360); 2º al cónyuge; 3º a los ascendientes legítimos o padres ilegítimos (Nos. 2 y 4 Art. 360); 4º a los descendientes legítimos y a los hijos ilegítimos (Nos. 3 y 5 Art. 360); 5º a los hermanos legítimos. Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de más próximo grado. Sólo en caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro (Art. 365).

Este orden tiene sus raíces en el derecho Romano, y responde a una graduación natural de las obligaciones en lo más fundamental. Después de la primaria obligación del cónyuge, están obligados los padres y los ascendientes respecto de sus hijos y descendientes de modo que éstos deben dirigirse primeramente a los ascendientes, y luego a los descendientes, por último a los hermanos. También es lógico preferir

la obligación del pariente legítimo a la del ilegítimo, y la de aquel que está en grado más próximo. En cambio, no parece aceptable la primacía que sobre todos, se ha dado en nuestro Código, al que recibió una donación cuantiosa o los bienes de un muerto civilmente; estas personas, por mucho que hayan recibido no pueden considerarse más obligadas que el cónyuge o que el padre. A mi modo de ver estas personas deberían quedar obligadas más bien en último lugar y no en el primero.

Para perfeccionar nuestro sistema, considero que sería preciso determinar el caso de los hijos adoptivos, quienes primeramente deberían pedir alimentos a sus padres adoptantes, y luego a sus padres propios. También debería aclararse si el cónyuge separado judicialmente conserva o no el derecho de alimentos respecto del otro cónyuge, cosa que no está clara en la ley.

338.— Trámite.

Actualmente tenemos en el Ecuador dos posibles trámites para demandar alimentos: uno es el previsto en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, que queda expedito para cualquier clase de personas que tengan o crean tener este derecho; en cambio en el Código de Menores se establece otro trámite especial que solamente puede beneficiar a los menores de edad.

La diferencia entre los dos trámites se puede resumir en que el sistema civil es más formal y exigente, mientras que el trámite especial para menores se inspira en un sentido de equidad informal y menos exigente en materia de pruebas. Se supone que la necesidad de los alimentos en el caso del menor de edad será máxima, y de allí la simplificación del trámite, y los mayores poderes conferidos al Tribunal para que decida al margen de los requisitos tradicionales.

El Art. 348 del Código Civil y el 766 del Código de Procedimiento Civil dicen que "al ilegítimo que demandare alimentos o una herencia, y al legitimado por matrimonio posterior a su nacimiento, no se les admitirá demanda si no presentaren la prueba de su estado civil". Es decir que la prueba debe ir aparejada a la demanda, y ha de constar por ella que realmente se ha constituído el estado civil en que se funda el pretendido derecho. Choca con estas severas disposiciones el procedimiento más flexible admitido por el Código de Menores (Art. 64 y 65) para las reclamaciones alimenticias, que pueden presentarse inclusive por parte de quienes no tienen un estado civil constituído, y ni siquiera pueden probarlo conforme al Código Civil y de Procedimiento. Pero, desde luego, estas reglas del Código de Menores, tienen carácter excepcional: se aplican solamente a los menores de edad.

El Art. 65 del Código de Menores asigna al Tribunal de Menores, atribuciones especiales para conocer y resolver en esta materia. Por una parte, las pruebas ordinarias del estado civil, o sea las partidas de

Registro Civil y los instrumentos de reconocimiento, adquieren un valor extraordinario: el Código de Menores los califica de "pruebas irrefutables". Por otra parte, se permiten, para estos efectos, otras pruebas y el mismo Tribunal debe realizar "investigaciones", y ordenar "cuantas otras diligencias estime convenientes", es decir: tiene un amplísimo poder. Disposiciones similares se encuentran en el Código del Trabajo (Arts. 362 y 523) y en la Ley del Seguro Social (Art. 109), que permiten pruebas especiales del estado civil y los vínculos familiares, para específicos efectos.

La facultad concedida al Tribunal de Menores para establecer la obligación alimenticia es tan amplia, que una sentencia de la Corte Suprema ha dicho que para esos efectos no es preciso probar que un hijo haya aceptado el reconocimiento si consta por instrumento público que se hizo tal reconocimiento. De forma que aunque el Derecho exige la aceptación para perfeccionar el acto, sin embargo, para alimentos, no es preciso.

En el trámite, se evitan todos los incidentes que podrían alargar el juicio innecesariamente. Hay sentencias de la Corte Suprema en el sentido de que no cabe discutir previamente sobre la competencia del juez.

Una vez que se solicitan alimentos y se demuestra que hay título para ello, puede defenderse el demandado demostrando que no tiene capacidad económica para darlos, o bien que existen otros más obligados que él, o por lo menos otros tan obligados como él, con quienes también se debe contar.

En estos juicios se pueden solicitar medidas precautorias para asegurar el cumplimiento de la obligación. La Ley chilena 5750 ha fijado el máximo de dichas medidas en el monto de seis pensiones alimenticias, para evitar abusos. Sería conveniente establecer algo semejante en el Ecuador. En nuestro país la cuantía del juicio se fija por el monto de las pensiones de un año, y este mismo criterio, podría servir por analogía para limitar el monto de las medidas de seguridad previas.

Hay abundante jurisprudencia que confirma lo dispuesto por la ley, en el sentido de que los fallos sobre alimentos no causan ejecutoria. Pero debe entenderse más exactamente que, estas sentencias son siempre reformables en cuanto a la cantidad que fijan como pensión, y aún eventualmente en cuanto a las personas que deben pagarlas, ya que si aparecen otras más obligadas se transfiere la obligación a estas, y si el obligado deja de tener capacidad económica, pasa su obligación a otras personas.

Si en una primera demanda se ha obtenido alimentos necesarios, cabría la presentación de una nueva demanda solicitando los cóngruos, como consecuencia de lo que se acaba de indicar. No admitir eso, significaría, además, permitir una forma indirecta de renuncia del derecho de alimentos, que es irrenunciable.

Ya hemos dicho que se puede fijar alimentos provisionales, mientras dura el juicio, y que si se comprueba que no hay lugar a este derecho, se deben restituir las sumas recibidas, salvo el caso de quien ha actuado "de buena fe y con algún fundamento razonable" (Art. 366). Si ha habido dolo, no sólo se debe restituir lo recibido, sino que también hay lugar a la indemnización de perjuicios, y quedan solidariamente obligados a todo ello, cuantos hayan intervenido en el dolo.

También conviene recordar en este punto que se puede exigir las pensiones mediante apremio real o personal, y que son embargables para hacer cumplir las sentencias de alimentos aún los bienes declarados inembargables. Pero, en cambio, la jurisprudencia ha precisado que no cabe pedir extradición por una deuda alimenticia, ya que la extradición es aceptada por el Derecho Internacional únicamente en los casos de delitos o crímenes.

339.— *Forma y seguridades*

"Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas" (Art. 370).

Se pagan los alimentos normalmente en dinero. Pero bien podría el alimentario aceptar que se los den en especie, y disponerlo así el juez, si resulta más conveniente. No cabe que sea el alimentante quien escoja, porque sería humillante y se prestaría al incumplimiento. Los alimentos que se dan voluntariamente, antes de demanda judicial, cumpliendo las naturales obligaciones entre cónyuges, padres e hijos, y entre parientes, son generalmente en especie; pero una vez que se llega a litigio judicial, no suele quedar otro sistema práctico que el de fijación de una pensión en dinero.

Sin embargo, los alimentos que se deben al cónyuge y a los hijos, normalmente deben darse en especie, y por esto mismo, se hace depender el derecho de la permanencia en el hogar. Solamente si la ausencia es justificada, entonces se deben alimentos, y se pagan normalmente en dinero. A este respecto hay numerosas sentencias.

Como una de las necesidades que los alimentos deben cubrir es la de vivienda, también sería factible cumplir una parte de la deuda alimenticia proporcionando la habitación adecuada. Una sentencia argentina dice que "cabe deducir de la pensión alimenticia el alquiler de la finca que ocupa el alimentario".

Corresponde al juez fijar estos y otros detalles de la forma en que se han de rendir los alimentos. También debe el juez determinar las garantías de cumplimiento, que a veces, van envueltas en la misma forma de pagar los alimentos. El Art. 372 permite que el juez ordene consignar un capital en una caja de ahorro u otro establecimiento análogo, para que, se paguen las pensiones con los intereses de dicho capital. El Art. 782 del Código de Procedimiento Civil, en forma más imperativa dispone que si el alimentante no tiene bienes raíces que aseguren el pago de la pensión, el juez dispondrá, que consigne una can-

tidad de dinero con cuyos réditos se pueda hacer el pago, "o cualquiera otras medidas que aseguren el pago de la pensión". Se puede poner una prohibición de enajenar bienes, o establecer una hipoteca, etc. También puede el juez señalar la persona que ha de administrar la pensión. Una vez extinguida la obligación alimenticia. se deben cancelar esas cauciones y devolver aquellos bienes al alimentante o a sus herederos. si ha consignado capitales, etc.

El cumplimiento de la obligación queda también garantizado indirectamente por medio de sanciones. Así, los padres que no alimentaren a sus hijos pueden ser suspendidos o privados de la patria potestad.

340.— Duración y fin del derecho.

"Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legtimaron la demanda" (Art. 371). Por tanto, si se conceden a un menor de edad, cesa el derecho cuando llega a la mayoría, salvo que, como dice el mismo Art. 371 "algún impedimento corporal o mental le haya inhabilitado para subsistir de su trabajo". La circunstancia que principalmente debe perdurar, y de la que depende el derecho, es, pues, la necesidad de los alimentos por parte de su benficiario. Si cesa la necesidad, desaparece el derecho, y si revive la necesidad, también reaparece el derecho.

La continuación del derecho de alimentos está subordinada, por la misma razón anteriormente expuesta, a la capacidad económica del alimentante.

La necesidad del alimentario se supone en el caso de ser menor de edad. Pero si ya cumple los 21 años, deberá probar el interesado su imposibilidad de ganarse la vida, por enfermedad u otro hecho semejante. El Art. 360 del Código del Trabajo dice que toda persona que pase de sesenta años se entenderá incapacitada para el trabajo, y este criterio que allí se da para efecto de indemnizaciones laborales, podría aplicarse, por analogía para pedir alimentos; y aunque no descargaría totalmente de la prueba, sería una base suficientemente solida para pedir alimentos.

La ley señala el límite normal de la pensión alimenticia, en la fecha del cumplimiento de los 21 años, y fuera de esta determinación legal, no cabe otra establecida por propia voluntad de las partes, ya que señalar otro límite sería equivalente a una renuncia del derecho. Hay jurisprudencia en este sentido.

Otra causa por la que puede terminar el derecho de alimentos consiste en la *injuria atroz* cometida por el alimentario contra el alimentante. Nuestro sistema legal distingue la injuria no grave, o sea leve, la injuria grave y la injuria atroz, que tiene la máxima gravedad. La injuria grave autoriza para disminuir los alimentos cóngruos de un hijo de familia a los simplemente necesarios, en cambio, la injuria atroz

de cualquier persona, hace perder a ella su derecho de alimentos.

Pero no tenemos una definición legislativa de lo que ha de entenderse por injuria atroz; hay que atender a las diversas circunstancias, que más o menos influyen en el efecto que la injuria haya podido producir en mengua de la honra del injuriado.

La doctrina considera generalmente que constituyen injuria atroz aquellos hechos que dan lugar al desheredamiento la indignidad para heredar o la revocatoria de las donaciones y que se señalan principalmente en los artículos 1037, 1048 y 1263 del Código Civil, tales como el homicidio u otros atentados contra la vida, la honra o los bienes de una persona o de su cónyuge, ascendientes, descendientes o consanguíneos hasta el sexto grado, no socorrer a esas personas en el estado de demencia, ocultar dolosamente un testamento, etc.

Otro punto de referencia para apreciar lo que son las injurias atroces, puede ser el Código Penal; en él se determina cuáles se consideran injurias graves, y las más severamente sancionadas, de entre ellas, serán sin duda las atroces.

Un caso expresamente señalado por la ley, en el que se pierde el derecho de alimentos, es el de haber intervenido en el fraude de falsedad u ocultamiento del parto (Art. 341). Ninguna de las personas que hayan participado en esas actuaciones dolosas puede demandar alimentos al hijo suplantado.

Desde luego, los alimentos terminan con la muerte sea del alimentante o del alimentado. Para este caso, el Art. 370 dispone que "no se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado, por haber fallecido". Es decir que, como se pagan las pensiones por mesadas anticipadas, si el alimentario muere durante el mes, antes de que transcurra todo el mes y por consiguiente, antes de devengar la pensión recibida, no se puede pedir a los herederos que devuelvan la parte correspondiente a los días restantes del mes, desde la fecha de la muerte. Considero que igual regla se debe aplicar en el caso de que voluntariamente se hubiere adelantado pensiones por un período superior, ya que la ley no hace distinción. Borja cree que también es aplicable la misma regla, por analogía, a otros casos de terminación del derecho, aunque no sea por muerte, lo cual ya resulta más dudoso; en efecto, si termina por injuria atroz, parece equitativo que el ofendido pueda reclamar devolución de los anticipos no devengados.

Ya hemos dicho que la mujer casada debe recibir los alimentos normalmente en el hogar, y que pierde su derecho si se ausenta contra la voluntad del marido y sin causa justificada, de modo que también en tal circunstancia termina su derecho de alimentos.

341.— Alimentos voluntarios.

Puede establecerse una obligación alimenticia voluntariamente sea por contrato o por disposición testamentaria. El contrato, normal-

mente sería de donación, pero nada impide que sea un contrato oneroso. Los alimentos contractuales son de muy rara ocurrencia.

En cuanto a los alimentos establecidos por testamento, el Art. 377 hace referencia a dos clases de ellos: los que se asignan a personas que no tienen derecho a ellos, y los dejados a personas que tienen derecho de recibir alimentos. Pero esta distinción, me parece que actualmente no puede mantenerse; antes de 1956, existían las asignaciones forzosas de alimentos, pero fueron derogadas aquel año, y desde entonces no cabe decir que una persona tenga derecho a alimentos dentro de la sucesión de un individuo. Convendría reformar el Art. 377 para ponerlo en armonía con la actual legislación.

En todo caso, en los alimentos voluntarios, la regla fundamental es la de que prevalece la voluntad de quien o de quienes los hayan constituído. Las normas que libremente se fijen, son las que regulan este derecho, y no se aplican las disposiciones propias de los alimentos forzosos, sino a lo más por analogía, en caso necesario, por no haberse estatuído directamente algún aspecto.

El Art. 1191 dispone que si se legaren alimentos voluntarios, sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona; y a falta de esta determinación, se regularán tomando en cuenta la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador, y el caudal del patrimonio en la parte en que el testador ha podido disponer libremente. Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario. Si se alegare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla veintiún años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad.

El Art. 1414 establece que aún en el caso de alimentos voluntarios, las pensiones se deben pagar por mensualidades adelantadas, salvo que se haya establecido otra cosa, pues prevalece la voluntad privada en tal caso.

Finalmente, el Art. 1225 dice: "Los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados al caudal del patrimonio efectivo". Este artículo, considero que se explicaba perfectamente cuando existían las asignaciones forzosas de alimentos, pero hoy día, que dichas asignaciones solamente podrían ser voluntarias, no parece justa dicha regla, ya que permite sustraer del patrimonio sumas que deberían servir para pagar primeramente las deudas. De todos modos, como la ley no hace la salvedad correspondiente a los alimentos simplemente voluntarios, y se refiere en general a asignaciones de alimentos, lo que se haya pagado a dichos asignatarios, no puede ser recogido posteriormente para cubrir los créditos del patrimonio hereditario.

342.— Reglas de Derecho Internacional Privado.

Según los Artículos 59, 67 y 68 del Código Sánchez de Bustamante, la materia de alimentos se somete a la ley personal del alimentado en unos aspectos, y tiene carácter de orden público internacional en otros.

Se rigen por la ley personal del alimentado el concepto legal o calificación de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de este derecho.

Son de orden público internacional: la regla que da al hijo derecho de alimentos, las que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, su reducción o aumento, la oportunidad en que se deben y la forma del pago, así como las reglas que prohiben renunciar a este derecho.

Las reglas del Código Sánchez de Bustamante coinciden con la doctrina generalmente admitida, ya que garantiza el valor de los derechos adquiridos, en esta materia, y somete su ejercicio, por regla general, a la legislación local.

En nuestras leyes internas no encontramos disposiciones especiales de Derecho Internacional Privado, sobre alimentos, por lo cual deben aplicarse las reglas del Código Sánchez de Bustamante, y como norma supletoria, la disposición de índole más general sobre relaciones de familia, contenida en el Art. 14 del Código Civil.

IV PARTE

LAS GUARDAS

CAPITULO XXVI

LAS GUARDAS EN GENERAL

343.— Concepto de las Guardas.

La palabra "guarda" es genérica, y abarca todo lo que se entiende bajo los conceptos de tutela y curaduría.

Guardar equivale a proteger, sustraer de todo peligro, mantener en buen estado una cosa o persona; o, como dice el diccionario de la Real Academia: cuidar, custodiar, conservar una cosa. En el lenguaje jurídico, se aplicará más que a las cosas, a las personas que necesitan de esta protección, y sólo secundariamente a los bienes de estas mismas personas.

Las guardas son instituciones del Derecho Civil, aunque tengan un fundamento remoto en el Derecho Natural. Este último impera

que un padre o una madre cuiden de sus hijos menores de edad, y la concreción inmediata de tal precepto es la patria potestad; pero cuando un menor de edad carece de padres que puedan velar por él, o cuando un mayor de edad, por ciertas circunstancias de enfermedad, vicios contraídos, carencia de libertad, ausencia, etc., no pueden cuidarse a sí mismos o proveer en forma competente a sus negocios, necesitan también de la protección de otras personas, y entonces es cuando la institución civil de las guardas viene en auxilio de la persona necesitada o en defensa de sus intereses.

Algunos sostienen la necesidad de unificar el régimen de las tutelas y curadurías. Siguiendo a Rodolfo Sohm, Castán y Tobeñas, advierte que no se debe exagerar la unidad de ambas instituciones. Efectivamente, entre ambas existió una diferencia fundamental en Roma: la esencia de la tutela consistía en la *auctoritas interpositio,* o sea en la cooperación o auxilio que el tutor presentaba, estando presente para la celebración de los actos jurídicos; a ella podía ir unida la *gestio,* o sea, la facultad de administrar los bienes del menor, celebrando actos jurídicos en su nombre y sin su intervención". Esta distinción histórica, es la que, indudablemente inspira todavía nuestro sistema y división de las guardas: en la tutela no cabe sino representación del pupilo por parte del tutor, mientras que en la mayor parte de las curadurías, quien las desempeña puede bien sea representar al pupilo, o también autorizarle, completar su incapacidad relativa y dar así valor a los propios actos del pupilo; sin embargo, el sistema se quiebra, como veremos, cuando se trata de las curadurías de aquellos interdictos que son absolutamente incapaces: el demente y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

Vallejó Báez resume las principales diferencias entre las dos instituciones en la siguiente forma: "1º La tutela tiende a completar la personalidad del pupilo; mientras que la curaduría dice relación, lisa y llanamente con los bienes; 2º La curaduría fué más de carácter administrativo; no sucedió lo mismo con la tutela, cuyo objetivo fundamental fué el de responder a un sentido de protección; y 3º La tutela fué más de origen testamentario; la curaduría fué generalmente dativa".

Refiriéndose ya expresamente al derecho chileno, igual al nuestro en esta materia, Somarriva afirma también la distinción fundada en que las personas sometidas a tutela deben actuar en la vida jurídica forzosamente representadas por el tutor, y por el contrario, los sujetos a curaduría que sean relativamente incapaces pueden celebrar actos o contratos sea representados por su curador o bien mediante su autorización. Además, las facultades del tutor son más amplias que las del curador, ya que, los pupilos relativamente incapaces pueden ejecutar ciertos actos que escapan al control del curador. Finalmente el tutor nunca puede ser nombrado a propuesta del pupilo; entre tanto que el menor adulto, está facultado para proponer la persona que deba ejercer la curaduría.

Planiol encuentra que la diferencia entre la tutela y la curaduría es realmente esencial ya que la tutela sólo perseguía una protección al impuber, similar a la lograda por la patria potestad, mientras que la curaduría, que surge en Roma más tarde, tiene caracteres de una verdadera administración de bienes ajenos. En el Derecho francés consuetudinario las dos instituciones se fundieron lentamente, y en la regulación establecida por el Código de Napoleón la diferencia fundamental entre ambas consiste en que el tutor no puede autorizar al pupilo sino que tiene la rigurosa misión de representarlo.

Nuestro Código Civil mantiene la distinción. En esto Don Andrés Bello prefirió el Derecho Romano y la antigua legislación española, a lo que predominaba en la época en que redactó su Proyecto, aunque tenemos también parecidas disposiciones a las nuestras en el Código de Luisiana, poco anterior al chileno-ecuatoriano.

Se puede señalar como una línea general de evolución en esta materia, la tendencia a la unificación entre ambas instituciones, durante el siglo pasado y a principios del presente, notándose más bien en los últimos años una cierta regresión a la antigua distinción, pero fundada ésta en nuevos conceptos. Por otra parte, hay que agregar que en el mundo contemporáneo se conceden generalmente nuevos poderes o capacidades especiales a los menores de edad que han llegado a la pubertad, de donde tiende a acentuarse nuevamente la diferencia entre tutela y guarda, siendo menor la ingerencia de las autoridades y organismos públicos en los negocios de los menores adultos.

Además, es necesario señalar que la transformación de estas instituciones en el mundo moderno, sigue líneas un tanto diversas según los países. Así, en España, Francia y otras naciones latinas como Perú, Venezuela, etc., las guardas son de tipo predominantemente familiar: se apoyan y fían principalmente de los lazos de familia, y por lo mismo, regulan con extremo cuidado y minuciosidad las facultades de los guardadores, cuyas funciones están limitadas por otros organismos familiares como el consejo de tutela o el protutor, quienes ejercen privadamente la vigilancia necesaria; las intervenciones públicas son más bien excepcionales, para los actos de mayor trascendencia, y en tales casos, suelen producirse por medio de la judicatura ordinaria, lo cual resta frecuentemente eficacia al control, dada la poca preparación específica de los referidos magistrados y sus múltiples preocupaciones de toda índole.

En cambio, en varios países que siguen la orientación germana en el derecho privado, las guardas se suelen considerar como instituciones públicas, en las que influyen decisivamente organismos especializados, no siempre judiciales, sino más bien administrativos. Las leyes norteamericanas han adaptado en su mayor parte este sistema, y han creado jurisdicciones especiales de tutela. En Suiza en cierto modo se combinan ambos sistemas porque subsiste el Consejo de Familia, y también la Autoridad de Tutela, organismo público de vigilancia.

Considero que lo más adecuado sería adoptar la distinción,

que se basaría sobre la clase de incapacidad del pupilo: si la incapacidad fuera absoluta, se le debería dar tutor, con más amplias funciones, y con poder de representar y no de autorizar al pupilo; en cambio a las personas solamente con incapacidad relativa, se debería asignar un curador, que completara su imperfecta capacidad, sea autorizándoles o bien representándoles, y debiendo en todo caso, contar más con el propio criterio de su protegido, el cual, por tener el uso de su razón bien puede intervenir más profundamente en sus propios asuntos, aunque se halle sometido a una guarda.

Concretamente, dentro del marco de nuestra legislación, considero que la tutela debería ser para los menores impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Todos los demás incapaces, que son relativamente incapaces, deberían recibir solamente un curador que les ayude a desenvolverse, vigilando sus actos y pudiéndoles conceder a los propios pupilos facultades más o menos amplias, según su situación real, para que manejen sus asuntos.

En todo caso, la distinción existe en nuestro sistema positivo y es honda, estructural, y no solamente de nombres como pretenden algunos. La misma jurisprudencia de la Corte Suprema confirma la opinión de que se trata realmente de dos instituciones distintas; en una sentencia se declara la nulidad del juicio por haber intervenido en representación de un menor adulto la persona que antes fué su tutora; dice la sentencia que la tutela y la curaduría son dos instituciones "de organización diferente" de modo que ni el impúber puede ser autorizado o representado por el curador, ni el adulto puede serlo por el tutor (o mejor dicho: ex-tutor).

344.— Definición de guarda.

Justiniano recoge una antigua definición y la transmite con leves modificaciones, sirviendo en adelante de prototipo para las que se encuentran en las leyes de los pueblos latinos. "La tutela, como la define Servio, es derecho y potestad respecto de una persona libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger al que por causa de su edad no puede defenderse por sí misma".

No podría aplicarse al pie de la letra esta definición a nuestras instituciones; por ejemplo, no tendrían cabida en esta institución los interdictos. Pero sí contiene los elementos más esenciales de lo que son las guardas modernas, y que coinciden en lo sustancial en los distintos derechos.

El Art. 378 de nuestro Código Civil contiene la siguiente definición: "Las *tutelas* y *curadurías* o *curatelas* son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquéllos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre, madre o marido que puedan darles la protección debida..— Las personas que ejercen estos cargos se llaman *tutores* o *curadores*, y generalmente *guardadores*.

Cabe destacar en la definición, que mientras en el inciso segundo se señala la designación común para quienes ejercen una tutela o curaduría, esto es, la palabra "guardadores", en cambio, el primer inciso define las tutelas y curadurías conjuntamente, pero marcando su diferenciación tanto más cuanto que no se emplea la palabra común correspondiente: "guardas".

Es también notable la preocupación del legislador, desde este primer Artículo que trata de las guardas, de resaltar su carácter benéfico, de protección: son cargos *a favor* de los incapaces.

Se determina de una manera un tanto trabajosa quienes están sometidos a guardas, empleando expresiones tal vez poco afortunadas, como la de no poder "gobernarse por sí mismos". Habría bastado decir: los incapaces que carecen de representante o cuyo representante no puede actuar legalmente.

Borja sostiene que nuestro Código llama *cargos* a las guardas, por tener un carácter público, encuadrarse en el Derecho Público; pero en nuestro sistema jurídico no puede sostenerse tal cosa; las guardas tienen un carácter más bien privado, aunque entre en juego el interés público y haya una cierta ingerencia judicial en su constitución y funcionamiento. Parece preferible explicar la expresión "cargos", en el sentido de institución a la que van unidas responsabilidades, obligaciones y derechos ya prefijados por la ley y que no pueden ser arbitrariamente modificados; también acentúa esta palabra, el carácter obligatorio de las guardas, que, por otra parte, también se significa con la expresión: "impuestos a ciertas personas".

345.— *Características de las guardas.*

Las características generales de las guardas, más notables son: a) son una institución civil; b) tienen un sentido social; c) son obligatorias; d) personales (no hereditarias); e) pertenecen al derecho privado pero interesan al orden público; f) producen efectos de índole general; (por ejemplo domicilio); g) se confieren a personas naturales solamente; h) una observación de índole no estrictamente jurídico: su funcionamiento real está fuertemente orientado por las costumbres, incluso a veces, un tanto al margen de la misma ley.

a) La naturaleza fundamental de las guardas ha sido definida de muy variadas maneras por las leyes y los autores. Unos les califican de "poder", otros, de "carga", "función", "organismo" y aún "ministerio". Algunas de estas denominacioenes no cabrían de ninguna forma en nuestro sistema, como las de "organismo" o "ministerio", más propias de aquellos países con consejos de tutela, o bien con funcionarios judiciales o administrativos especializados, que absorben la mayor responsabilidad del cuidado de los incapaces. La designación, más genérica, de "institución", es adoptada por Puig Peña y otros autores, y satisface por cuanto expresa que se trata de un conjunto de normas debidamente coordinadas y que persiguen una fina-

lidad de asistencia regular a los incapaces. El sentido institucional de las guardas hace también que se sustraigan a las variaciones que en su régimen podría introducir la voluntad privada de los individuos.

b) El carácter social de las guardas significa que éstas interesan a la sociedad toda, y no solamente al protegido por ellas, y mucho menos a quien las ejerce. Toda la comunidad tiene un verdadero interés en que no se abuse de los incapaces, en que sus bienes sean debidamente administrados y contribuyan al bienestar general a la vez que aseguren la satisfacción de las necesidades de sus propietarios; también interesa a la sociedad que no haya bienes improductivos o que se deterioren por falta de cuidado; pero por encima de todas estas consideraciones, es interés social el de que los menores carentes de los cuidados paternos, los enfermos mentales, sordomudos, y otros incapacitados sean protegidos en cuanto a su vida misma, su salud y desarrollo, procurándose por todos los medios la curación de los últimos mencionados, o la reforma y reincorporación a la sociedad de los que por vicios o delitos se han separado o han tenido que ser separados de ella (toxicómanos, delincuentes, etc).

A este interés social corresponde la vigilancia por parte de las autoridades de las guardas. Pero, como ya se dijo, en nuestro sistema esta vigilancia es moderada, contenida dentro de sus justos límites, y de ningún modo absorve la autoridad del guardador, ni priva a la familia de sus responsabilidades y derechos en cuanto al cuidado de los incapaces y la administración de sus bienes.

c) Las guardas son obligatorias. Ya en Roma, desde el período imperial la tutela se consideró como carga obligatoria, que no se podía rechazar libremente, es decir sin causa legal de excusa, salvo en los casos de la madre o de la abuela, a quienes Justiniano permitió excusar sin alegar motivo alguno. Las Partidas reprodujeron el derecho de Justiniano y las leyes del Título 17 de la 6ª Partida manifiestan que las guardas testamentarias son obligatorias.

d) Las guardas constituyen cargos personales e intransferibles. No pasan, por consiguiente a los herederos del guardador, ni pueden ser objeto de cesión o transacción alguna.

Lo dicho no obsta a que el guardador pueda delegar, bajo su responsabilidad y vigilancia, algunas facultades relativas a la guarda como la educación del pupilo o su representación en ciertos actos. Esto pueden hacer también los padres y otros representantes legales, y de hecho, es lo usual: se envía los hijos a colegios, se puede conferir poder para que otra persona haga uno o más negocios relativos a bienes del incapaz, etc.

Por otra parte, ciertas situaciones de emergencia pueden hacer que momentáneamente los herederos del guardador fallecido deban actuar como agentes oficiosos, velando por los intereses del pupilo, y continuando así la administración y los cuidados del guardador muerto, hasta que se regularice la situación nombrándole un sustituto. Pero estas atribuciones que pueden recaer en los herederos del guar-

dador, no se han de mirar como una sucesión hereditaria de las facultades de la guarda, sino algo totalmente diverso: su intervención es más bien en calidad de agentes oficiosos, o en cuanto administradores del patrimonio del fallecido, con cuyos bienes pueden hallarse confundidos momentáneamente algunos del pupilo

e) Las guardas son instituciones de Derecho Privado, aunque de orden público. Las consecuencias más importantes de esta característica, consisten en el carácter imperativo de las disposiciones legales que les atañen, reglas que, por tanto, no pueden ser derogadas o modificadas por la voluntad privada.

f) Las guardas producen efectos de orden general. La repercusión del nombramiento de guardador y del ejercicio de sus funciones se extiende teóricamente a toda la sociedad, no afecta exclusivamente al pupilo que se le confía a su cuidado.

Efectivamente, el pupilo adquiere el domicilio de su guardador, y es allí donde se le deberá citar, donde deberán hacerse los pagos de las deudas, por regla general, etc. El tutor o curador es responsable no solamente de sus propios actos, sino que también recaen sobre él las consecuencias de la conducta del pupilo, que él debe vigilar. También es consecuencia de este sometimiento legal, que el guardador ejerza la representación del pupilo, lo cual se establece expresamente en el Art. 432 del Código Cicil y en el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil.

En cierto modo, el pupilaje puede compararse con un estado civil. Ciertamente, no es un nuevo estado civil, pero los efectos genéricos *erga omnes*, de la guarda, aproximan esta figura jurídica a la del estado civil. Más exactamente son ciertos estados civiles peculiares los que dan paso a las tutelas o curadurías: porque una persona es menor de edad, o porque está en interdicción, necesita de guardador, pero una vez que se somete a este representante legal, el conjunto de sus derechos, su personalidad jurídica misma, queda matizada por la circunstancia de hallarse bajo una tutela o curaduría. En el caso del menor que sale de la patria potestad y queda sometido a una guarda. el cambio es casi imperceptible, pero aún entonces la situación es un tanto diversa, y de allí que se justifique la afirmación de que el pupilaje es como una especie de estado civil peculiar.

El carácter general de las guardas ha hecho también que el legislador señale normas especiales relativas a la irretroactividad de la ley. en el caso de sustitución o modificación de los textos legislativos. El Art. 7 en la regla 8ª somete a la ley vigente al momento del discernimiento, lo relativo a la capacidad para ejercer la guarda, de modo que si una ley posterior impone nuevos requisitos, no se podrán exigir éstos a quien obtuvo la guarda con anterioridad. En cambio, se someten a la nueva ley las incapacidades supervenientes, ya que en este caso no hay retroactividad. También se rigen por la nueva ley las excusas, las causas de remoción y lo relativo a la remuneración. En cuanto a las sanciones para el guardador negligente o doloso, se rigen

por la ley menos rigurosa, se refiere a las faltas cometidas bajo la ley anterior.

g) Las guardas, en nuestro Derecho, sólo pueden ser ejercidas por personas naturales; se excluye del ejercicio de las tutelas o curadurías a las personas jurídicas. La razón de esta disposición legal que se desprende de todo el contexto, consiste en que para nuestro Derecho tiene primacía el cuidado de la persona misma del pupilo. No sucede lo mismo en los sistemas anglo-sajones, en los que las disposiciones se refieren predominantemente a la administración y conservación de los bienes. En Chile, la ley número 4827 de 17 de febrero de 1930, llamada ley de Comisiones de Confianza de los Bancos, en la letra e) del Art. 1º establece que los Bancos comerciales e hipotecarios que reunan ciertos requisitos pueden "ser guardadores testamentarios generales conjuntos, curadores adjuntos, curadores especiales y curadores de bienes".

h) Por último, quiero señalar un fenómeno social o práctico, más que una característica propiamente jurídica de las guardas. Me refiero a que en estas instituciones, los factores consuetudinarios juegan un papel muy notable. Sabemos que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite expresamente a ella, pero también es evidente que las costumbres pueden matizar profundamente el cumplimiento de la ley. Además, como he dicho, en nuestro país el control público del ejercicio de las guardas no es excesivamente severo, y muchas veces deja qué desear en cuanto a su eficacia, de modo que los usos, las costumbres, pueden predominar con relativa facilidad, aún desviando o deformando las exigencias precisas de la ley. Y este fenómeno no es propio de nuestro país, Planiol y Ripert, afirman con relación a Francia, algo parecido.

346.— *Reformas de índole general que convendría introducir.*

Considero que en nuestro sistema las reformas de carácter general más urgentes serían las relativas a dos puntos: a) una mayor vigilancia al guardador; b) una simplificación de los trámites para ciertos actos administrativos. En cuanto al cuidado personal del menor, o pupilo en general, sí parece que nuestra ley dispone cuando es razonable esperar, y sería más bien el control ejercido sobre el guardador el que hiciera que se cumplieran cabalmente las reglas legales al respecto.

a) Respecto de la vigilancia que debe ejercerse sobre el guardador, se han propuesto varias soluciones; Don Luis Felipe Borja era partidario de la total imitación del sistema francés, estableciéndose los consejos de familia y el protutor, o por lo menos, un curador adjunto pero este sistema resultaría demasiado complicado y poco adaptable a nuestro medio.

El consejo de familia se mantiene en el derecho francés, el belga, el español y cubano, y con facultades más reducidas también se en-

cuentra en los Códigos de Alemania, Suiza y Venezuela. Responde el consejo de familia a una idea sin duda acertada: nadie mejor que los parientes del pupilo se deben interesar por sus intereses, ninguno puede conocer con mayor acierto sus verdaderos intereses y sus circunstancias, para que oriente y vigile debidamente al guardador. Ademas, el consejo de familia, teóricamente podría contribuir a robustecer la familia misma, a consolidarla, fomentando el sentido de solidaridad. Pero la realidad práctica resulta bastante diferente, en este caso, de la pura teoría. Como dice Borja, "la dificultad de la convocatoria, y el desgano con que los parientes asisten a las sesiones, o porque ellos deciden los problemas teniendo en cuenta más el propio interés que el del menor, o porque carecen de los conocimientos jurídicos que muchas veces son necesarios para decidir de estas cuestiones, sea, en fin, por el debilitamiento de la familia moderna, han hecho perder el sentido de la utilidad que esta institución tenía otrora, lo cierto es que el consejo de familia está en quiebra". En casi todos los países en los que se han establecido, se pide insistentemente su supresión, y así se hizo, por ejemplo en el código italiano de 1942.

Planiol y Ripert recogen las numerosas críticas que se han hecho en Francia a los consejos de familia, y cómo muchos desearían su sustitución por otros organismos más bien públicos, de tipo germánico; sin embargo, señalan también las ventajas de la institución que en Francia, además, reune la circunstancia de estar presidida por el juez de paz, dando así ingerencia al poder público. De todas maneras, estos autores reconocen que "la experiencia ha demostrado que el Código ha confiado demasiado en esta institución".

En cuanto al tutor subrogado o protutor, también de origen francés, se conserva en algunas legislaciones, como la cubana y la alemana. Sus funciones son de vigilancia y le corresponde reemplazar eventualmente al tutor. Se podrían hacer reparos semejantes a los formulados respecto del consejo de familia: complica la institución de las guardas, diluye la responsabilidad, resulta en fin de cuentas, poco eficaz.

Mucho menos aceptable en nuestro medio sería una estatización de las guardas, una influencia total de los organismos públicos en la protección de los menores e incapaces, como sucede en Suiza. El funcionamiento de nuestras dependencias públicas deja mucho que desear. Además, aquel sistema contribuiría a deshumanizar la institución, a debilitar más todavía la ya maltrecha familia ecuatoriana.

Un término medio razonable, o combinación apropiada de estas instituciones extranjeras, considerando nuestras precisas circunstancias nacionales podría consistir en lo siguiente: 1º conferir al Tribunal de Menores amplias facultades para la vigilancia de todo lo relativo a las guardas, elevando a la vez, el prestigio, dignidad y preparación de estos tribunales; 2º establecer la obligación de rendir los guardadores cuentas anuales ante el referido Tribunal; 3º permitir que todo pupilo que sólo sea relativamente incapaz, pueda pedir en cualquier tiempo la

fiscalización de su guarda por parte del Tribunal; 4º que igualmente los parientes del pupilo hasta el 4º grado de consanguinidad y segundo de afinidad puedan también pedir esa fiscalización; 5º que el guardador requiera de autorización judicial expresa para todo negocio que supere un monto señalado por el Tribunal al discernir la guarda, y que eventualmente pueda modificarse ese monto máximo según las variaciones de fortuna del pupilo o la mayor o menor confianza que inspire el guardador al Tribunal.

Otra institución interesante que ha surgido en los últimos años es el "registro de tutelas". Parece ser que el primer código que lo implantó fué el austríaco, y luego se ha aceptado en las legislaciones de Francia, Bélgica, Portugal, Cuba y Venezuela. En estos registros se anota todo lo relativo a las interdicciones, al discernimiento de las guardas, la rendición de cuentas, los cambios de guardador, el fin de las tutelas y curadurías, etc.; mediante tales inscripciones en un sólo registro, se puede controlar mejor la marcha de las guardas, y aún terceras personas interesadas en contratar con sujetos sometidos a guarda, pueden informarse precisamente de la verdadera situación jurídica de la otra parte. Bien podría organizarse un registro de este tipo en el Ecuador, como dependencia anexa al poder judicial, quizá, al Tribunal de Menores concretamente, o bien, dentro de la organización del Registro Civil.

347.— Clasificación de las guardas

Como dice Vallejo, "fueron tres los criterios que consideró nuestro legislador para clasificar las guardas. Atendió a la edad y demás condiciones del pupilo, dividiendo las guardas en tutelas y curadurías; consideró la dimensión de las facultades que conforme a derecho corresponden a los guardadores, y dividió las guardas en generales de bienes, adjuntas y especiales; finalmente, tomó en cuenta el origen del nombramiento del guardador, es decir, si la designación fué hecha en un testamento, si la hace la ley o si ha estado a cargo del magistrado o juez".

La tutela se da exclusivamente a los menores impúberes que no están sometidos a patria potestad. Por consiguiente, se someten a ella los que no son hijos legítimos (ilegítimos o de padres desconocidos), y también los que siendo legítimos o han perdido sus padres o han sido judicialmente emancipados. Sostiene Claro Solar que también cabe tutela en todo caso de suspensión de la patria potestad o de impedimento del padre para administrar los bienes del hijo; pero no parece esto exacto, ya que hay que distinguir: si sólo se quita al padre la administración de los bienes, lo pertinente es el nombramiento de un curador especial si se trata de un determinado negocio en el cual incidentalmente el padre no puede intervenir, o curador adjunto si es para la totalidad de asuntos. Esta solución se desprende también de la letra de la ley, particularmente de las disposiciones de

los Artículos 270 y 271 que dicen que se puede quitar al padre la administración de los bienes del hijo o suspender la patria potestad en ciertas circunstancias, y entonces "se dará al hijo un curador para esta administración", si el curador se nombra solamente para tal administración, se entiende claramente que no tiene carácter general, y si se trata de impúberes, que no es tutor sino simplemente un curador especial o adjunto. En cambio, si se suspende la patria potestad por demencia, interdicción o larga ausencia, hay lugar al nombramiento de tutor (o curador general, para los adultos), según los Arts. 281 y 390.

Las guardas pueden tener mayor o menor extensión en cuanto a su contenido, o sea, en cuanto a las facultades y obligaciones del curador. Pueden ser curadurías generales, como la del menor adulto, y la de los interdictos, o también pueden ser curadurías simplemente de bienes, adjuntas o especiales.

Están sometidos a curaduría general los menores adultos, y los interdictos. Estos a su vez son: el demente habitual, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, el disipador, el ebrio consuetudinario, los toxicómanos y los sentenciados a ciertas penas que llevan consigo la interdicción civil.

Los casos de curadurías de bienes solamente, son los tres expresamente enumerados por la ley: el de la herencia yecente, el de los derechos del que está por nacer, y el del ausente. En estas tres guardas el sujeto es incierto, no determinado o no localizable, de modo que la curaduría se centra principalmente en torno a la protección de un patrimonio, el cual se reserva para el que puede tener un principio de existencia legal si nace vivo y sobrevive 24 horas, o para los herederos que lleguen a aceptar la herencia o para el ausente que regrese o sus herederos si ha muerto.

Las curadurías adjuntas se constituyen para ayuda del padre, madre o cónyuge que ejercen una potestad y para auxilio del guardador, en los casos de negocios muy complejos para ser atendidos por una sola persona, o cuando alguna circunstancia especial, de las señaladas por la ley hace inconveniente el que sea una sóla persona quien maneje los intereses del pupilo; un caso muy típico es el de curador adjunto designado por un testador que deja bienes a un hijo de familia y no desea que tales cosas sean administradas por el padre que ejerce la patria potestad. Nuestro Código define los curadores adjuntos como "los que se dan, en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre, madre o marido, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada" (Art. 386).

El curador especial, en cambio, se da "para un negocio particular", como dice el Art. 387. Cabe, pues, nombramiento de curador especial tanto para el incapaz que aún no ha recibido curador general, como para el que ya lo tiene o para el que está bajo una potestad, pero con la diferencia, respecto del curador adjunto, que no tiene el curador especial facultades generales para "una administración separada", sino solamente para un determinado negocio. Se entiende por

negocio, cualquier acto o contrato, y éstos pueden ser de índole patrimonial o no serlo, por ejemplo, es curador especial el que se da al menor de edad para que acepte o repudie su reconocimiento como hijo ilegítimo, o para que le dé el asentimiento o licencia para contraer matrimonio, o para comprar o vender un inmueble, etc. Un caso muy notable de curaduría especial es la *ad litem:* para la litis, para defender a un incapaz en juicio en que actúe sea como actor o demandado.

Volviendo a los curadores generales, hay que advertir que aunque el Art. 382 enumera quiénes están sujetos a curaduría general, esta enumeración no es completa. Solamente se nombran en tal artículo al menor adulto y a tres clases de interdictos: los pródigos, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Pero en los artículos siguientes se habla también del ebrio consuetudinario (Art. 383), los toxicómanos "u otros que usaren de sustancias estupefacientes habitualmente", los cuales evidentemente necesitan también de guarda general y no especial o solamente de bienes; además, en la organización positiva de estas guardas son muy similares entre sí, de modo que deben incluirse junto con las de los otros tres casos de interdictos, entre las curadurías generales.

El Art. 552 del Código de Procedimiento Civil habla también de otra interdicción: las del fallido o declarado en insolvencia. Pero esta interdicción que se produce de hecho por la declaración judicial de quiebra (si es comerciante) o de formación del concurso de acreedores es una figura jurídica singularísima que no entraña incapacidad total del fallido o concursado. Efectivamente, el mismo artículo dispone que el cincuenta por ciento de los bienes que adquiera esa persona con posterioridad al decreto judicial, se destina a los gastos personales del fallido y de su familia y será "administrado directamente por el fallido", es decir que no pierde su capacidad jurídica; además, no se nombra al fallido en el Art. 1.500 del Código Civil entre los incapaces ni absolutos ni relativos. Más que una interdicción general, se trata, pues, de una prohibición de manejar ciertos bienes: los que entran en el concurso o quiebra, y el 50% de los que adquiera con posterioridad. Una sentencia de la Corte Suprema, aclara que el fallido puede incluso representar en juicio válidamente los intereses de su mujer, luego, sí puede administrar sus propios bienes, y aún los ajenos, es evidente que no es propiamente un interdicto, y desde luego, no requiere, por esta causa de guardador.

Tanto el Código Penal (Art. 51), como el Código Penal de la Policía Civil Nacional (Art. 41) y el Código Penal Militar (Art. 37), enumeran entre las penas que se pueden imponer por los delitos cometidos, "la interdicción de ciertos derechos políticos y civiles"; y esta interdicción sí puede ser general: referirse al conjunto de los derechos civiles.

El Art. 56 del Código Penal precisa que toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, y a reclusión menor extraordi-

naria, lleva consigo la interdicción del reo mientras dura la pena. También hay interdicción para el condenado a reclusión menor ordinaria si cometió varios delitos que merecen esa pena, o si incurrió en reincidencia. Pero en ningún lugar se determina qué clase de guardador se debe dar a estos interdictos; el Código Civil, ni siquiera los menciona. Considero que, de todas formas, es necesario que tengan un representante legal, ya que no pueden hacer valer sus derechos civiles por sí mismos, y a falta de disposición legal, habría que proceder por analogía, como en el caso de otros interdictos, siendo tal vez la figura más próxima, la del disipador. Toda esta materia tiene grandes lagunas; apenas se encuentran regulaciones fragmentarias: el Art. 103 del Código Penal dice que las incapacidades anexas a ciertas condenas no cesan por el indulto a no ser que se consigne expresamente en el decreto de gracia, y el Art. 105 afirma que "La interdicción civil cesará cuando el condenado haya conseguido indulto de la pena, o cuando se haya conmutado ésta con otra que no lleve tal interdicción"; se debe entender que el indulto o conmutación a que se refiere el Art. 105 dicen expresamente que se levanta la interdicción, porque de otro modo tendríamos una flagrante contradicción con el Art. 103.

Probablemente esta indeterminación de la ley respecto a la clase de interdicción y de guarda a que debe someterse el reo, han inspirado el Art. 14 de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, que, con un sentido social muy loable no exige el cumplimiento exacto y formal de la ley, la interdicción y el discernimiento de la guarda, etc., y autoriza que el cónyuge, los hijos, la madre y las hermanas solteras del delincuente incurrido en interdicción, puedan cobrar la pensión "en el modo y forma que el juez determine".

Indudablemente toda esta materia requiere una legislación más completa y minuciosa, en la que se establezca precisamente qué clase de interdicción es la del reo, qué efectos produce, quién debe ser su guardador, y con qué facultades y obligaciones

348.— Unidad o Pluralidad de las guardas.

Las leyes romanas fueron en general favorables a la unidad de la tutela, es decir, que se debía dar solamente un guardador a un mismo pupilo, admitiéndose, sin embargo algunas excepciones.

La ley II del Título 16 de la Partida 6ª sigue la orientación romanista, admitiendo con alguna mayor latitud la pluralidad de guardadores, pero estableciendo la administración conjunta por parte de ellos, de modo de formar una unidad; en caso de no poder obrar conjuntamente, se debía dar la administración a aquel en quien confiaran los demás y estuviera dispuesto a rendir suficiente caución de cumplir sus obligaciones por todos; si no se ponían de acuerdo, debía decidir el juez en favor de aquel que le pareciera de mayor ventaja para el pupilo.

En muchos códigos modernos se sigue el principio de la unidad de la guarda, entre otros, disponen así: el holandés (Art. 386), el portugués (Arts. 187 y 225), el español (Art. 201), el italiano (Art. 246). El Código Suizo y el Alemán admiten la regla general de la unidad pero admiten algunas excepciones para casos particulares. En América, están a favor de la unidad de la guarda las leyes de Argentina (Art. 386), Uruguay (Art. 279), México (434), Nicaragua (300), Bolivia, cuyo sistema sigue bastante de cerca al francés.

Nuestro Código, en cambio, admite con bastante latitud la posibilidad de que una misma guarda esté desempeñada por varios guardadores, como también se contempla el caso inverso: que una misma persona desempeñe a la vez varias guardas distintas.

Se sostiene la necesidad de que exista solamente un guardador, fundándose en varias razones, pero la principal es la que expresa el mismo Luis Felipe Borja: "la unidad de la administración es esencial, y en la práctica se palpan las dificultades en la administración de dos o más tutores o curadores. Preferimos, pues, el sistema del Código de Napoleón". Sin embargo, no tiene en cuenta nuestro ilustre jurisconsulto la gran complicación que entraña el sistema francés que él tan apasionadamente defiende a cada paso: en el Código de Napoleón, en cierto modo toda guarda resulta plural ya que se debe contar con el tutor, el protutor y el consejo de familia, todos los que intervienen en los actos administrativos. No se alcanza, pues, a ver, cómo pueda calificarse a nuestro sistema de complicado, frente a este otro mucho más complicado.

Nuestra ley en este punto tiene la enorme ventaja de la flexibilidad: lo normal consiste en el guardador único, pero cuando las circunstancias lo requieren, puede tener la ayuda de otro u otros guardadores. Esto permite, graduar, según las circustancias el número de personas que deben intervenir en la administración, y así, para manejar pocos bienes, y de sencillo gobierno, basta una persona, en cambio, para cuantiosos y complicados negocios, puede ser necesario el concurso de varios individuos, incluso de especialistas.

En todo caso, para evitar abusos, que en la práctica serán raros, pero posibles, se debía dar expresamente al juez la facultad de reducir el número de guardadores encargados del cuidado de un mismo patrimonio. Ahora bien, nuestra ley confiere expresamente esta atribución en el Art. 405, de modo que el juez que viera un evidente perjuicio para los intereses del incapaz, sí podría simplificar su guarda, ya que el mismo incapaz, en muchos casos puede dirigirse al juez para pedir que se corrijan los procedimientos administrativos de sus bienes, que le causen perjuicio.

La división de la guarda se produce en nuestro derecho no solamente por la designación de varios tutores o curadores en testamento o testamentos, sino que también puede hacerse por disposición judicial, a petición del mismo guardador. Pero en este último caso, deben cumplirse varios requisitos: que se trata de una administración verda-

deramente complicada, que se oiga a los parientes del pupilo sobre este asunto, lo mismo que el dictamen del Ministerio Público, y sólo cumplidas estas cautelas el juez divide la administración en la forma más conveniente.

Mientras el Art. 393 permite al juez que divida la administración de una guarda complicada en general, el Art. 516 parece exigir para la división de la curaduría de bienes un requisito más: que los bienes administrados estén "situados en diferentes lugares". Pero opino que esta circunstancia debe entenderse solamente como indicativa, y que si la extremada complejidad de los negocios lo exige, debe dividirse la administración aunque los bienes estén situados en el mismo lugar. Efectivamente, se debe considerar el real beneficio o utilidad de la institución y que no resulte tampoco excesivamente gravosa la guarda a quien la ejerce.

349.—División de las guardas por su origen.

En el Derecho Romano más antiguo, aparecen ya los tres tipos de guardas que actualmente se conocen, en cuanto al origen o designación de la persona que debe desempeñarlas.

En el Fuero Juzgo (Ley 3 del Título 3 del Libro IV), se admite que en determinada hipótesis, los parientes del huérfano elijan tutor, y en el Fuero Real (Ley 3 del Título 7 del Libro III), se ordena que la madre viuda y tutora de sus hijos haga el inventario de los bienes de éstos "ante los parientes más próximos del muerto". En estos casos, pues, se añade a las tradicionales formas de designar tutor una nueva, por acto entre vivos en el que intervienen los parientes del pupilo.

Nuestro Código recoge las cuatro mencionadas formas, de las cuales las tres primeras son típicas y extensamente desarrolladas en la ley: la testamentaria, la legítima y la dativa; mientras tanto que a la última, apenas se refiere el derecho para remitirse genéricamente a las reglas testamentarias.

El Art. 394 menciona el principal caso en el que cabe designación de guardador por acto entre vivos, y es cuando una persona hace donación a un incapaz, designando la persona que deba administrar dichos bienes donados. Incluso si la persona designada no es apta para el desempeño de la guarda, el juez debe designar la persona que ejerza dicha guarda, y se evita que los bienes sean así administrados por el representante legal general del donatario.

Aunque el Código se refiere en términos poco precisos a la "tutela que se confiere por acto entre vivos", debemos entender que no es cualquier acto entre vivos apto para este objeto, sino que se requiere un acto solemne, y probablemente, escritura pública, pues esto se desprende de todo el espíritu de la ley, y de la necesaria protección del incapaz.

350.—Guarda testamentaria.

Se llaman tutelas o curadurías testamentarias aquellas cuyo titular es designado por testamento de persona autorizada por la ley para nombrarlo. La mayor parte de las guardas pueden ser testamentarias: la tutela, la curaduría del menor adulto, las de los interdictos, pueden ser guardas adjuntas y especiales, cabe también la guarda testamentaria de los derechos eventuales del que está por nacer, pero en cambio no se mencionan en la ley de la herencia yacente ni la del causante, y por su misma naturaleza no merece que puedan tener origen testamentario, más aún, de la curaduría de la herencia yacente dice el Art. 522 que será siempre dativa, es decir que categóricamente se excluye su origen testamentario.

Las legislaciones antiguas solamente solían conferir el derecho de nombrar curador por testamento al padre. En Roma, el paterfamilias, aunque no fuera padre, sino, por ejemplo abuelo paterno, era quien podía hacer esta designación. En las Siete Partidas se siguió el mismo sistema (Título 16, Partida Sexta). La Ley 47 del Toro quitó al abuelo el derecho de nombrar tutor, y así se reprodujo en la Novísima Recopilación (Ley 3, Título 5, Libro X). No se reconocía a la madre en cuanto tal ningún derecho al respecto, en cambio, podía sí nombrar guardador a los hijos que no tuvieren padre, si los constituía herederos, entonces, como cualquier otra persona que les dejara bienes podía nombrarles guardador, pero no por ser madre, y en todo caso, el juez debía confirmar este nombramiento.

En nuestra legislación actual pueden nombrar guardador: el padre legítimo, la madre legítima, el padre ilegítimo, la madre ilegítima, y cualquier persona que deja bienes en herencia o legado, o ha hecho donación de bienes a un incapaz. La ley los señala en este orden y debemos entender que es un orden de preferencia excluyente, al menos en cuanto al guardador general; porque si un testador deja curador especial o adjunto para administrar ciertos bienes que deja en herencia o legado, no se opone a otra designación hecha por el padre o madre del beneficiario de dichas disposiciones por causa de muerte.

El nombramiento surte efectos siempre que se dé guardador a quien realmente lo necesita, es decir, que no cabe designar guardador para una persona que es capaz al momento de surtir efectos el testamento, es decir, al momento de la muerte del testador. Con todo, cabe el nombramiento de curador adjunto, a favor de un menor que está bajo patria potestad, o que entrará en la patria potestad de la madre al morir el padre. También cabe nombramiento a favor de una persona que aún no tiene existencia legal, pero que se espera que nazca vivo y sobreviva las 24 horas exigidas por el derecho.

El primero que puede nombrar guardador testamentario es el padre legítimo, como acabamos de decir. Tal designación puede hacer siempre que no haya sido privado de la patria potestad por disposición del juez, según el Art. 290 (caso de emancipación judicial del hijo), o

que haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo. Puede hacer el nombramiento el padre que está en ejercicio de la patria potestad, o que tiene a un hijo bajo su guarda. La emancipación legal no priva al padre de este derecho: así, el hijo menor de edad que se casa, sale de la patria potestad del padre, pero éste es el primer llamado a ejercer la guarda legítima del hijo emancipado, y podría, por lo mismo, designarle curador testamentario.

El Código se refiere concretamente a los siguientes nombramientos que puede hacer el padre legítimo: tutor para los hijos que no tienen madre (o que, eventualmente no la tengan al morir el padre, hay que añadir); curador adjunto, si es que sí tienen representante legal (madre que pueda ejercer la patria potestad); curador para el que está por nacer; curador para el menor adulto; curador para el demente que está bajo patria potestad o guarda: curador para el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, en iguales circunstancias que para el demente; y conforme al Art. 492, también al hijo disipador que esté bajo la curaduría del padre. Respecto de este último caso, anota con mucha razón Don Luis Felipe Borja, que debió incluirse en la enumeración que hace nuestro actual Art. 397, y que solamente menciona al demente y al sordomudo y no al disipador.

Respecto del que está por nacer, hay que aclarar que el padre puede nombrar dos clases de guardadores: conforme al Art. 396, puede darle curador adjunto para cuando nazca, a fin que ayude a la madre que ejerza la patria potestad, en la administración de los bienes y en el cuidado del menor; puede también nombrar el específico curador de bienes del que está por nacer, conforme dispone el Art. 398. Y desde luego, cabe también designación de curador del menor adulto, designación que, como la de tutor también, puede hacer el padre para el caso de que el hijo quede también huérfano de madre, y no haya otra persona de mejor derecho para cuidar de él.

No hay inconveniente en que el padre nombre tutor y curador para sus hijos que todavía son impúberes; el primero desempeñará eventualmente su cargo si al morir el padre los hijos no han llegado a la pubertad, y le corresponderá al segundo (al curador) la guarda de los menores cuando lleguen a ser adultos.

Tampoco hay inconveniente alguno para que una misma persona sea designada con diversas calidades, por ejemplo, para ser sucesivamente tutor y luego curador de los hijos menores.

El nombramiento testamentario de curador para el demente, no requiere declaración previa judicial del estado de demencia, basta que el hijo esté bajo el cuidado del padre; después, si al morir el padre el hijo ya es mayor de edad, entonces será necesaria la interdicción para que entre en funciones el curador designado en testamento.

En segundo lugar, corresponde a la madre legítima la facultad de nombrar guardador testamentario. Los derechos de la madre son sustancialmente iguales a los del padre en este caso, salvo las cosas que por la naturaleza misma tienen que diferir: por ejemplo, no cabe que

nombre por testamento curador de los derechos eventuales del hijo que lleva en su seno, porque, como es evidente, sólo si muere tendrá valor el testamento, y entonces ya no habría lugar a tal guarda. Pero, además, la ley, pone tres limitaciones expresas al derecho de la madre: no puede nombrar guardador si ha estado divorciada por adulterio, o si se le hubiere privado de la patria potestad, por disposición judicial, o si ha pasado a otras nupcias (Art. 400). Nótese que aunque la mujer divorciada por adulterio llevare después conducta correcta, ya no tiene derecho de designar por testamento el guardador de sus hijos.

Los casos señalados en el Art. 400, que limitan las facultades de la madre, dan a entender que el legislador pensó que solamente la madre que ha perdido al marido, o que está divorciada (sin su culpa, o al menos por una culpa menor que el adulterio), podría nombrar guardador testamentario. Pero no se ve inconveniente alguno para que una mujer casada, cuyo marido vive, pueda hacer testamento y designar en él al guardador de sus hijos, y si el marido muere sin hacer testamento, la designación hecha por la madre tendrá valor. Parece, sin embargo, que el espíritu de la ley es el de dar preferencia a la disposición del padre, a quien están "especialmente sometidos" los hijos legítimos (Art. 239), y por lo mismo, si hubieren nombrado guardadores testamentarios tanto el marido como la mujer, prevalecería la designación del padre sobre la de la madre.

Parece también evidente que si el padre hubiere perdido el derecho de nombrar guardador, conforme al Art. 399, entonces, la designación hecha por la madre tendría plena validez y prevalecería sobre un eventual nombramiento que hubiere hecho el padre incapacitado para ello.

No parece muy justa la disposición legal en lo que se refiere a prohibir absolutamente a la madre que "haya estado divorciada por adulterio"; ya que si los cónyuges se han reconciliado y vuelto a casar entre sí, la madre debería recuperar su derecho. También considero que no se debe negar el derecho de nombrar guardador testamentario a la madre divorciada que posteriormente ha tenido hijos legítimos, y respecto de éstos, sobre todo si pertenecen a un nuevo matrimonio contraído al enviudar.

En el caso del hijo disipador, la madre puede nombrarle guardador testamentario, siempre que se cumpla la misma condición que el Art. 492 exige también al padre, esto es, que esté ella misma ejerciendo la guarda del hijo interdicto. La disposición es muy lógica: una de dos: o el hijo está actualmente interdicto y puesto bajo la guarda del padre o de la madre, o no lo está; en el primer caso quien tiene el cuidado del hijo durante la vida, debe también poder protegerlo después de sus días mediante la designación testamentaria de guardador; y en el caso de que el padre o la madre no tengan dicha guarda, significa que no han cumplido con su deber o no han sido capaces de desempeñar esa carga, entonces tampoco se puede confiar en su voluntad respecto de quien deba cuidar del hijo cuando ellos hayan muerto,

además, si el hijo ya tiene otro guardador, no sería razonable que éste se cambiara al morir el padre o madre que no desempeñaban esa guarda.

En tercer lugar, también pueden designar guardador testamentario, los padre ilegítimos, en circunstancias similares y con análoga extensión de derechos, a los del padre legítimo.

Creo que en nuestro sistema nada obstaría para la designación de guardador por escritura pública, ya que en forma genérica esto se autoriza en el Art. 395. Pero sería preferible decirlo expresamente para el caso del reconocimiento voluntario del hijo ilegítimo, acto por el cual de hecho también se le constituye heredero.

No establece nuestro Código ningún derecho preferente del padre, de la madre, o del que primero haya reconocido al hijo, en lo tocante a la designación de guardador testamentario. Don Luis Felipe Borja afirma que si después de nombrado guardador al hijo ilegítimo por el padre difunto, le reconoce la madre, y ésta al morir, le deja guardador; se aplicará la regla puntualizada en el actual artículo 392, de que no se puede dar tutor o curador general al que ya lo tiene. Pero si la madre dejara al hijo, además de la legítima, otros bienes, para la administración de éstos puede nombrarle curador adjunto. Esta solución es razonable y conforme con el contexto de la ley. Aparte del caso planteado por este autor, se podrían dar otros; por ejemplo, el de muerte simultánea de ambos padres (o en tiempo que se desconozca) habiendo hecho ambos designaciones testamentarias de guardador a favor del hijo ilegítimo común; en principio, ambos deberían desempeñar la guarda, y solamente si se viera que esto resultara inconveniente se podría aplicar por analogía el Art. 410 que da preferencia al padre ilegítimo que primero haya reconocido al hijo, o si también el acto del reconocimiento fue simultáneo, tiene preferencia el padre, para el ejercicio de la guarda legítima, de donde podría deducirse también una primacía para designar guardador testamentario.

Cualquiera de las indicadas personas puede nombrar varios tutores o curadores testamentarios de modo que se sustituyan o sucedan unos a otros.

Se ha planteado la pregunta de si puede nombrar guardador el padre que ha desheredado al hijo. Evidentemente sí puede tal padre nombrar guardador testamentario, ya que la ley no le prohibe ni distingue este caso, sino que en forma genérica autoriza el nombramiento de tutor o curador, y aún a favor del hijo todavía no nacido.

En cambio, el padre o madre que han sido privados de la patria potestad por disposición del juez, o que hayan sido removidos de la guarda del hijo, pierden el derecho de nombrarle guardador testamentario, y solamente readquieren este derecho si dejan al hijo alguna parte de sus bienes que no se le deba a título de legítima. También pueden tales padres nombrar curador por acto entre vivos, si han hecho una donación al hijo, que exceda o que no se compute a la legítima que le corresponde al hijo. Y en ambos casos el curador que nombren so-

lamente tendrá la curaduría de los bienes donados o dejados en herencia en las condiciones indicadas.

En el caso últimamente citado los padres pueden hacer esta designación de guardador, no precisamente en cuanto padres, sino en cuanto personas que hacen una liberalidad al incapaz. También un extraño que deja bienes hereditarios o en legado, o que hace una donación, puede disponer que esos bienes no sean administrados por el padre, madre, marido o guardador del incapaz, y designar la persona que ha de tener tal administración. Supuestas estas circunstancias, el juez, oídos los parientes del pupilo, y el Ministerio Público, puede optar por una de estas soluciones: ordenar que no se acepte la donación, herencia o legado que fueren inconvenientes para el pupilo; hacer que esos bienes sean administrados por la persona designada por el testador o donante; o finalmente, designar a otra persona idónea para que ejerza esa curaduría adjunta, en lugar del nombrado por el que hizo la liberalidad, si este nombramiento recayó sobre una persona no idónea. La ley, con amplitud y sentido práctico, resuelve de forma acertada el problema.

Podría preguntarse si el adoptante puede hacer uso de los derechos que hemos estudiado que tienen los padres propios, legítimos o ilegítimos. Parece que se debe contestar afirmativamente, puesto que el adoptante asume los deberes y derechos del propio padre, a pesar de que nuestro texto legal, un tanto defectuoso, se refiere solamente a los deberes y derechos de que trata el mismo Título De La Adopción.

Un punto que puede suscitar duda es el referente a si un menor adulto, u otro relativamente incapaz, actualmente sometido a una potestad o guarda, puede a su vez nombrar guardador testamentario o por acto entre vivos. Estando él mismo bajo un representante legal, parece que no podría hacer tal nombramiento; pero, por otra parte, el testamento es un acto personalísimo que sí puede hacer válidamente el que sólo tiene incapacidad relativa, tal el caso del menor de edad, de la mujer casada, etc. Y respecto al acto entre vivos, si estas personas han hecho una donación, tienen que haber sido necesariamente autorizadas en forma legal, y entonces también parece razonable que puedan determinar la persona que administrará los bienes que han regalado.

Cabe también la duda sobre el valor de una designación hecha en un testamento inválido. En el primitivo Derecho Romano se exigía necesariamente que el testamento fuera válido, pero en la época imperial se permitió incluso la designación en un *testamento iniustum,* y esta doctrina fue recogida también por las Siete Partidas. Nuestro Código habla simplemente de "testamento", y sabemos que los actos que la ley prohibe son nulos y de ningún valor, de modo que el testamento inválido, no podría servir para producir este importante efecto del nombramiento del guardador.

La designación testamentaria de guardador admite condiciones tanto suspensiva como resolutiva, o también plazo, o señalamiento de

día para comenzar o para expirar. Todas estas modalidades se dan únicamente en las guardas testamentarias, no caben ni en las legítimas ni en las dativas.

Una misma persona bien puede ser nombrada en testamento curador y también albacea; no hay incompatibilidad ni natural ni expresamente señalada por la ley, de donde no hay inconveniente para esta doble designación.

Lo dicho a propósito de la unidad o pluralidad de guardadores, en las reglas generales de toda guarda, se repite expresamente con referencia a los guardadores testamentarios. Los Arts. 403, 404 y 405 señalan minuciosamente las facultades del testador para nombrar uno o varios guardadores y dividir o no entre ellos la administración; lo que sí establece imperativamente la ley es que el cuidado personal del pupilo se ha de confiar solamente a uno de los nombrados; y también se da amplias facultades al juez para dividir la guarda que no lo hubiere sido por el testador, si así conviene a los intereses del pupilo, y también puede restringir el número de las personas llamadas a administrar los bienes, con todo lo cual se deja a salvo los intereses de quien debe ser protegido.

351.—Guarda legítima.

Se entiende por guardador legítimo, al llamado por la ley para ejercer su cargo, aunque, como los demás guardadores, debe recibir el discernimiento por parte del juez.

La guarda legítima ocupa el segundo lugar de preeminencia, es decir, después de la testamentaria, y antes de la dativa. Si hay guardador testamentario, éste desplaza al simplemente legítimo.

Pero la sencilla regla que se acaba de formular, tiene algunas peculiaridades en su aplicación.

En primer término, pueden coexistir un curador testamentario y otro legítimo, siempre que no sean de la misma especie, o que no tengan atribuciones para administrar los mismos bienes. El caso puede ser frecuente si se trata de herencias o legados dejados por extraños, y que hayan designado curador solamente para los bienes que pasan al pupilo, entonces este curador será solamente adjunto del curador general (o tutor) que puede ser simplemente legítimo.

El párrafo 3º del tíulo XIX se refiere a "La Tutela o Curaduría Legítima", pero él en realidad no abarca todos los casos de guardas legítimas, sino que se refiere más directamente a la tutela legítima y a la curaduría general legítima, dejando para los respectivos títulos de cada una de las guardas en especial el cuidado de regular el orden legal del llamamiento al ejercicio de la guarda. Estas reglas son, pues, principalmente aplicables a los menores de edad, ya que para el caso del demente, del disipador, del ebrio, del toxicómano, del sordomudo, y para las curadurías de bienes, se siguen otras reglas; y en cuanto a las curadurías especiales, no son legítimas sino dativas.

Somarriva ha esquematizado muy bien los casos en que hay lugar para la guarda legítima; 1º Cuando falta la guarda testamentaria, situación que se presentará: si los padres o adoptantes no han designado curador por testamento; si el testamento en que hacen la designación es declarado nulo; si el curador o tutor fallece antes que el testador; si el guardador nombrado fuere incapaz o se excusare legalmente de servir el cargo. 2º Cuando expira la guarda testamentaria, lo que acontecerá: si fallece el guardador testamentario que estaba ejerciendo la guarda; si a este guardador le sobreviene alguna incapacidad mientras ejerce la guarda; y si llega el plazo o se cumple la condición que el testador ha fijado para el término de la guarda. 3º Cuando se emancipe el menor. 4º Cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez.

El Art. 408 comprende todos los mencionados casos, en forma muy sintética indicando que tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria. Y destaca que el caso más normal de guarda legítima es el que se produce cuando "viviendo los padres, es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por sentencia del juez". Pero, otro caso digno de especial mención por su frecuencia e importancia es el que considera el Art. 410: el hijo ilegítimo está bajo la curaduría o la tutela de su padre o de su madre. Esta guarda legítima del hijo ilegítimo tiene un peculiarísimo carácter, ya que reemplaza, o hace las veces de la patria potestad, y ahora probablemente deberá desaparecer para dar paso a la misma patria potestad.

Pueden presentarse algunos casos en que se dude si hay o no lugar a la guarda legítima. Uno de ellos consiste en que se hayan nombrado dos o más guardadores testamentarios, y después de haber ejercido uno de ellos el cargo, se excuse o se incapacite para continuar ejerciéndolo: entonces, se deberá llamar al otro guardador testamentario siempre que se le haya designado para suceder o sustituir al primero, pero si la nominación fue con carácter alternativo, para que el juez escogiera el más apto, entonces, corresponde la guarda al llamado por la ley, es decir, habría lugar a la guarda legítima.

Entre los tratadistas franceses se ha discutido mucho sobre si el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre, excluye definitivamente de la guarda legítima al abuelo no llamado en dicho testamento a ejercer esa guarda. En nuestro derecho este punto está claro: si el simple nombramiento de guardador testamentario no destruye la posibilidad de que entre en funciones el guardador legítimo, ya que el Art. 408 se refiere solamente a "falta o expiración" de la guarda testamentaria. Solamente en el caso en que se deba nombrar curador interino, por poco tiempo, hasta que el designado por testamento cumpla 21 años y pueda ejercer su cargo, en lugar de llamar al guardador legítimo para ese interinazgo, nuestra ley establece que entonces ejerza la guarda un curador dativos (Art. 541). La misma regla se sigue cuando sobreviene un embarazo temporal transitorio, para el ejercicio de la guarda por parte del testamentario.

El criterio que inspira al legislador en cuanto a la determinación de las personas llamadas a desempeñar la guarda legítima, consiste en apreciar que las personas más vinculadas por el afecto natural son también las más merecedoras de confianza. Por esto se suele restringir el llamamiento legal a los parientes más íntimos. Cuando se redactó nuestro Código el sentido de familia estaba indudablemente más arraigado, o con mayor exactitud, diremos que se extendía a un grupo más amplio de personas; la familia moderna se ha concentrado y abarca solamente de ordinario los cónyuges y sus hijos. Por esto, se nota una cierta incongruencia entre las medidas legales que han restringido los derechos hereditarios a un mínimo grupo de personas, y en cambio, continúan siendo llamados a la guarda legítima muchos parientes relativamente lejanos.

Nuestro sistema distingue netamente la guarda legítima de los que son hijos legítimos, y la que corresponde a los ilegítimos.

En cuanto a los hijos legítimos, todavía hace el Código una subdistinción, expresada a través de una curiosa y un tanto incorrecta redacción en el Art. 409: por una parte la tutela y por otra la curaduría.

El orden de los llamados a la tutela legítima del hijo legítimo es el siguiente: 1º los ascendientes de uno y otro sexo; 2º los hermanos varones del pupilo y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo. Todos estos parentescos se entienden legítimos.

El orden de la curaduría general legítima del hijo legítimo es este: 1º el padre; 2º la madre; 3º los ascendientes (entre los cuales escoge el juez); y 4º los colaterales, entre los que debe elegir el juez, entendiéndose por colaterales, los mismos designados antes para la tutela.

La diferencia entre la tutela y curaduría legítimas, está pues, en que el orden de la tutela es ligeramente más rígido que el de la curaduría, ya que la facultad del juez para escoger entre los colaterales se formula expresamente en el Art. 409 a propósito de la curaduría y no de la tutela, de modo que en el caso de la tutela hemos de entender que prevalece el hermano respecto del tío o del tío abuelo. Además, como es evidente, mientras en el caso de la curaduría se llama a los padres, esto no sucede respecto de la tutela: si el menor es impúber o está bajo la patria potestad, o ha salido de ella por emancipación judicial (o por muerte del padre y madre) y entonces no pueden ellos ejercer la guarda; en cambio el menor adulto emancipado voluntariamente o por matrimonio, debe recibir en primer término por guardador a su padre o madre.

El Art. 409 confiere también al juez la facultad de designar más de un curador, si lo estimare conveniente, y puede o no dividir entre los varios nombrados las funciones. Todos ellos serán guardadores legítimos. Y si uno o varios llegaren a faltar, por muerte, excusa legal o incapacidad sobreviniente, se debe llamar a otro u otros de la

misma especie, es decir, también legítimos (Art. 411), sin que se dé paso a la guarda dativa, sino a falta de todos los llamados por la ley.

No establece nada nuestra Ley sobre los derechos del adoptante con referencia a la guarda legítima. La definición de la adopción, contenida en el Art. 317 dice que el "adoptante adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señaladas en este Título" (es el Título XV del Libro I); ahora bien, en el Título de la Adopción, nada se dispone sobre la guarda de los hijos adoptivos. El adoptivo puede ser emancipado por las mismas causas y de la misma manera que el que se halla bajo la patria potestad de sus propios padre o madre. Ante el silencio de la ley, parece que debemos concluir que el adoptante sí debe considerarse llamado al ejercicio de la guarda legítima del hijo adoptivo menor de edad emancipado, y en los demás casos en que suele ser llamado el padre propio, respecto de su hijo legítimo, no adoptado por otro.

Antes de pasar al estudio de la guarda legítima de los hijos ilegítimos conviene señalar que la preferencia establecida en la ley entre los parientes del hijo legítimo, para el ejercicio de la guarda de éste, como hemos dicho es relativamente flexible: el juez no puede anteponer nadie al padre, y en segundo lugar es llamada necesariamente la madre; sólo a falta de éstos viene el tercero y el cuarto orden de llamamientos, y es en estos grados, en los que el juez puede escoger al pariente más adecuado, pudiendo preferir una vez a un hermano, o a un tío, a un abuelo, tío abuelo, etc. Naturalmente, en dicha elección el magistrado debe tener en cuenta un sinnúmero de circunstancias tales como la edad, la cultura, al afecto y simpatía que tengan esas personas por el pupilo, y que el mismo pupilo tenga por tales personas, sobre todo si está ya más próximo a la mayoría de edad; téngase en cuenta que el menor adulto es llamado a designar la persona que ha de desempeñar una guarda dativa, luego, es razonable que el juez cuente con su opinión para nombrarle el guardador legítimo, de entre los parientes llamados para ello. Pero el orden legal, como dice Borja con acierto "debe ser respetado en tanto no exista una causa seria que justifique apartarse de él".

En cambio, en nuestro sistema no se da preferencia entre los ascendientes a los varones, y a mi modo de ver es justa la ley en este punto, y responde a las costumbres sociales: es bien sabido que muchas veces se halla mayor abnegación y plena dedicación al cuidado de un menor o de un incapaz, por parte de una abuela que por parte de un varón, aunque sea a veces el mismo padre legítimo. No considero, pues, atinada la crítica que hace al respecto Don Luis Felipe Borja, que declara que "sería preferible el sistema del Código Napoleón —que da siempre preferencia al varón sobre la mujer—, en cuanto excluye de la guarda legítima a los ascendientes legítimos exceptuándose la madre".

Respecto de los hijos ilegítimos, solamente dos personas pueden ejercer la guarda legítima: el padre o la madre ilegítimos.

Esta guarda ha sufrido notables cambios en nuestra historia del

Derecho Civil, y probablemente deberá modificarse más en vista del precepto de igualdad consignado en la Carta Política de 1967.

Ya el Proyecto enviado en 1857 por la Corte Suprema al Congreso Nacional decía en el Art. 400, que pasó a ser el 357 del texto aprobado, que corresponde la guarda legítima del hijo natural al padre o madre que primero le reconozca, y si ambos le reconocen a un tiempo el padre, y agregaba "Este llamamiento pondrá fin a la guarda en que se hallare el hijo que es reconocido como natural, salvo el caso de inhabilidad o legítima excusa del que, según el inciso anterior, es llamado a ejercerla". Este texto permaneció sin cambios hasta 1935, y así figura en la edición del Código Civil de 1930, en el cual lleva el número 358.

La reforma de 1935, además de cambiar la nomenclatura de modo que en adelante se llaman "ilegítimos" los antes designados como "naturales", suprimió el inciso referente a la terminación de la guarda bajo la que estaba antes el hijo que es reconocido. No se da ninguna explicación de esta supresión, puesto que el Decreto Supremo de 21 de noviembre de 1935 prácticamente no tiene considerandos, ni es posible conocer antecedentes de este Decreto dado por el Dictador Páez, sin ninguna discusión previa en Congreso o Asamblea alguna. Además, resulta inexplicable la referida supresión. Si el hijo que es reconocido por su padre o por su madre y llega así a ser ilegítimo, estuvo antes bajo alguna guarda, ésta no pudo ser sino testamentaria o dativa, ya que el hijo de padres desconocidos (antes del reconocimiento, por consiguiente), no tiene ni padres ni parientes frente a la ley, y nadie es llamado a ejercer su guarda legítima; ahora bien, si tuvo guardador dativo, éste debe cesar en sus funciones para dar paso a la guarda legítima del padre o de la madre ilegítimos que tienen preferencia legal, y que aún por los dictados de la misma naturaleza son más aptos, en general, para ejercer la tutela o curaduría del hijo aunque sea ilegítimo; si tenía, en cambio guardador testamentario, lo lógico sería que éste continuara ejerciendo su guarda, pero contraída únicamente al cuidado de los bienes que se hubieren dejado en herencia o legado, o que se hubieren donado al pupilo, debiendo ser, por consiguiente este guardador testamentario un curador adjunto al padre o madre ilegítimos a quienes corresponde la guarda legítima del hijo.

Naturalmente, si el padre o madre reconocientes, o ambos, son incapaces para el ejercicio de la guarda, o si tienen un motivo legal de excusa y usan de él, entonces sí el anterior guardador debe continuar en sus funciones, ya que sería absurdo dar fin a aquella guarda dativa por el hecho del reconocimiento del hijo ilegítimo por sus padres (o uno de ellos), para proceder a continuación a nombrar otro guardador dativo por no poder ejercer la guarda al padre o madre que le reconocieron. Se da por supuesto que sólo en el caso de que el padre o la madre entren en el ejercicio de la guarda legítima que les corresponde, sólo entonces debe cesar la guarda a que anteriormente estuvo sometido el pupilo.

Otro Decreto Dictatorial, ya durante la Jefatura Suprema del General Enríquez, el de 23 de julio de 1937, modificó más profundamente el sistema de la guarda legítima del hijo ilegítimo, cambiando también el texto del referido Art. 358, que pasó a ser 404 en la edición de 1950 y que es el actual 410 del Código Civil de la edición de 1960.

En primer lugar, además del padre o madre que voluntariamente hayan reconocido al hijo, también pueden ejercer esta guarda legítima el padre o madre que hayan sido declarados judicialmente tales, con relación al hijo ilegítimo. Esta reforma responde a la innovación, más amplia, de mayor alcance, de la estructura misma de la filiación ilegítima introducida mediante varios decretos dictatoriales, pero principalmente los de 1935 y 1937. A pesar de la buena intención y el acierto de la mayor parte de sus disposiciones, estas reformas dictatoriales, casi siempre precipitadas, y sin antecedentes de estudio y discusión parlamentaria, adolecen de graves errores o inconvenientes. Uno de los más notables, y que cabe destacar en este punto, consiste en haber equiparado los derechos y obligaciones de los padres ilegítimos que voluntariamente reconocen al hijo ilegítimo, y los deberes y derechos de aquellos que llegan a ser padres ilegítimos, no por voluntario reconocimiento, sino por declaración judicial; evidentemente estos últimos deberían tener todas las obligaciones, pero no resulta lógico conferirles los mismos derechos, no merecen la misma confianza que aquellos padres que voluntariamente cumplen su deber moral de reconocer a quienes han engendrado fuera de matrimonio.

Por lo demás, la reforma de 1937 aproximó notablemente la figura jurídica de la guarda legítima del hijo ilegítimo, a la patria potestad que se ejerce sobre el hijo legítimo exclusivamente: a) el padre ilegítimo que ejerce esta guarda tiene el usufructo de los bienes del hijo, y no la común remuneración propia de los demás guardadores; b) se eximió al padre ilegítimo del requisito de prestar caución antes de entrar en el ejercicio de la guarda; c) se estableció que se puede remover judicialmente de la guarda al padre ilegítimo por las mismas causas por las que se puede quitar judicialmente la patria potestad al padre legítimo; d) el padre ilegítimo privado de la guarda se asimila al padre legítimo desposeído judicialmente de la patria potestad, para los efectos del Art. 106, (hoy 96) es decir que se considera "faltar", y no se cuenta con él para que dé el asentimiento o licencia para el matrimonio del hijo menor de edad; e) en cuanto a la enajenación de los bienes raíces también se aplican las mismas disposiciones en ambos casos: patria potestad o guarda legítima del hijo ilegítimo. En conclusión, podemos decir que hoy la diferencia entre ambas situaciones es casi sólo de nombre más que de naturaleza jurídica y efectos.

Si tanto el padre como la madre han reconocido al hijo, tiene preferencia para el ejercicio de la guarda el que primero le reconoció. Esta disposición fue duramente criticada por Borja, quien encontraba que "si el padre hubiere reconocido al hijo después que la madre, lo

conveniente y jurídico era que cesando la guarda de la madre, la del hijo se confiera al padre. Saltan a la vista —dice— las razones en que esta opinión se funda. La ley empero es clara y terminante, y, aplicándola, corresponde la guarda del hijo a la madre, aun cuando el padre le hubiera reconocido". No encuentro, sin embargo, que la regla de nuestro Código sea tan inconveniente y antijurídica. Poco práctica podría resultar que tuviera que cambiarse de guardador necesariamente por el hecho de que el padre reconozca al hijo después que la madre, si se tiene en cuenta que en principio se procura dar la mayor estabilidad y permanencia a las guardas; ni sería justo privar a la madre del usufructo legal.

Teniendo en cuenta más bien, la gran flexibilidad introducida en la ley en materia de cuidado personal y patria potestad de los hijos de divorciados, en virtud de la reforma legal de 1958, sería más razonable pensar ahora en otra reforma que mejore también la condición de los hijos ilegítimos, confiriendo, de modo análogo, amplias facultades al juez para que pueda confiar el cuidado personal del hijo a uno de los padres reconocientes, y la guarda legítima, y dividir también cuando las circunstancias lo aconsejen, el usufructo de la guarda legítima, de modo que el juez, analizadas las circunstancias pueda establecer lo más aconsejable para los intereses del menor, sin seguir el rígido sistema de dar preferencia siempre el primer reconociente o primer declarado judicialmente.

Cabe aclarar que en el caso de declaración judicial de la paternidad y de la maternidad, se da preferencia a aquel de los padres cuya sentencia haya sido primeramente inscrita. Parece, pues, que pronunciada ya la sentencia, no podría anticiparse uno de los padres a reconocer voluntariamente el hijo, antes de que se inscriba la sentencia declarativa de la paternidad del otro progenitor, porque el texto legal es terminante.

Naturalmente si uno de los padres ilegítimos muere o se incapacita para el ejercicio de la guarda, o renuncia legalmente a ella, será llamado a ejercerla el otro progenitor si es capaz.

Como veremos más adelante, para ciertas guardas, además de las personas ya indicadas, pueden ser llamados el cónyuge, los hijos y otros parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Pero tratándose de los que no son hijos legítimos, solamente cabe el llamamiento a los padres, como queda dicho. Ahora bien, los concebidos fuera de matrimonio y que no han sido reconocidos ni declarados judicialmente, no son tampoco hijos ilegítimos y no tienen jurídicamente hablando ni padres y parientes; tampoco la ley llama a persona alguna al ejercicio de la guarda legal de estos menores o incapacitados, de modo que solamente pueden tener guardador testamentario, conferido por quien les deje una herencia o legado o les haya hecho una donación, y en su defecto, se les dará un guardador dativo.

352.— Curaduría dativa.

Si una persona que debe estar sometida a guarda no tiene ni guardador testamentario ni legítimo, el juez debe nombrar aunque sea a un extraño, para que ejerza la curaduría o tutela dativa. Siempre que faltan la testamentaria y la legítima, tiene lugar la guarda dativa. Y debe entenderse dicha falta, en el sentido de no haber designación testamentaria o legal, o bien, que las personas en quienes recae ésta, ya no viven, son incapaces, o se excusan legalmente o se hallan temporalmente impedidos de ejercer su cargo.

Los casos más notables de guardas dativas son éstos: a) cuando se trata de curadurías especiales, que por ley, son dativas; b) en el caso de los hijos de padres desconocidos, no reconocidos ni declarados judicialmente como ilegítimos; c) el curador interino que se confiere por el juez, cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curaduría; d) el curador interino que debe reemplazar temporalmente el titular que se halla impedido por poco tiempo para el ejercicio de la guarda.

Un caso típico de nombramiento de guardador interino es el previsto en el Art. 541: si el llamado a ejercer la guarda es un ascendiente o descendiente del pupilo, y no ha llegado a cumplir la mayoría de edad el guardador, entonces se puede nombrar un interino que desempeñe la guarda durante ese tiempo; y en igual forma se procede si un menor de edad es designado por testamento guardador de un incapaz; pero en ambos casos se requiere que el nombrado llegando a los 21 años habrá de desempeñar la guarda por lo menos 2 años.

En los casos señalados, y en cualquier otro a que hubiere lugar al nombramiento de guardador interino, éste será dativo. Como las reglas de la curaduría dativa son especiales, prevalecen sobre otras de carácter más general. Por otra parte, el caso del interino es también especial y ésta es nueva razón para que prevalezca la disposición del Art. 413 que considera dativa a esta guarda.

El juez hace el nombramiento con libertad, pero debe oír a los parientes del pupilo, si los tiene, y en caso de necesidad puede nombrar varios guardadores y también dividir entre ellos las funciones (Art. 414).

Pero cuando se trata de conferir curador dativo al menor adulto, según el Art. 478, es el mismo menor quien debe pedir el nombramiento, designando la persona en quien deba recaer, y si él no hace esta petición, los parientes pueden solicitar el nombramiento, pero también entonces el propio menor adulto debe designar la persona que será nombrada. El Juez, oído al Ministerio Público "aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea". Por consiguiente, en este caso, el juez ya no obra con entera libertad, sino que necesariamente ha de nombrar al que designe el menor adulto, aunque haya otras personas más aptas o que se prevé que pueden desempeñar la

guarda con mejor provecho para el pupilo; lo único que se pide es que el designado por el pupilo sea apto.

Cabe preguntarse, si en el caso de designar el menor adulto a una persona incapaz para el ejercicio de la guarda, podría el juez nombrar libremente a otra, o si tendrá que consultar nuevamente al pupilo. La misma designación de un incapaz demostraría la poca madurez del pupilo para que se le haga a él esta consulta, y parece que lo más adecuado sería confiar solamente en el juez, oídos los parientes y el Ministerio Público; sin embargo, el texto de la ley no permite afirmar esta conclusión con absoluta certeza: resulta dudoso.

La facultad del menor adulto de designar guardador debe aplicarse en general en todo caso de curador dativo, por tanto, también si se trata de interino o especial, ya que la ley no distingue, aunque en estos casos, puede ser muy inconveniente la regla legal para el propio pupilo. Una de las circunstancias en que se aprecia más el desacierto legal sucede cuando un menor requiere de curador especial para que le autorice para contraer matrimonio: siendo el mismo menor quien designa al que debe ser nombrado por el juez curador especial dativo, resulta evidente que se frustra el propósito de la ley, ya que el menor no designará a una persona que no esté seguro de que sí le dará la licencia o asentimiento para el matrimonio.

Los términos muy amplios en que formula el Art. 478 el derecho del menor adulto para designar la persona que debe desempeñar su guarda, han planteado la duda sobre si subsiste tal derecho en el caso de haber una persona designada por testamento. Pero la solución es cierta: la guarda testamentaria prevalece sobre la dativa, y no hay lugar, por tanto a designación por parte del menor si ya fue nombrado su curador por testamento.

Naturalmente, si quien ha nombrado guardador testamentario es un extraño que dejó bienes al pupilo, solamente vale esa designación para la curaduría de dichos bienes, y entonces sí, para la curaduría general del menor adulto, se podrá nombrar un guardador dativo, designado por el propio menor, en la forma ya estudiada.

Reglas de Derecho Internacional Privado

El Código Sánchez de Bustamante adopta un sistema ecléctico, combinando la ley personal del menor, la del lugar y la ley personal del guardador, además se declara la extraterritorialidad de algunos efectos, y se limita la misma por el orden público; finalmente, ciertos elementos se declaran de orden público internacional.

Según el Código de Derecho Internacional Privado se aplica la ley personal del pupilo: al objeto, organización y especies de tutela o curaduría; a la institución de protutor y de consejos de familia: a la fianza que deba dar el guardador (salvo la hipotecaria); a las reglas para el ejercicio de la guarda y a las cuentas que deben rendirse.

Se deben combinar (acumulación de estatutos) las leyes personales del pupilo y del guardador, para: las incapacidades y excusas del ejercicio de la guarda, y para lo relativo al registro de tutelas.

La ley territorial es aplicable: a las responsabilidades penales que resultaren del ejercicio de una guarda; a los alimentos que se deban dar al pupilo; a los castigos a que pueda someterse al menor, y a la forma de las actas y más procedimientos del consejo de familia.

Se declaran de orden público internacional (y por lo mismo, deberá aplicarse normalmente el derecho territorial, aunque también justifica desconocer las medidas tomadas con respecto a los nacionales en el extranjero): la declaración de interdicción del demente o sordomudo. En cambio la interdicción del pródigo, no tendría valor fuera del país, si las leyes del Estado en que se pretende hacer valer no la reconocen. También es de orden público internacional la intervención del Ministerio Público.

El efecto extraterritorial del discernimiento de una guarda, se acepta sólo limitadamente, porque los Estados que tengan por ley personal la del domicilio pueden exigir nuevo discernimiento cuando el pupilo cambia de domicilio de un país a otro.

En cuanto la legislación interna del Ecuador, cabe señalar en primer lugar que no contiene disposiciones de Derecho Internacional Privado, expresas para las guardas, y por lo tanto, es preciso remitirse a las normas generales contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, y por su mismo carácter de generales, dan amplio campo de aplicación a las reglas más específicas, del Código Sánchez de Bustamante, que también es Ley de la República.

Se debe distinguir el caso de las guardas conferidas en el Ecuador, y las discernidas en el extranjero. Todos los habitantes del Ecuador están sometidos a las leyes ecuatorianas, en principio, en virtud del Art. 13 del Código Civil, por lo cual las incapacidades provenientes de minoría de edad, sordomudez, ebriedad, prodigalidad, demencia, toxicomanía, o delitos, se someten a la ley ecuatoriana y dan lugar a que se pueda poner en interdicción en nuestro país, según nuestras leyes, tanto a ecuatorianos como a extranjeros, y aún sin consideración del domicilio. Pero, no parece razonable que se procediera a la interdicción de un simple transeúnte, salvo que se tratara de la necesidad urgente de protegerlo, o de que pusiera en peligro el orden público, cosa que puede suceder en el caso de locura furiosa. Concede nuestro Código a los agentes consulares y representantes diplomáticos extranjeros la facultad de provocar la interdicción de los extranjeros en nuestro país, en el caso de disipación o de demencia, y pueden también pedir curaduría de bienes (Arts. 485, 500, 515 del Código Civil), pero se entiende que el trámite en todo se somete a la ley ecuatoriana.

En cuanto a los ecuatorianos en el extranjero, en virtud del Art. 14 del Código Civil están sometidos a las leyes de su patria en todo lo relativo a su capacidad para ejecutar actos, con tal de que deban verificarse en el Ecuador; de modo que podrían ser puestos bajo

guarda conforme a nuestra ley, si tienen bienes en el Ecuador, o parientes o cónyuge en este país, o si por su trabajo, negocios, etc., los efectos de sus actos se producen en el extranjero, no basta la nacionalidad ecuatoriana para que deba aplicarse fuera de nuestras fronteras el derecho ecuatoriano, salvo los casos contemplados en tratados internacionales y principalmente el Código Sánchez de Bustamante.

CAPITULO XXVII

DILIGENCIAS PREVIAS AL EJERCICIO DE LAS GUARDAS

El Título XX del Libro Primero del Código Civil lleva el epígrafe "De las Diligencias y Formalidades que deben proceder al ejercicio de la tutela o curaduría", y trata fundamentalmente del discernimiento, la caución y el inventario que se exige a los guardadores.

353.— El discernimiento.

El Diccionario de Legislación de Escriche trae esta buena definición genérica de discernimiento: "El nombramiento judicial hecho en alguna persona, por el cual se le habilita para alguna acción o desempeño de algún cargo o negocio, v. gr., para la tutela, para la administración de bienes de algún ausente, o para el cuidado y defensa de la herencia yacente". Adaptando esta definición a nuestro sistema legal bastaría decir que el nombramiento judicial habilita para ejercer una guarda.

Efectivamente, se trata de un nombramiento que habilita. El simple nombramiento que determina la persona escogida para ejercer la guarda, más que nombramiento debe llamarse "designación", o señalamiento de la persona que debe ser nombrada. Puede designarse al guardador en testamento, o bien por la ley, o el mismo pupilo en ciertos casos pero en todo caso el juez debe, según nuestro Código nombrar y posesionar en su cargo al guardador.

La palabra "discernimiento", sugiere una acción intelectual de distinción, de cierta clasificación: se trata de establecer quien es el llamado con mejor derecho a ejercer la guarda.

Nuestro Código ha definido el discernimiento como "el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo" (Art. 415 inciso 2º). Pero más bien que decreto judicial es sentencia. Decreto, según el Art. 291 del Código de Procedimiento Civil es "la providencia que el Juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia", y esto, evidentemente no es el discernimiento. Sentencia, por el contrario, es "la decisión del juez acerca del asunto principal del juicio". (Art. 289 del Código de Procedimiento Civil).

Además, también se llama discernimiento al procedimiento judicial o juicio que termina con la sentencia de discernimiento. El Art.

535 da a entender que esto es así, cuando define a los curadores *ad litem* como "los dados por la judicatura que conoce en el pleito"; aquí también habría decreto, y sin embargo no hay discernimiento, porque no se ha seguido un trámite especial, un juicio, para posesionar al guardador, sino que dentro de otra litis sobre un asunto principal, el juez confiere el cargo de guardador. Y el Art. 415 corrobora este argumento al decir que "toda tutela o curaduría debe ser discernida, excepto la curaduría para el pleito, o *ad litem*"; ésta, conforme al mencionado Art. 535, se confiere por decreto del juez pero no en juicio especialmente destinado a ello, sino incidentalmente, en pleito sobre otra cosa.

El discernimiento cumple una función múltiple: permite cerciorarse de que la persona que va a ejercer la guarda reune realmente las condiciones legales que debe tener; confiere a esa misma persona la posibilidad de excusarse por justa causa, si la tiene; se establece el estado de los bienes del pupilo que va a manejar el guardador, y se le exige a éste la caución suficiente para garantizar su conservación y cuidado; y, finalmente, se determina con exactitud el momento en que entra en posesión de su cargo el guardador.

La fecha del discernimiento tiene mucha importancia; en efecto, desde ese tiempo el guardador asume sus responsabilidades. Además, tiene relevancia dicha fecha en cuanto a la prelación de créditos, ya que el pupilo tiene crédito de cuarta clase y concurre con otros acreedores de cuarta clase, señalándose la preferencia entre ellos, por las fechas de las causas de sus créditos, según lo dispone el Art. 2498 del Código Civil; ahora bien, en ningún caso el crédito del pupilo contra el guardador, por razón del cargo, puede extenderse a una fecha anterior al día del discernimiento de la guarda.

El discernimiento que se va a hacer debe *citarse* al guardador para que pueda alegar si tiene causas que le incapacite para ejercer el cargo, o motivos legítimos de excusa. El guardador también podría dar a conocer la existencia de otras personas de mejor derecho que él para desempeñar el cargo, por ejemplo, quien haya sido designado por testamento. En el juicio de discernimiento el juez debe resolver estos asuntos, conforme a la ley y guiándose por la mayor conveniencia del pupilo.

El Art. 797 del Código de Procedimiento Civil ordena que "todo guardador debe manifestar al juez provincial su nombramiento y pedirle que señale el día para el discernimiento del cargo". Pero nada impide que sean también otras personas quienes inicien el trámite de discernimiento: el propio menor adulto está facultado para pedir guardador y aún para designar la persona que debe ejercer el cargo, luego él mismo puede dirigirse al juez (Art. 478 del Código Civil); los parientes entre los cuales corresponde al juez escoger el guardador legítimo, pueden también solicitar el discernimiento; en el caso de los interdictos, las personas que piden la interdicción también solicitan de hecho que se nombre guardador (así lo expresa el Art. 806 del Código de Procedimiento civil), y por consiguiente son muchas las personas

que pueden pedir el discernimiento: si se trata de un extranjero, el cónsul o diplomático de su país, si el pupilo es demente furioso, cualquiera persona del pueblo puede solicitar, etc.

Sintéticamente el discernimiento comprende las siguientes diligencias o fases: a) la demanda o petición de discernimiento; b) la contestación, que si entraña excusa, dará lugar a la prueba de la misma; c) si en cambio, el guardador acepta, puede haber oposición de otras personas que pretendan que es incapaz de desempeñar la guarda o que existen otros llamados por mejor derecho a ocupar el cargo. También entonces se abrirá la causa a prueba, siempre que haya hechos que justificar; d) si el pupilo es menor de edad, debe oírse al Presidente del Tribunal de Menores (Art. 1120 del Código de Procedimiento Civil y Art. 42 letra f) del Código de Menores); e) si se trata de menores asilados o recluídos en establecimientos de la Asistencia Social, debe también contarse con el Director de esos establecimientos (Art. 64 de la Ley de Asistencia Social); f) el guardador debe dar fianza o constituir hipoteca, y éstas deben ser aceptadas por el juez, aprobándolas si son suficientes (Art. 803 del Código de Procedimiento Civil); g) el guardador debe jurar que cumplirá los deberes que le impone el cargo (Art. 798 del Código de Procedimiento Civil); h) se extenderá un acta con el nombramiento el juramento y la declaración judicial de que el guardador entra en funciones (Art. 799 del Código de Procedimiento Civil); i) el acta se debe protocolizar, y servirá de documento habilitante: "poder", dice la ley (Art. 799 del Código de Procedimiento Civil). Los discernimientos en caso de pupilos que se ponen en interdicción tienen modalidades especiales, que se estudiarán en su respectivo lugar.

En cuanto al juramento que se exige al guardador, solamente se refiere al cumplimiento de las obligaciones legales, y no es lo mismo que la caución juratoria, más bien, es una solemnidad o formalidad de la posesión en el cargo.

El guardador no puede realizar actos en nombre del pupilo antes del discernimiento. El Art. 419 declara que son nulos los actos del tutor o curador que haya ejecutado antes del discernimiento; pero una vez obtenido el discernimiento, éste convalida los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo.

Se discute sobre qué clase de nulidad es la que produce la falta de discernimiento. Para algunos, los actos del guardador no serían de ningún modo oponibles al pupilo, ya que antes del discernimiento no existe todavía representante legal; otros consideran que tales actos adolecen de nulidad absoluta, por falta de un requisito de solemnidad esencial, por carencia del documento habilitante que es el decreto —sentencia— debidamente protocolizado; finalmente, dicen otros que solamente hay nulidad relativa, por referirse el defecto al estado o capacidad de una persona, la cual, además puede ser solamente un incapaz relativo.

A juzgar por los efectos de esta nulidad, la disposición del Art.

419, inclinaría a considerar que solamente se trata de nulidad relativa, ya que el discernimiento conferido posteriormente al acto, lo convalida, y solamente se admite convalidación de lo que fue relativamente nulo, y no de lo absolutamente nulo. Esta especie de ratificación judicial de lo actuado, tiene efecto retroactivo, y se atribuyen al menor, afectan a los intereses del menor, los efectos del acto realizado antes del discernimiento. Cierto que esta convalidación se produce únicamente con relación a los actos "de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo", y no respecto de otros actos no urgentes, o no convenientes a los intereses del pupilo. Pero, por lo menos, cuando se trate de estos actos, habría que concluir que su nulidad fue solamente relativa.

Hay una sentencia de nuestra Corte Suprema que declara la nulidad absoluta de lo actuado antes del discernimiento, porque la falta de discernimiento se considera carencia de un documento habilitante. Este razonamiento se ajusta a lo que dispone el Art. 799 del Código de Procedimiento Civil, pero, en cambio no permitiría explicar la posibilidad de convalidar el acto por la ratificación judicial, salvo que se considerara como un caso excepcional de nulidad absoluta, sin embargo sometida a posible convalidación por ratificación.

La situación de nuestra legislación resulta, pues, bastante confusa, y requiere una aclaración. El punto es de mucha trascendencia, porque según se considera que hay acto inoponible, o nulidad absoluta, o nulidad relativa, variarán los términos de la prescripción y otros importantes efectos jurídicos, tanto para el guardador, como para el pupilo y para los terceros que hayan intervenido o a quienes afecte el acto.

La ley trata de proteger al pupilo, y de allí que ha optado por una solución transaccional: declarar nulos los actos anteriores al discernimiento, pero permitir que lleguen a ser válidos, si fueron urgentes y provechosos para el pupilo. Algo parecido se dispone en el Art. 459 para el caso de la terminación de la guarda: el tutor o curador debe entregar los bienes tan pronto como fuere posible, sin embargo, debe también ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo; el guardador, propiamente ya ha dejado de serlo, ya no representa legalmente al pupilo, y sin embargo, puede y debe hacer ciertos actos en nombre de su antiguo representado. Estas soluciones suavizan el rigor de la ley beneficiando al pupilo, pero tienen el inconveniente de su indeterminación: ¿cuándo un acto es urgente?, ¿hasta qué punto, puede preverse el perjuicio que se seguiría de no hacer un determinado acto?, ¿con qué criterio debe juzgarse para considerar el acto como válido o nulo: según los resultados provechosos, o según la apreciación subjetiva del guardador?, etc. Tal indeterminación, coloca el guardador en una posición sumamente incómoda y peligrosa; por lo mismo, en el estado actual de la legislación, considero que el juez debe apreciar con benignidad la conducta del tutor o curador en estos casos, ya que no se puede negar que la ley

es oscura, y no se puede exigir con el máximo rigor en tal circunstancia.

354.— La caución.

Es bastante frecuente en las legislaciones contemporáneas que se exija al guardador alguna garantía especial o caución para responder por los bienes del pupilo que va a administrar, y en general por cualquier perjuicio patrimonial que por su culpa pueda sufrir el pupilo. Sin embargo, se pueden clasificar los códigos vigentes en tres clases: algunos no exigen la constitución de garantías, por ejemplo el francés y el suizo; otros, solamente piden caución cuando el juez o tribunal considere necesario exigirla: es el sistema del código alemán; y la mayor parte de las legislaciones exigen como regla general la caución.

Para discernir la guarda "será necesario que preceda el otorgamiento de fianza o caución a que el tutor o curador esté obligado", dice el Art. 416. En primer lugar se debe observar que no todo guardador está, pues obligado a esto, como luego se verá, hay excepciones

Se observa que el Código emplea un tanto impropiamente los términos, ya que "fianza" y "caución", ni son sinónimos, ni tampoco comprenden cosas que se excluyen para poder decir adversativamente: "fianza o caución". En realidad la fianza está comprendida, como especie, dentro del género más amplio que es la caución, según la definición legal que se da en el Art. 36 del mismo Código Civil.

La fianza no es más que una de las especies de caución; y puede interrogarse, por qué el legislador no habla genéricamente de caución. Debemos descartar la prenda, al menos la prenda común, porque ésta debe entregarse al acreedor, y en este caso tendría que recibirla el incapaz, como él no puede recibirla, la recibiría su representante legal, es decir el mismo guardador que la constituyera, frustrándose en esta forma la función de esa garantía. Pero en cambio, la hipoteca puede ser una caución muy segura y conveniente, pero a veces podría resultar muy gravosa para el guardador y por lo mismo inconveniente porque muchos rehuirían el ejercicio de las tutelas o curadurías. Por esto, parece apropiado el sistema seguido por nuestra ley, de exigir simplemente fianza, y sólo a falta de ella, admitir la hipoteca.

"Si la fianza es exigida por la ley o por decisión de juez, puede sustituirse con una prenda o hipoteca suficiente", dice el Art. 2354, y el Art. 412 no hace sino aplicar este principio al caso concreto del guardador, permitiéndole constituir hipoteca, pero no prenda.

La caución, conforme al Código de Procedimiento Civil, (Art. 803) debe ser "aprobada" por el juez; es decir, que corresponde a él apreciar si es suficiente, en proporción con el patrimonio que va a administrar el guardador, y las demás circunstancias, como son las de la solvencia del mismo guardador, el mayor o menor peligro a que están sometidos los bienes, etc. La intervención de los parientes y

del Fiscal, además del Tribunal de Menores si se trata de menores de edad, tienden a asegurar que el juez proceda con acierto en este punto.

En algunos países, como en España (Art. 259 del Código Civil), se contempla la posibilidad de que aumente o disminuya la fianza, conforme a las variaciones que el caudal del pupilo sufra a su vez. También esta medida parece oportuna, pero difícil de poner en práctica: una vez que el guardador está en funciones, si aumentara el patrimonio del pupilo, no resultaría fácil exigirle nueva caución, ni sería conveniente remover al guardador por insuficiencia de la caución, tal vez, salvo casos extremos, de manifiesta desproporción entre la garantía rendida y los nuevos bienes del pupilo.

Se exceptúa de la obligación de rendir fianza por causas que la ley señala precisamente, y que se inspiran en un triple criterio: o porque no hay bienes que administrar (o son muy exiguos); o porque se trata de una guarda especial o interina, por breve tiempo, de modo que no haya que temer pérdidas; o finalmente, porque se debe confiar plenamente en el guardador: se trata de pariente íntimo del pupilo o de personas de "conocida probidad y de suficientes facultades (Art. 417).

Nada más lógico que no exigir caución cuando el guardador no va a manejar bienes: por ejemplo, si se trata de un curador especial sólo para autorizar el matrimonio del pupilo menor de edad, o para aceptar el reconocimiento como hijo ilegítimo que ha recaído a favor de un menor. Pero aún en ciertos casos de curadores especiales sin administración de bienes, encuentro que el juez debe exigir caución: tal sucedería si se tratara de un curador *ad litem*, que deba intervenir en un juicio en el cual se juegan importantes intereses del pupilo; aunque no tenga el guardador una administración propiamente dicha de tales derechos o intereses, sin embargo, en buena parte dependerá de su diligencia y honradez la conservación del patrimonio del pupilo, o de su estado u otros derechos, con repercusión también en lo económico.

Muy razonable, también, la confianza que la ley manifiesta hacia los padres, el cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos, quienes tampoco están obligados a prestar fianza. No se exige, a los padres legítimos que tienen el usufructo, caución de restitución de la cosa fructuaria (Art. 264); igual motivo de confianza, les exonera de la caución en el caso de ejercer la guarda de los hijos; y razón fundamentalmente idéntica, de confianza, se aplica al cónyuge, a los padres ilegítimos, y a los ascendientes y descendientes legítimos.

Los padres exonerados de prestar fianza, deben, sin embargo constituirla en un caso: si pasan a nuevas nupcias; pero a su vez, aunque hayan vuelto a casarse, no se les obliga a dar caución si es que no tienen la administración de los bienes de sus hijos menores, lo que por regla general sucede a la madre o ascendiente que se vuelve a casar, y puede también suceder en ciertos casos al padre, por ejemplo si se han

dejado bienes a los hijos con esa condición, en una donación, herencia o legado.

No dice nada la ley respecto de los padres adoptivos, pero parece que tampoco ellos deben prestar fianza, y que se asimilan al padre o madre legítimos o ilegítimos, según los casos. Sin embargo, parece que sería prudente exigirles caución si tienen otros hijos o llegan a tenerlos después de la adopción, por razones análogas a las que conducen a pedir garantía a los mismos padres que se vuelven a casar. Todo esto debería ser precisado por la ley.

Se pregunta si están obligados por regla general los guardadores testamentarios a rendir fianza. Claro Solar indica que, como antes de la vigencia del Código de acuerdo con el espíritu de las Siete Partidas y la tradición del Derecho Civil, no se exigía, el proyecto de 1853 tampoco imponía caución a los guardadores testamentarios; pero en la redacción definitiva del Código no se menciona esta salvedad, de modo que por regla general todo guardador debe rendir fianza, salvo los casos de excepción.

Otra cosa distinta es que el testador pueda expresamente exonerar de la caución. El mismo Claro Solar, Somarriva, Rossel, etc., consideran que el testador sí puede exonerar de la caución, siempre que lo haga expresamente. Los argumentos para sostener esta tesis son fundamentalmente dos: a) que lo que la ley no prohibe, está permitido, y la ley no prohibe que el testador al nombrar guardador le exima de la fianza; la ley prohibe al testador eximir del requisito de hacer inventario, o de rendir cuentas, pero nada dice sobre la caución, luego el legislador no quiso prohibir esta exoneración expresa. b) Quien puede lo más, puede lo menos, si el testador designa guardador a una persona y deposita en ella su confianza en cuanto al cuidado personal del pupilo y a la administración de sus bienes, también debe poder el testador confiar en que dicha administración será honrada y con acierto.

En cambio, Fueyo considera que el testador no puede exonerar del requisito de prestar fianza, porque los casos de excepción están taxativamente enumerados en el Art. 417, y no se encuentra entre ellos el del guardador testamentario, y en apoyo de su opinión cita una sentencia de la Corte de Concepción, de 26 de marzo de 1860.

Realmente, parece que la exigencia de la caución es un punto de orden público, un requisito destinado a proteger al pupilo, y sobre el cual nuestra ley ha querido conferir amplias facultades al juez —cumplidas a su vez ciertas formalidades—, pero no a cualquier particular. Si una persona dona o deja bienes hereditarios a un incapaz, ciertamente ha sido muy libre de hacerlo o no hacerlo, pero una vez que esos bienes pretenecen a un incapaz, éste tiene derecho a toda la protección legal, y por tanto, a que su guardador esté debidamente afianzado. Si el juez considerara que el guardador a quien quiso exonerar el testador de la fianza, no es persona a quien se deba confiar la fortuna del pupilo, bien hará el juez en exigir de todos modos la caución; en cambio, si considera razonable la exoneración por ser el guar-

dador "persona de conocida probidad y de suficientes facultades", puede él, el juez, eximirle de la fianza, y entonces la disposición testamentaria en igual sentido no sería más que un antecedente, no decisivo.

355.— Obligación de hacer inventario.

La base para la contabilidad del guardador es el inventario, por el cual consta los bienes que recibe para administrar en nombre del pupilo. Por esto se comprende que prácticamente en todos los derechos civiles se suele exigir la formación del inventario, con más o menos solemnidades que garantizan su exactitud.

El inventario no es preciso que preceda al discernimiento, pero sí debe ser anterior a la entrada del guardador en la administración de los bienes. En abstracto lo más lógico sería que el inventario fuera de todos modos anterior al discernimiento, ya que éste habilita para administrar los bienes, y además, el juez podría así certificarse de que se ha cumplido este importante requisito, antes de conferir el discernimiento. Sin embargo, la ley da un plazo a partir del discernimiento para que dentro de él se haga el inventario; y conforme a la doctrina sostenida en un voto salvado de los doctores Manuel Elicio Flor y Julio Tobar Donoso, el juez debe dictar *otro decreto* confiriendo la administración de la guarda, una vez que se haya hecho el inventario. En esta forma se concilia el rigor lógico con el sentido práctico: hecho el discernimiento el guardador está habilitado para actuar en nombre del pupilo, pero solamente puede hacer el inventario y disponer las medidas más urgentes, una vez cumplido el inventario, un nuevo decreto judicial confiere la administración plena al guardador.

El guardador no puede verificar antes del inventario los actos administrativos en sentido estricto, pero sí todos aquellos otros de conservación de los bienes, o puramente jurídicos y que no afecten directamente a la contabilidad de los bienes. Esto se desprende evidentemente del Art. 419 que permite el guardador realizar actos urgentes aún antes del discernimiento mismo, y también está en concordancia con la disposición que exime del discernimiento al curador ad litem, y la que permite exonerar de hacer inventario cuando hay pocos bienes.

Puede ser que poco antes de discernirse la guarda se haya hecho un inventario solemne de los bienes del pupilo. La mayoría de las veces el inventario requerido dentro de los trámites sucesorios, o de disolución de la sociedad conyugal, se confundirá con el que pide la ley para conferir la administración de los bienes pupilares, entonces bastaría confrontarlo con lo existente y hacer las adiciones o modificaciones necesarias, con las mismas solemnidades, como se prevé para el caso de entregar un guardador a otro los bienes pupilares.

El plazo máximo normal para la factura del inventario es de noventa días contados a partir del discernimiento, pero el juez puede ampliar o restringir este lapso según las circunstancias. Por ejemplo, si precisamente ya se ha iniciado el inventario antes del discernimiento,

el plazo puede ser menor, o bien el carácter de una empresa puede exigir una más pronta terminación del inventario, al paso que la complicación de los negocios, la abundancia o variedad de los bienes, y sobre todo, su situación en diversos lugares pueden imponer una mayor pausa.

El incumplimiento de la obligación de hacer inventario no anula los actos verificados por el guardador; las sanciones son distintas de la de nulidad.

Se sanciona al guardador que no hiciere el inventario en tiempo útil: dentro del plazo prefijado por la ley o el juez; y también se sancionan los defectos graves en que incurra el guardador por su culpa grave o dolo.

Dichas sanciones consisten en: a) la remoción del guardador; b) la obligación de resarcir al pupilo de toda pérdida causada por la conducta u omisión del guardador; c) la privación de la remuneración que como guardador le corresponde.

Respecto de la remoción, Somarriva y otros autores opinan que es una sanción facultativa, que podría o no imponerse por parte del juez o tribunal; en apoyo de esta opinión se puede aducir algunas sentencias chilenas. Fueyo, por el contrario, encuentra inaceptable la interpretación literal del Código que dice "*podrá* ser removido", y considera que necesariamente se *debe* remover al guardador que no cumpliera con la obligación de hacer inventario, ya que de otra manera quedaría el pupilo sin la protección debida, y debe presumirse la mala fe del que no cumple con este imprescindible requisito. Opino que el juez antes de proceder a remover al guardador remiso, podría conminarle a que cumpla su obligación, si fuere del caso ampliándole el plazo ya vencido; como el juez puede eximir de esta obligación y ampliar o restringir el plazo para cumplirla, parece evidente que también puede suavizar el rigor de la sanción para el caso de retraso, y no remover siempre y necesariamente al guardador, porque esa remoción podría significar también un perjuicio para el mismo pupilo que se trata de proteger.

En cuanto a la pérdida de la remuneración, no se menciona en el Título que estamos estudiando, pero parece evidente que quien no tiene derecho de administrar, mal podría reclamar pago de unos servicios que no se han prestado legalmente. Además, si el guardador fuere removido, según el Art. 575 pierde también el derecho a la remuneración, cuando la remoción fue por negligencia, y con mayor razón si fuere por dolo.

La ley prohibe que el testador exima al guardador de la obligación de hacer inventario, porque si no se cumpliera este requisito, mal podría el guardador llevar las cuentas en la forma fiel, exacta y documentada que exige el Art. 457; y si a su vez, no hubiera cuentas así, el pupilo no estaría debidamente protegido.

El juez sí puede, en cambio, exonerar del inventario, pero siempre que se cumplan estos requisitos y formalidades: a) oír al Mi-

nisterio Público; b) oír al Tribunal de Menores, si se trata de pupilo menor de edad; c) oír a los parientes del pupilo; d) que los bienes sean demasiado exiguos como para soportar el gasto de formación de inventario; e) que se haga una lista o apunte privado de los bienes, firmado por el guardador y tres cercanos parientes o tres personas respectables, a falta de éstos. Así se suple sin peligros para el pupilo la falta de inventario solemne. Tal se dispone tanto en el Código Civil (Art. 422), como en el de Procedimiento Civil (Art. 673).

Los curadores *ad litem* no están en ningún caso obligados a hacer inventario, porque propiamente no manejan bienes. El Art. 536 exonera del inventario en general, a todo curador especial, quien solamente debe "otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que rendirá cuenta fiel y exacta".

El inventario solemne se hace ante el Secretario del Juzgado y testigos. El Código de Procedimiento Civil precisa que los testigos serán dos, y pide también la comparecencia de perito o peritos, y si cualquiera de las partes lo pide, la del juez (Art. 671).

Debe comprender el inventario la descripción circunstanciada de todos los bienes raíces y muebles del pupilo (Art. 424), indicándose su cantidad y calidad, peso, número y medida, según su naturaleza. Se incluyen en el inventario los títulos de propiedad y otros documentos que representen derechos o tengan valor, y se excluyen únicamente los objetos sin ningún valor o "que deban destruirse con algún fin moral". También figurarán en el inventario los créditos y las deudas del pupilo.

Son bienes que deben destruirse los que implican un atentado contra la moral o las buenas costumbres, o cuya retención por parte de personas particulares está prohibida, tal sería el caso de libros, imágenes, estampas inmorales, obscenas, o sustancias estupefacientes, etc.

Borja opina que los bienes raíces no es necesario que consten en el inventario con su extensión, ni su precio, de modo que admite que el precio deba figurar, tratándose de muebles. La razón por la que sostiene que no es preciso avaluar los inmuebles consiste en que esa operación suele ser costosa; pero, aunque signifique un gasto, en cambio también asegura mejor los intereses del pupilo, y en un asunto que suele ser de importancia. Por otra parte, no quiere decir que la tasación tenga que ser exacta: toda tasación supone una cierta apreciación relativa, y no se puede pedir absoluta exactitud. Además, un avalúo de los inmuebles parece insustituíble para que pueda juzgarse de si los bienes raíces están bien administrados; si no se sabe cuánto vale una propiedad, tampoco se puede decir si está bien o mal arrendada, si los frutos que produce son proporcionados, si los gastos que se hacen en su conservación y cuidado tienen razón de ser, etc. Por todo lo cual, prefiero creer que también los inmuebles deben avaluarse, y no hacer una distinción que no hace el legislador, ni se impone como necesaria.

Entre los bienes del pupilo puede haber cosas depositadas o prestadas por otras personas, o bienes que deban dividirse, o que ten-

gan que ser restituídas a sus legítimos propietarios; todos estos objetos deben también figurar en el inventario. Las cosas ajenas serán entregadas a sus dueños por el guardador, en tiempo oportuno, pero debe constar que las recibe, y por ello su inclusión en el inventario se impone. El inventario no prueba el dominio, sino un estado de hecho.

En principio, el inventario hace prueba contra el guardador: él debe responder de todo lo que figura en el inventario. Pero también le sirve de descargo: solamente responde, en principio, de lo que figura en el inventario, y de lo que posteriormente se adquiera para el pupilo.

Naturalmente ambas reglas admiten excepciones: el guardador puede probar que ciertas cosas incluídas en el inventario eran ajenas y se entregaron legalmente a sus dueños, o que incurrió en un error inculpable, invencible, haciendo figurar cosas que no existían o cuyo número, cantidad o calidad no eran las descritas en el inventario. Pero nótese que únicamente se puede admitir la prueba de un error de hecho, verdaderamente inculpable e invencible por parte del guardador, empleando los medios normales de conocimiento. No respondería el guardador por un error que solamente se hubiera evitado teniendo conocimientos científicos especializados, o ejecutando experimentos para determinar la verdadera naturaleza de las cosas, etc.

En cambio, de ningún modo se justifica que el guardador a sabiendas, haga figurar un dato falso en el inventario, ni aunque tenga la intención de beneficiar con ello al pupilo. Si el tutor o curador incluyera en el inventario una cosa que no existe, un crédito falso, o una deuda fingida, etc., para que el pupilo tal vez pague menos impuestos, o prosiga una reclamación judicial o para cualquier otro pretendido beneficio del incapaz, el guardador deberá responder de la cosa falsamente incluída o del perjuicio que la inclusión de una deuda falsa, etc., pueda causar al pupilo, y en estos casos no se le admite prueba en contrario, ya que obró dolosamente: con plena conciencia de insertar una falsedad en el instrumento público.

Los errores que eventualmente contenga el inventario no lo invalidan; solamente dan origen a que pueda probarse tales inexactitudes y corregirse, sea en el mismo inventario, en forma legal, o bien al momento de establecer responsabilidades, mediante la apreciación en su conjunto de todas las cuentas que arrancan de dicho inventario.

Hemos dicho que en el inventario deben contar también los créditos y las deudas del pupilo. Otros derechos, como el francés o el portugués, son más severos que el nuestro en este aspecto, porque establecen que si el guardador tiene un crédito contra el pupilo, y no lo hace constar en el inventario, lo pierde, salvo que pruebe también el guardador que desconocía la existencia de ese crédito al momento de hacer el inventario. Como nuestro Código no contiene una norma expresa en este sentido, tenemos que admitir que el guardador puede probar por otros medios su crédito, aunque no figure en el inventario, si bien sería él mismo responsable del perjuicio que hubiere

causado al pupilo esta omisión, como en general es responsable de cualquier inexactitud del inventario procedente de su culpa.

Hecha la salvedad de los errores de facto, inculpables, inevitables y debidamente probados, el inventario constituye prueba plena de las cosas que el guardador recibe para administrar. Se debe considerar en este caso al guardador como declarante de haber recibido todos los bienes constantes en el inventario, y responde de ellos ante el pupilo o sus sucesores, ya que el guardador ha permitido que se incluyan esas cosas en el inventario.

La ley trata de proteger al máximo posible al pupilo, por esto dispone que los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a menos de prueba en contrario (Art. 430), siguiendo así una regla distinta de la que rige la interpretación de los contratos (Art. 1619) según la cual "se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor".

Si después de hecho el inventario se encuentran bienes que no figuraron porque se desconocían, o se aumentan nuevos bienes, se debe hacer nuevo inventario de ellos y se agregará al anterior. No indica el Código dentro de qué plazo debe verificarse esta nueva obligación, pero debe entenderse que de inmediato, y si fuere preciso, el juez podría señalar un plazo para que la cumpla el guardador.

Después de hecho el inventario los bienes pupilares pueden acrecer simplemente por su cultivo y buena administración, estos aumentos naturales o provenientes del trabajo, no requieren nuevo inventario, sino que constarán simplemente de las cuentas. El Art. 425 se refiere, al exigir nuevo inventario solemne, a los bienes que se desconocían, o a los provenientes de formas extraordinarias de enriquecimiento, particularmente, de donaciones, herencias o legados que se hagan posteriormente al pupilo, y tal vez, tendría que incluírse el caso de adquisiciones e inversiones de inmuebles aunque sea por compra. Cosa parecida encontramos dispuesto en el Art. 1310 para el inventario que debe hacerse cuando se pretende gozar del beneficio de inventario.

Al tratar del juicio de partición del Código de Procedimiento Civil (Art. 676) indica que el avalúo de los bienes "se hará al mismo tiempo que el inventario", pero este avalúo no es sino un punto de partida, de modo que los bienes pueden adquirir con el tiempo un mayor valor, o perderlo. ¿De qué responderá el guardador en caso de destrucción o pérdida de una cosa inventariada? No necesariamente por el valor con que figura en el inventario: podrá demostrarse que aumentó su valor, o que disminuyó por causas no imputables al guardador: el avalúo servirá, pues, solamente como punto de referencia, admitiéndose otras pruebas o rectificaciones.

Al terminar la administración de un guardador, si le sucede otro en el cargo, se entregan y reciben los bienes comparándolos con el inventario, y se deben anotar los aumentos o disminuciones, o cambios que hubieren sufrido las cosas. Esta reforma o actualización

del inventario se hace con las mismas solemnidades que la primera formación de la lista de bienes populares, es decir con intervención del Secretario del Juzgado, eventualmente del Juez, dos testigos y peritos, participando también, naturalmente el guardador saliente y el entrante.

CAPITULO XXVIII

ADMINISTRACION DE LAS GUARDAS

Estudiaremos el contenido del Título XXI del Libro Primero del Código Civil: "De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes", dividiendo la materia en siete parágrafos: 1º Obligaciones del guardador durante el desempeño de su cargo; 2º Actos de administración ordinaria; 3º Actos de administración Extraordinaria; 4º Actos prohibidos al guardador; 5º Obligaciones del guardador al terminar la guarda; 6º Caso especial del guardador oficioso y del falso guardador; 7º Prescripción de las acciones relativas a las guardas.

Parágrafo 1. Obligaciones del guardador durante el desempeño de su cargo.

Las obligaciones principales del guardador, con relación a los bienes, durante el desempeño de sus funciones son: a) representar al pupilo; b) autorizarle para ciertos actos; c) administrar sus bienes; d) llevar cuentas. A este propósito hemos de examinar también: e) la responsabilidad general del guardador; f) las modificaciones de tal responsabilidad por existir un consultor del guardador; o bien, g) por haber varios guardadores del mismo pupilo. Se trata de esto en los siguientes puntos.

356.— Representación del pupilo.

Todo guardador representa al pupilo. Es uno de los representantes legales que enumera el Art. 33 del Código Civil. No importa que el pupilo sea absolutamente incapaz, o sólo relativamente incapaz, en ambos casos, toca al guardador actuar en nombre del incapaz.

La representación, en principio, se extiende a toda clase de actos (salvo los personalísimos, que son intransferibles), tanto judiciales como extrajudiciales.

La corriente de la doctrina moderna tiende a limitar las facultades representativas omnímodas del guardador, y sobre todo, cuando se trata de representación en juicios. Efectivamente, se suele imponer a los tutores o curadores el deber de pedir autorización para litigar en nombre del pupilo, o en otros casos, se les responsabiliza personalmente de las costas judiciales, y aún de los resultados desventajosos de una litis temerariamente intentada por el guardador.

Cuando el guardador interviene en juicios en representación o

también autorizando la actuación personal del pupilo, se cuenta también con el Ministerio Fiscal, pero con una diferencia, según los casos: si el guardador es legítimo o testamentario, no es imprescindible la intervención del agente fiscal, y el juez solamente *puede* ordenarla, según las circunstancias (Art. 1121 del Código de Procedimiento Civil), en tanto que si el guardador es dativo, dicha participación del fiscal es del todo necesaria.

La representación del guardador al incapaz en juicio, está limitada por ciertas reglas que garantizan mejor al pupilo: así, el Art. 410 del Código de Procedimiento Civil establece que no cabe abandono en las causas en que sean interesados menores de edad u otros incapaces. Cuando son parte en el juicio menores de edad, se debe oír al Tribunal de Menores, por medio de su Presidente.

No puede el guardador representar al menor en juicio si existe oposición de intereses entre ellos. Tampoco puede un mismo guardador representar a varios pupilos cuyos intereses sean contrapuestos; en tales casos, hay que proceder a nombrar un curador *ad litem*.

En cuanto a los actos extra-judiciales, en el Derecho Romano se reconocía el derecho de representación al tutor o curador solamente cuando esos actos eran beneficiosos al pupilo; esta doctrina pasó a las legislaciones derivadas de la romana y rigió por mucho tiempo en nuestro mundo occidental. El afán de proteger al pupilo hacía que se estableciera esta distinción de actos válidos o nulos, según la ventaja para el pupilo; pero es evidente que tal distinción muchas veces resultaría dificilísima y de apreciación muy variable de caso a caso. Además, es importante saber desde el primer momento si un acto es válido o nulo, y la utilidad o desventaja del acto, a veces no puede apreciarse sino con posterioridad, a la vista de los resultados prácticos. Por eso, la distinción romanista ha perdido valor en la actualidad, y se han buscado otros sistemas de protección de los intereses de los incapaces. Precisamente nuestro Código tiene el mérito de separarse de aquella antigua distinción y da al guardador más amplios poderes, a la vez que los limita en otra forma, con otros criterios, estableciendo sobre todo requisitos para que su actuación sea válida.

El hecho de que el guardador deba representar (o autorizar, en ciertos casos) al pupilo, hace que si no interviene en la forma debida, y es el pupilo quien actúa, el acto resulta nulo. Si el pupilo es un absolutamente incapaz, el acto será nulo con nulidad absoluta. En cambio, si el pupilo es sólo relativamente incapaz, y obra sin la representación ni autorización del guardador, por regla general el acto será nulo pero únicamente con nulidad relativa.

La representación del guardador en cuanto a los actos extrajudiciales es limitada, es decir, que respecto de ciertos actos el guardador actúa con plena independencia y sin necesidad de cumplir especiales requisitos o formalidades: son los actos de ordinaria administración; pero otros actos o contratos solamente puede verificarlos con especial permiso del juez, con intervención de otros guardadores o suje-

tándose a solemnidades especiales (actos de administración extraordinaria), y finalmente, se prohiben de modo absoluto ciertos actos (actos prohibidos), todo lo cual se estudiará más adelante en detallle. Baste señalar de momento, que el guardador puede hacer libremente aquellos actos o contratos que son necesarios para el cumplimiento de sus deberes ordinarios, como por ejemplo comprar las cosas indispensables para en mantenimiento y educación del pupilo, o para la conservación y producción normal de los bienes que administra, puede también vender los muebles que no sean de extraordinario valor y de particular valor de afección para el pupilo, etc.

Al conferir el Art. 432 al guardador la facultad de representar o autorizar al pupilo "en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones", se subentiende que el pupilo relativamente incapaz no necesita de dicha autorización o representación para aquellos otros actos que le conciernen pero que en lugar de menoscabar sus derechos, los acrecientan, o en lugar de crear obligaciones para el pupilo, obligarían a otras personas en beneficio de él. Por ejemplo, el pupilo puede adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal de que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal de la cosa, según lo dispone el Art. 762 del Código Civil. De todos modos, como nuestra ley ha abandonado el antiguo sistema de la distinción entre los actos beneficiosos para el pupilo y los que no lo son, se hace necesaria la intervención del guardador por regla general, aún para actos que podrían parecer únicamente ventajosos para el pupilo, como la aceptación de donaciones, herencias o legados.

El guardador es representante *legal*, como lo declaran el Art. 33 y el 432 del Código Civil, y por lo mismo sus facultades no pueden restringirse voluntariamente ni por renuncia por parte de él, ni por voluntad del representantes o de un tercero.

Al actuar en representación del pupilo, el guardador debe hacer constar que ejerce tal representación, para que el acto obligue al pupilo, esta constancia será diferente según la naturaleza del acto o contrato.

El Art. 453 dispone que "en todos los actos y contratos que ejecute o celebre el tutor o curador, en representación del pupilo, deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto o contrato" De aquí se deduce claramente que sólo en los actos o contratos *escritos* se requiere esta declaración expresa y escrita. Respecto de los que se hacen verbalmente, o en general sin forma escrita, por ejemplo tácitamente, habrá que estar simplemente a las presunciones del sentido común, respecto a si son actos del guardador en su propio patrimonio, o actos que afectan au pupilo. Así, por ejemplo, las compras de cosas de uso personal del pupilo, necesariamente son actos hechos en nombre del pupilo, y en cambio, la compra de cosas que sólo sirvan al guardador, no podría presumirse que se hizo en nombre del representado. No es necesario que se emplee una fórmula sacramental

para indicar que se actúa en nombre del incapaz, y en la mayoría de los casos la naturaleza del negocio determina claramente a quien pertenecen él y sus consecuencias.

Si se trata de actos que requieren escritura, pública o privada, o que, aunque no sea precisa la escritura, sin embargo se han hecho mediante documento escrito, y el guardador no hace constar en él que celebra el acto o contrato en representación del pupilo, entonces se entiende por regla general que no ejerce la representación, y el acto es propio del guardador. Sin embargo, la ley concede al pupilo el privilegio de adueñarse de tal acto o contrato si le fuere beneficioso (Art. 453); naturalmente, esto sólo cabe cuando el guardador ha obrado usando bienes del pupilo, o con evidente relación a dichos bienes; no cabría que se apropiara el pupilo de un negocio hecho por el guardador con sus propios bienes.

Una aplicación concreta del derecho de representación del pupilo por parte del guardador tenemos en el Art. 1632 del Código Civil que declara que reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representados, siendo por consiguiente válido el pago de obligaciones que se deban al pupilo, si el pago se hace al guardador.

A parte de los actos personalísimos, en los que no cabe representación legal (como el testamento, el reconocimiento de un hijo ilegítimo, etc.), a veces, leyes especiales limitan también la representación del guardador, con la intención de proteger más al pupilo. El Art. 363 del Código del Trabajo, reformado el 29 de marzo de 1965, da la representación del menor de edad, para cuestiones laborales a su padre o madre, aún ilegítimos, *aunque* el menor tenga otro curador, que sea su representante legal para la generalidad de los actos.

El pupilo, además, puede gozar de una capacidad especial para ciertos actos, en los cuales ninguna intervención tendrá el guardador. Este es el caso de un menor adulto que sea empleado público, en todo lo relativo a su cargo.

357.— Autorización del guardador al pupilo.

Si bien el guardador puede y debe representar a todo pupilo, cabe también que autorice por actos que el mismo pupilo realice por sí, pero esta autorización solamente es factible respecto del pupilo que sea sólo relativamente incapaz. El guardador no puede autorizar actos del impúber, del demente ni del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito. Los demás pupilos serán sólo relativamente incapaces y pueden ser autorizados.

El hecho de que pueda autorizarse al pupilo para que actúe válidamente, constituye un instrumento de formación verdaderamente insustituíble. Un guardador prudente, sabrá medir las atribuciones que confiere a su pupilo y progresivamente entrenarle para el libre desempeño de sus propios negocios. No resulta, pues, justa la crítica que a este propósito hace de nuestra ley, Don Luis Felipe Borja.

Todavía más: hay ciertos actos que por su carácter personalísimo sólo pueden ser realizados por el propio pupilo, en los que no cabe representación legal, y sin embargo, la intervención del curador para autorizar tales actos resulta muy benéfica porque cumple una función de consejo y vigilancia; tal es el caso del matrimonio del pupilo, o de la celebración de capitulaciones matrimoniales, para los cuales requiere ser autorizado por su curador general o especial (a falta de padres o ascendientes).

Es lamentable que tan acertado sistema no haya sido más desarrollado por nuestro Código. La autorización al pupilo se menciona en el Art. 432, en igualdad de condiciones a la representación, pero no se establece claramente cómo debe autorizar el guardador.

No existiendo una regulación minuciosa de la autorización del curador, debemos entender que se aplicarán a este caso, por analogía evidente y muy próxima, las reglas que se dan para la autorización del padre de familia al hijo menor adulto, en virtud de las cuales el hijo que está bajo la patria potestad, puede, sin embargo hacer válidamente algunos actos mediante la autorización expresa o tácita de su padre o madre que ejercen la patria potestad.

El guardador que autoriza al pupilo para que actúe por sí mismo, no se descarga de su obligación y responsabilidad, sino que, por el contrario se hace responsable de los resultados de los actos del pupilo, de modo que está obligado a vigilar para que no sean perjudiciales.

La autorización en ciertos casos puede revestir necesariamente una forma solemne, esto es cuando el acto para el que se da la licencia es también un acto solemne, o de particular trascendencia. Así, para ejercer el comercio, el menor emancipado necesita autorización de su curador (Art. 9 del Código de Comercio), autorización que debe darse por escritura pública registrada y publicada por la imprenta; sin embargo el mismo Código Mercantil permite que se autorice tácitamente, pues si el menor ejerce el comercio públicamente y no reclama o protesta el curador, los actos del relativamente incapaz son válidos.

El Art. 34 del Código de Procedimiento Civil permite comparecer en juicio como actores o demandados a los incapaces que están bajo curaduría, cuando es "para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente, sin intervención de representante legal". Esto debe entenderse aplicable solamente a los relativamente incapaces, y además, siempre que el acto o contrato se haya efectuado válidamente cuando ya era incapaz quien lo hizo, porque el espíritu de la ley es claro: el que puede contratar también puede defender judicialmente el contrato; por ejemplo, los relativamente incapaces pueden celebrar por sí mismos válidamente contratos con la Caja del Seguro (Art. 112 de la Ley de Seguro Social), por consiguiente, aunque estén bajo curaduría, pueden también intervenir por sí mismos en los juicios que se originen en dichos contratos, y actuar en ellos como actores o como demandados

358.— Administración de los bienes del pupilo

El concepto de administración de bienes, más que jurídico es propiamente económico. La administración comprende, en efecto, una serie de condiciones, actos y efectos jurídicos. Se administra bienes ajenos en virtud de una representación legal o voluntaria, o porque se asume espontáneamente dicha administración (agente oficioso); el administrador hará actos tales como compras, ventas, arriendos, contratos diversos, actos de conservación, cultivo, etc. Sin embargo, hay una serie de circunstancias en las que ciertas personas ejercen la administración de negocios ajenos, y entre todas ellas hay puntos de contacto, caracteres comunes, que dan origen a un concepto de lo que es "administrar", jurídicamente hablando. Así, administra el padre de familia los bienes del hijo, administra el marido los bienes de la mujer y los de la sociedad conyugal, administran el albacea y el heredero los bienes hereditarios, administran los guardadores los bienes pupilares. Todos ellos tienen un conjunto de obligaciones comunes, como también algunas características especiales en el desempeño de sus obligaciones. De esta comparación de varias instituciones, ha surgido en la doctrina la clasificación de los actos de administración ordinaria y extraordinaria.

Dentro del concepto de administración ordinaria de los guardadores se comprenden los actos de conservación y cultivo de los bienes, el cobro de las deudas, la interrupción de las prescripciones, la inversión del dinero, los pagos y gastos necesarios, los arriendos a corto plazo, etc., y sobre todo, el empleo adecuado de los bienes del pupilo en utilidad de él mismo, proveyendo a su sostenimiento y educación, y eventualmente curación, si se trata de un pupilo enfermo. Todos estos gastos de educación y mantenimiento y curación del pupilo, deben ser moderados, proporcionados a las posibilidades económicas del pupilo y a su posición social; si el guardador se excediera en ellos se haría responsable de la correspondiente disminución del patrimonio pupilar.

Los gastos de poco valor son parte de la administración ordinaria, aunque se refieran simplemente a la "honesta recreación" del pupilo. Están autorizados, un poco fuera de lugar, en el Art. 444.

Para los asuntos más importantes el Código exige permiso judicial. Nuestro sistema ha sido duramente criticado por Don Luis Felipe Borja, que habría preferido el trasplante de las instituciones francesas a nuestro medio. "Según el Código chileno —dice el ilustre jurista—, el juez interviene en todos los asuntos importantes; y salta a la vista que no conociendo el juez esos asuntos, el mismo guardador interesado puede suministrarle datos inexactos; que la intervención judicial no origina sino gastos y pérdida de tiempo, y que, por lo mismo, es tan urgente como necesaria la reforma del propio Código para nombrar un tutor que vele por la buena administración de los intereses pupilares e intervenga en todos los asuntos en que pueda haber pugna entre los intereses del pupilo y los del guardador". No se puede

negar que tenga razón Borja al señalar los defectos del sistema, y más que los defectos, los posibles abusos del mismo; pero resulta muy discutible la solución que se pretende dar. Una institución puede funcionar bien en un país y no acomodarse a la cultura, costumbres y manera de ser de otro. Además, en Francia también se ha tropezado con sinnúmeras dificultades y críticas, y hoy se tiende a una simplificación del sistema, ante el fracaso de los consejos de familia y la ineficacia de protutores. Asegura Planiol que "el menor sería la primera víctima de la observancia demasiado fiel de las reglas de administración" que impone el complicado sistema francés. Finalmente, cabe observar que Borja se manifiesta totalmente adverso a la figura jurídica del consultor, que admite nuestra ley, y precisamente combate a nuestra ley en este punto, porque considera demasiado complicado el sistema de un guardador y un consultor, y entonces sorprende sobremanera que propugne que en toda guarda haya siempre un guardador y un protutor, con la misma o mayor complicación.

En una palabra, podemos afirmar que aunque el Código Civil Ecuatoriano deja algunos vacíos, algunos puntos sin determinar en cuanto a las funciones administrativas del guardador, sin embargo, ha seguido un sistema sencillo, generalmente claro y eficaz, para graduar, como también lo hacen otros códigos muy modernos, las atribuciones del tutor o curador, distribuyéndolas en varias categorías, y haciendo intervenir con mayor o menor fuerza al poder judicial, según la gravedad de los asuntos. Si es verdad que los jueces pueden resolver en ocasiones con poco conocimiento de los asuntos, o mal informados, también ha previsto nuestra ley las intervenciones de los parientes del pupilo, del Tribunal de Menores y del Ministerio Fiscal, para evitar tales abusos.

359.— Obligación de llevar cuentas de la administración.

El requisito fundamental para que se puedan establecer las responsabilidades de quien maneja negocios ajenos, es la contabilidad. El guardador debe, pues, llevar cuentas de todos los actos administrativos y bienes que se le confían.

El Código precisa las cualidades que debe reunir la cuenta del guardador: "fiel, exacta, y en cuanto fuere dable documentada, de todos los actos administrativos, día por día. Y la falta de alguna de estas características sería imputable al guardador. Desde luego, la cuenta no puede ser falsa o inexacta, con errores o exageraciones voluntarias, que constituirían dolo, o simplemente por negligencia, de la cual tendría que responder el guardador. Tampoco puede reducirse la cuenta a resúmenes o balances periódicos, mensuales, anuales, etc., sino que se debe componer de anotaciones diarias, hechas en su oportunidad.

La obligación de llevar cuentas el guardador, es obligación legal, de orden público, y que no puede exonerarse ni por voluntad del

testador que haya designado al tutor o curador. Si se dejan bienes bajo la condición de que no se exijan cuentas al guardador, dicha condición, contraria a derecho, se tiene por no puesta.

Las cuentas arrancan del inventario, que tampoco puede eximir el testador al guardador de la obligación de hacerlo (Art. 421). Deben reflejar todos los cambios patrimoniales que se produzcan: aumentos y disminuciones de bienes, o transformación de ellos.

El mandatario, el albacea, el heredero, están obligados, como el guardador, a llevar y rendir cuentas; a propósito de las cuentas del mandatario, dice el Art. 2175 que "las partidas importantes de su cuenta serán documentadas"; por analogía, puede decirse que también en el caso de los tutores o curadores, serán únicamente las partidas importantes las que requieren documentación; pero la ley dice más estrictamente, para el caso de las guardas, que "en lo posible" han de ser documentadas, sin distinguir las partidas importantes de las que lo son menos. En la práctica no será "posible" documentar las partidas pequeñas, y de hecho desaparece dicha obligación.

En algunos casos la cuenta puede estar sujeta a especiales solemnidades, tal sucede cuando se trata de cuentas de negocios de comercio que el pupilo pueda tener. También si quien ejerce una tutela o curaduría es comerciante, el Código de Comercio le impone la obligación de inscribir en el correspondiente Registro los documentos justificativos de los haberes del que está bajo su guarda (Art. 30 Nº 7), y en esta forma, terceras personas pueden cerciorarse de cuáles son los bienes del guardador y cuáles los del pupilo, y apreciar mejor la solvencia de cada uno.

Las cuentas, en nuestro sistema, deben ser rendidas, estudiadas y aprobadas, ordinariamente sólo al finalizar la guarda. Extraordinariamente se puede pedir también rendición de cuentas durante el ejercicio de la guarda.

La revisión de las cuentas durante el ejercicio de la guarda puede ser ordenada por el juez y la hará otro guardador si lo hay, o uno especial designado por el juez con este objeto. En esta forma se suple la falta de protutor; el guardador especial designado para revisar la cuenta es como un protutor, pero sólo eventual, transitorio, y tal vez más eficaz que el de protutor permanente, quien por la misma duración de su cargo puede poner menor empeño en él.

La revisión puede ser ordenada por el juez de oficio, o a petición incluso verbal, del mismo pupilo, de otro curador suyo, de su cónyuge, de cualquier consanguíneo más próximo, o del Ministerio Público. Así, pues, las posibilidades de que se pida esta rendición de cuentas se han querido multiplicar hasta lo máximo posible.

En algunas legislaciones modernas se establece la obligación de rendir cuentas durante la guarda en períodos fijos o variables, señalados por el juez. Estos sistemas parecen altamente recomendables: permiten corregir a tiempo errores o desviaciones, estimulan al guardador a una minuciosa documentación de sus gastos, evitan a los parientes el eno-

joso deber de exigir eventualmente cuentas cuando el guardador se ha hecho sospechoso, y resulta el pupilo más protegido en sus intereses.

La exhibición de cuentas pedida y presentada durante el ejercicio de la guarda, no exonera al tutor o curador de presentar nuevamente las cuentas relativas al período anterior a la exhibición, cuando termine su administración. Sin embargo, opino, que una vez aprobada por el juez, o por los otros guardadores si los hay, la cuenta intermedia, ya no se podría exigir al guardador que conserve hasta el final de la guarda todos los recibos y demás documentos; lo lógico es que, aunque esa cuenta no se considere del todo cerrada y aprobada, sin embargo deba producir algún descargo para el guardador, y éste puede consistir en una menor exigencia de documentación, desde luego si consta que todo fue hallado en regla.

360.— Responsabilidad genérica de los guardadores.

El guardador responde hasta de la culpa leve; por consiguiente no responde de la culpa levísima, pero sí de la grave, y desde luego, del dolo

En algunos casos, el guardador puede asegurarse de no incurrir en culpa consultando al juez, como por ejemplo cuando se trata de hacer gastos en la educación del pupilo, cuyo monto debe ser proporcionado a las posibilidades del incapaz, y bien puede el tutor o curador solicitar que el magistrado fije la cantidad que puede gastar (Art. 473).

Con acierto la Corte Suprema ha declarado en una sentencia que para juzgar sobre la responsabilidad del guardador se debe examinar no sólo cada acto, y la diligencia con que se cumplió, sino el conjunto de la administración, pues sólo considerando el conjunto se puede valorar cada acto particular.

Esta responsabilidad hasta por culpa leve, se refiere a las fundamentales obligaciones del guardador como administrador de los bienes pupilares: conservarlos, repararlos y hacerlos producir. Por consiguiente, responde el guardador no solamente de la pérdida material de los bienes que recibe, sino que se haría también responsable de su deterioro, o de su improductividad: lucro cesante.

El guardador responde no sólo de sus propios actos y omisiones, sino también de los actos que haya autorizado al pupilo, y que se consideran como si hubieran sido hechos por el mismo guardador.

También responde el guardador de los actos del pupilo, aunque no hayan sido autorizados, cuando él pudo evitarlos, o, una vez, hechos estuvo al alcance del guardador desvirtuarlos, retractarse, o impedir sus consecuencias. Esta responsabilidad se extiende aún a los delitos o cuasi delitos, o mejor, a las infracciones de la ley penal que haga el pupilo, aunque no constituyan delito por razón de su edad o incapacidad, y respecto de todos los cuales, el guardador que debió controlar al pupilo y que pudo impedir la infracción, resulta responsable civilmente de los daños o consecuencias económicas desfavorables.

Como se puede apreciar, la responsabilidad del guardador es grande, y la ley exigente; por lo mismo es lógico que a su vez el guardador no deba sufrir en su patrimonio daños inculpables, por el ejercicio de su cargo. García Goyena se pregunta si el tutor podrá pedir indemnización de los daños que sufra por caso fortuito, como asalto de ladrones, naufragio, etc., cuando viaja por causa del menor, y no habiendo mediado culpa ni temeridad por su causa, y contesta: "en el mandato y sociedad se concede siendo contratos voluntarios, ¿cómo negarlo en la tutela, que es carga o cargo necesario?: nemini officium suum utcumque sponte susceptum, damnosum esse debet".

Si el tutor o curador cometiera un delito o cuasi delito, aún en el desempeño de su cargo, no podría imputarse tales actos o responsabilidad por ellos al pupilo, alegando que el guardador le representa. El pupilo solamente podría ser obligado a devolver las cosas que le han beneficiado, o a responder civilmente hasta el monto del enriquecimiento que la actuación del guardador le haya reportado, porque nadie debe enriquecerse injustamente y en detrimento de otros. De todos modos, en la mayor parte de los casos, no perderá el pupilo, porque cuanto deba el indemnizar a terceras personas por actuaciones de su guardador, podrá también cobrar al mismo guardador ya que normalmente habrá por parte del tutor o curador culpa leve o grave, y tal vez dolo, y por tanto, obligación de responder.

361.— Caso especial de haber un consultor.

Nuestro Código ha introducido una figura nueva en el ámbito de las guardas: el consultor. Este es nombrado por el testador para que sea consultado por el guardador en el ejercicio de su cargo.

Hay dos clases de consultores: uno cuyo consejo no es vinculante, es decir, que el guardador debe oírle, pero no queda obligado a seguir el consejo recibido; y otro, cuyo consejo sí es vinculante, de modo que el guardador debe oírle y además seguir el consejo, pero no con carácter absolutamente obligatorio, porque si no está conforme con la opinión del consultor, debe recurrir al juez para que dirima la divergencia de opiniones y resuelva lo que se ha de hacer.

En algunos casos, la presencia de un consultor puede ser de mucha utilidad para el guardador y el pupilo; sobre todo cuando existan negocios complicados o que requieran conocimientos más o menos especializados, entonces, el consejo de una persona entendida puede asegurar una acertada administración. Al mismo tiempo el Código deja suficiente libertad y concede la primacía al guardador, porque aún en el caso del consultor vinculante, el tutor o curador no debe necesariamente sujetarse a su criterio, sino que le queda el recurso al juez.

Podría decirse que en los casos de negocios complicados, etc., el testador podría nombrar guardador al mismo técnico o persona entendida, en lugar de designarle solamente consultor. Pero bien puede

ser que el testador confíe más en otra persona en cuanto al cuidado del pupilo, y aún en cuanto al manejo general de los asuntos económicos, pero cree del caso darle como auxiliar un perito o especialista en ciertos asuntos.

Nuestro Código considera solamente la figura del consultor del guardador, nombrado en testamento. Aunque no se dice expresamente, se sobreentiende que no puede nombrar consultor sino quien puede nombrar guardador testamentario, y de hecho lo haya nombrado.

Sería muy interesante que también el juez pudiera nombrar consultor, para las otras guardas, legítimas o dativas, cuando lo crea necesario, o a petición del propio pupilo si es menor adulto o relativamente incapaz, o de los parientes del pupilo. Por ejemplo, cuando es llamada a ejercer la guarda la madre, o una ascendiente del pupilo, si bien, nadie mejor que ella para cuidar del menor o incapaz, y quizá nadie con una voluntad de servicio mejor dispuesta, pero no siempre serán personas hábiles para manejar los negocios del pupilo, y si bien, cabe nombramiento de curador adjunto, el nombramiento de un simple consultor sería una solución intermedia, muchas veces conveniente.

Por otra parte la legislación sobre el consultor es incompleta, imprecisa. Así, generalmente se sostiene que los requisitos para ser consultor deben ser los mismos que para desempeñar la correspondiente guarda, aduciendo que mal podría aconsejar quien no pudiera desempeñar la guarda misma. No estoy de acuerdo con estas opiniones, porque la figura del consultor es realmente distinta de la del guardador, y precisamente puede ser que el testador se mueva a designar a una persona como consultor, porque no puede ser tutor o curador; por ejemplo, para ciertos asuntos podría ser extremadamente útil el consejo de una mujer, que no puede, por razón de su sexo, desempeñar la guarda testamentaria. Es verdad, como señala Somarriva, que las funciones del consultor y las del guardador son similares; pero también debemos afirmar que no son idénticas, y que siendo las causas de incapacidad para las guardas normas restrictivas no pueden trasladarse de caso a otro: las incapacidades son de derecho estricto y no se pueden interpretar extensivamente. Considero, por tanto, que toda persona con capacidad general, tendría también capacidad para ser nombrada consultora de un guardador.

Como el guardador puede apartarse de la opinión del consultor, su responsabilidad no desaparece si se conforma con el criterio del consultor: quien actúa es en todo caso el guardador y él asume su propia responsabilidad.

Tampoco ha precisado nuestra ley, cuáles son las consecuencias exactas de la falta de consulta del guardador al consultor, debiendo hacerlo. Ni siquiera se ha determinado en qué casos debe pedirse el consejo; suponemos que el mismo testador puede fijar en qué asuntos es necesario que el guardador oiga al consultor, por ejemplo estableciendo una cuantía dada, o bien, un género especial de negocios, o

extendiendo la obligación de consultar a todos los actos y contratos, salvo los de ínfima importancia o absolutamente ordinarios.

A falta de reglas positivas directas, hay que recurrir a los principios generales y tratar de llegar a conclusiones precisas.

Si el consultor tiene, en virtud de las disposiciones testamentarias, parecer no vinculante, es decir, si el guardador puede apartarse libremente de su opinión, no cabe pensar que por falta de consulta se produzca nulidad de los actos del guardador. El efecto jurídico de la omisión de la consulta debida, en este caso, sería un agravamiento de la responsabilidad del guardador: si los actos o contratos que realiza resultan perjudiciales al pupilo, el guardador debe responder de tales perjuicios; considero que no se requeriría entonces probar la culpa leve o grave del guardador, porque la culpa ya consta: consiste precisamente en haber omitido la consulta que estaba obligado a hacer.

En el caso del consultor cuya opinión es vinculante, resulta más difícil resolver el problema de los efectos jurídicos de la omisión del guardador de consultar, o de su proceder contrario al consejo vinculante del consultor. Desde luego, también en este caso hay un punto muy claro, evidente: si el guardador, discrepando en la opinión del consultor recurre al juez, y se atiene a lo que determina el magistrado, entonces, el acto es plenamente válido, y la responsabilidad del guardador disminuye, no se le puede inculpar por haber procedido en ese sentido, que es plenamente legal, y sólo responderá si incurre en culpa leve o en mayor negligencia en la ejecución de lo así resuelto.

Algunos autores, como Borja, Somarriva, Fueyo, sostienen que si el guardador no consulta, o se aparta del consejo del consultor, sin recurrir al juez, hay falta de un requisito exigido por la ley en consideración al estado o capacidad de las personas, y por lo mismo, el acto así realizado sería nulo, con nulidad relativa, es decir anulable a petición del propio pupilo, su representante o sucesor en el derecho.

Claro Solar, más moderadamente señala que el tutor o curador que hubiera omitido la consulta o se hubiera apartado de ella, incurre en responsabilidad respecto de los resultados perjudiciales para el pupilo, del acto o contrato verificado sin cumplir esas obligaciones.

Opino que si la ley deja tan amplia libertad al testador para nombrar o no nombrar consultor, y para dar a su opinión un valor más o menos vinculante, pero en ningún caso estrictamente obligatorio, el espíritu de la ley es favorable a la máxima libertad, por consiguiente el mismo testador podría determinar las consecuencias jurídicas de la falta de consulta. Si el testador no usa de esta facultad, lo que será más corriente, se debe considerar que las facultades del guardador no han sido modificadas sino en la mínima medida por el nombramiento de consultor, y que, por lo mismo, sus actos sguirán siendo válidos, aunque no consulte cuando debe hacerlo o se aparte arbitrariamente de la opinión del consultor.

A la misma conclusión se llega si se examina el problema desde otro punto de vista. La nulidad relativa es una sanción de carácter

protector: la ley se propone evitar que resulte perjudicado el incapaz. Ahora bien, cuando el guardador se aparta del consejo debido, o no lo pide en su oportunidad, hemos visto que incurre en culpa y responde ante el pupilo de cualquier perjuicio que se siga del acto así realizado; por consiguiente el pupilo está ya protegido, y no tendría razón de ser la declaratoria de nulidad de un acto del cual tiene que responder el guardador.

Finalmente, considerando que para terceras personas, para quienes contratan con el guardador, resultaría muchas veces engorroso el tener que cerciorarse de si hay consultor, de cuáles son sus facultades, si se le ha consultado y qué es lo que ha opinado, tenemos también que concluir que el legislador no puede haber querido subordinar la validez del acto del guardador a dicha consulta.

Además, aunque sólo sea un indicio, podemos agregar que, si la ley no establece la forma en que debe manifestarse la consulta(por escrito, verbalmente, etc.), tampoco es razonable asignar una sanción tan grave como la nulidad, aunque sea relativa, a la omisión de esta formalidad de carácter más bien facultativo, no esencial.

Opina Borja que los parientes del pupilo, y aún cualquier persona del pueblo pueden pedir la remoción del consultor, y que el mismo juez pudiera declararla de oficio; se inspira esta sentencia en la asimilación que hace este autor de la figura del consultor a la del guardador. Pero la remoción se impone como una necesidad solamente si el guardador causa perjuicios al pupilo, o no cumple los requisitos exigidos por la ley para desempeñar su cargo; en cuanto al consultor, como la ley no señala qué requisitos debe reunir para ser nombrado, y como en la práctica resulta muy difícil que pueda perjudicar positivamente al pupilo, no se ve tampoco la posibilidad de que sea removido por el juez. Tal vez en un caso extremo, en el que actuara el consultor en una forma obstruccionista, oponiéndose constantemente y sin razón al guardador, haciendo que éste tenga que recurrrir inútilmente ante el juez, con pérdida de tiempo y dinero, el juez podría apartar de su cargo al consultor; pero la hipótesis es realmente extremada. En todo caso, si se remueve al consultor, no tendría el juez facultad para nombrarle sustituto, ya que nuestro sistema concede la atribución de nombrar consultor solamente al testador.

362.— Caso especial de haber varios guardadores.

Cada pupilo, en principio, necesita solamente de un guardador. Pero nuestra ley permite que un mismo guardador pueda ejercer la guarda de varios pupilos y también que un mismo incapaz tenga varios tutores o varios curadores: hay pues la posibilidad que podríamos llamar activa y pasiva.

No se considera que hay propiamente pluralidad de guardadores cuanto existe un curador general y un curador adjunto, o cuando,

a parte del curador general hay un curador especial para determinado asunto, por ejemplo, un curador *ad litem*. El caso típico de pluralidad se da cuando hay varios tutores o varios curadores generales.

La posición de los guardadores del mismo pupilo es totalmente diferente según que ejerzan la administración conjuntamente, o tengan administraciones separadas cada uno de ellos.

Cuando los guardadores del mismo pupilo ejercen conjuntamente la administración, caben teóricamente dos sistemas para representar o autorizar al pupilo para cada acto: o bien tienen que actuar todos los guardadores de consuno, o basta que uno de ellos represente o autorice. Según el Código, si no hay división de la administración, todos los guardadores deben actuar conjuntamente. Se entiende que actúan de consuno también en el caso de que uno de ellos haya dado mandato o poder a otro, y éste actúe entonces por sí mismo y además en ejercicio del mandato recibido.

Si debiendo actuar de consuno varios guardadores, porque no se ha dividido la administración entre ellos, sin embargo es sólo uno el que representa en un acto el pupilo, o sólo uno le ha autorizado al pupilo, el acto es nulo con nulidad relativa, porque no se ha cumplido el requisito exigido por la ley en consideración del estado y capacidad de las personas. Siendo acto nulo, admite ratificación por parte del guardador que no intervino, convalidándose así en virtud de esa intervención, aunque sea tardía.

La guarda ejercida por varios tutores o curadores generales se asimila a una obligación indivisible, de la cual todos deben responder (Art. 1580 del Código Civil) y por esto, la cuenta es conjunta. En cambio, si el testador o el juez han dividido las administraciones, cada guardador debe llevar y rendir por separado sus cuentas.

A primera vista parece que el Art. 455 se refiere a la *autorización* solamente, que el guardador o los guardadores pueden dar al pupilo para que actúe por sí mismo; en efecto se dice que "habiendo muchos tutores o curadores generales, todos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo". Pero el artículo se refiere en general a las diversas formas a través de las que el guardador puede hacer que se produzcan efectos válidos sobre los bienes del pupilo; por esto, el mismo artículo habla más adelante de "intervención o autorización" del guardador. Evidentemente, las reglas que se dan en este artículo se refieren más a la responsabilidad de los guardadores en la administración conjunta o separada, sea cual sea la forma mediante la cual den valor a los actos relativos a los bienes del pupilo (mediante autorización o representación).

Siempre que hay administración conjunta, y siempre que deba haberla (aunque de hecho no la haya), la responsabilidad de los guardadores es solidaria: se puede exigir totalmente a uno cualquiera de ellos o a todos o a varios de ellos.

La división sólo puede hacerse jurídicamente con plena validez y legalidad, por parte del testador o del juez. La división privada, con

venida por los mismos guardadores, aunque mediara también la voluntad del pupilo o de sus parientes, no altera la responsabilidad de ellos, y siguen solidariamente obligados.

Es importante destacar que entre las varias cosas que dispone el Art. 455, está la regla de que en caso de discordia entre los guardadores generales, debe decidir el juez. No es el voto mayoritario el que se impone, sino la opinión imparcial del magistrado.

El juez puede dividir la administración entre los varios guardadores sea por propia iniciativa o a petición de uno de ellos. Tiene amplias facultades para hacerlo "del modo que más conveniente le parezca (Art. 393). Con igual libertad puede proceder el testador (Art. 403).

Aún dividida la administración de la guarda por el testador o por el juez, queda una responsabilidad subsidiaria de cada guardador por los actos que realizan los demás, en su administración separada; esta obligación subsidiaria proviene del deber que tienen de vigilarse mutuamente, y de recurrir al juez para que ordene una exhibición de cuentas, si consideran que hay razón para ello, es decir, si la conducta de algún guardador es sospechosa o francamente perjudicial para los intereses del pupilo. La responsabilidad subsidiaria se extiende a los padres del pupilo cuando existen y el hijo tiene curador adjunto (Art. 534); también tienen esta responsabilidad subsidiaria los curadores adjuntos y los que carecen de administración de bienes (un curador especial), por ejemplo *ad litem*, porque todos están obligados a vigilar la conducta de los demás.

Pero no se extiende la responsabilidad subsidiaria de que hemos hablado, "a los tutores o curadores que, dividida la administración por disposición del testador, o con autoridad del juez, administren en diversos lugares".

No existiendo en nuestro país las instituciones del protutor ni del consejo de familia, generalmente es el juez quien desempeña las funciones de control y autorización que en otros Estados corresponden a tales personas o entidades; pero el Código Civil Ecuatoriano, sin embargo, llama también "a los otros tutores o curadores generales del pupilo" para que sean ellos quienes deban intervenir en algunos casos especiales con esas funciones de vigilancia o autorización: a) para que un guardador se reembolse los dineros anticipados al pupilo, más sus intereses; b) cuando el guardador deba recibir la posesión de alguna cosa del pupilo de la que el tutor o curador sea legatario, o deba recibirla por un fideicomiso u otro título; c) cuando el guardador deba intervenir en un asunto del pupilo en el cual él mismo tenga interés. En estos casos, sólo si no hay otros guardadores, entonces es el juez quien debe actuar. También cuando se pide exhibición y revisión de cuentas durante la tutela o curaduría, son los otros guardadores los llamados a observar dicha cuenta, y sólo a falta de ellos, corresponde la misma función al juez.

En conclusión, podemos decir que la posibilidad de que se nombren varios guardadores da suficiente flexibilidad a nuestro siste-

ma, permite una mejor distribución de funciones y un control benéfico para el pupilo, y como no es obligatoria la pluralidad, permite también que en casos más sencillos igualmente se simplifique el mecanismo de la guarda, con la consiguiente ventaja.

Parágrafo 2. Administración ordinaria de la guarda.

La administración ordinaria supone los siguientes actos principales: a) conservación y cultivo de los bienes; b) inversión del dinero; c) ventas ordinarias; d) cobro de deudas; e) gastos y pagos necesarios; f) interrupción de la prescripción; g) arriendos cortos; h) dar y recibir dinero a mutuo.

363.— Conservación y cultivo de los bienes.

La conservación, reparación y cultivo de los bienes del pupilo se señalan en el Art. 433 como las primordiales obligaciones del guardador en cuanto a la administración de los bienes.

La reparación ordinaria de las cosas es parte de su conservación, de modo que se puede decir que está comprendida dentro del término "conservar".

La conservación se refiere no solamente a la materialidad física de las cosas, sino, sobre todo, conservarlas en el patrimonio del pupilo. Por tanto, el guardador debe tomar todas las medidas lícitas de defensa de los bienes, sea con las correspondientes seguridades materiales como también mediante los procedimientos jurídicos adecuados. La falta de estas seguridades, si hay culpa del guardador (leve o más grave), le haría responsable de los daños sufridos por el pupilo.

Dice Planiol que, como en el mundo actual ciertos seguros son actos normales e indispensables de buena administración, se hace responsable el tutor o curador que no haya asegurado al menor contra incendios (sentencia de la Corte de Rennes 8 de enero de 1897) o contra accidentes de trabajo de su personal.

Desde luego, el guardador debería indemnizar al pupilo si no inscribiera un derecho real, o si dejara de iniciar o proseguir un juicio necesario para la defensa de los derechos del pupilo, sin razonable causa. El guardador está obligado a interrumpir las prescripciones que corran contra los intereses del pupilo.

La conservación supone también el mantenimiento de las cosas en su estado normal, es decir sin profundas transformaciones, y sobre todo, sin cambios que las empeoren, disminuyan su valor o las inhabiliten para el uso o producción corrientes. Pero este sentido de la conservación no puede exagerarse hasta el punto de quitar toda iniciativa al guardador, por ejemplo, no se le puede impedir que cambie adecuadamente los cultivos de una finca.

364.— Inversión del dinero.

La conservación y productividad del dinero requiere una especial mención. El dinero ocioso fácilmente se pierde, por lo menos por la habitual devaluación de la moneda; además, en la economía moderna el dinero es productivo por excelencia (contra lo que pensaban los antiguos), y si no rinde nada, hay un lucro cesante.

Nuestro Código se muestra favorable a dos clases de inversiones que deben ser preferidas por el guardador: darlo en préstamo con las debidas seguridades, o bien invertirlo en compra de bienes raíces.

El proyecto de 1853 hablaba de colocación del dinero en títulos de la deuda del Estado y en "especulaciones mercantiles o industriales seguras". No conocemos por qué se suprimieron estas palabras que tendrían indudable actualidad. En el mundo moderno los medios de inversión y producción del dinero son mucho más complejos y más rediticios que el simple mutuo y la inversión en bienes raíces. La compra de acciones, cédulas, bonos, obligaciones de compañías, y muchos otros títulos puede ser a veces tan segura como la inversión en inmuebles y generalmente más productiva. El préstamo a intereses, que recomienda el Código está normalmente afectado de graves peligros, y no suele ser productivo como "otras especulaciones mercantiles o industriales seguras".

Tal vez podría interpretarse, con algo de laxitud, el artículo 448 que manda "prestar el dinero ocioso del pupilo", en el sentido de que el préstamo se refiere a las cantidades no invertidas en otros negocios; es decir, que el guardador podría, y aún debería evitar esa "ociosidad" del dinero que le conduce a tener que prestarlo.

Nuestro Código no ha fijado el plazo dentro del cual el guardador deba dar el dinero ocioso a préstamo; por consiguiente, será el juez quien deba apreciar si realmente ha existido o no culpa en el guardador que ha dejado transcurrir cierto tiempo antes de colocar el dinero.

También se ha de apreciar con prudencia lo relativo a la urgencia de la inversión. Una moderada espera puede significar una mejor inversión, y no siempre el empleo inmediato dará los mejores resultados. Además, no sólo debe el guardador considerar la rentabilidad del préstamo u otra inversión, sino igualmente o en mayor medida, las seguridades; según el Art. 448 debe procurar "las mejores seguridades". Ahora bien, es un hecho bien conocido que en general la seguridad y la rentabilidad suelen estar en razón inversa, sobre todo en los términos extremos: algo extremadamente rentable suele ser arriesgado, y lo absolutamente seguro no da mucho rendimiento. Parece pues, que el guardador debe escoger entre las varias posibilidades que presenten más bien el aspecto de un término medio: suficiente seguridad y un rendimiento ventajoso.

Las inversiones pueden ser a plazos fijos o inmediatamente realizables. También en esto el guardador debe actuar con la prudencia

de un buen padre de familia. No debe comprometer todo el capital a largos plazos de modo que no quepan después rectificaciones, ni tenga el pupilo el dinero para atender a necesidades urgentes, y tal vez imprevistas, como los gastos de curación de una enfermedad. Tampoco puede sacrificar por una exagerada previsión, la posibilidad de mejores ganancias que se obtendrían de colocar el dinero con plazos relativamente largos. Aunque la ley no lo prescribe, parece evidente que el guardador no debe comprometer todo el capital del pupilo para plazos que superarían la duración de la guarda porque esto significaría dejar al pupilo al término de su incapacidad sin posibilidad alguna de manejar sus propios bienes.

Si se prueba la responsabilidad del guardador en mantener el dinero sin producir, deberá pagar al pupilo los intereses corrientes de esas cantidades.

Favoreciendo como favorece generalmente nuestro Código el empleo de los dinero del pupilo en inmuebles, resulta muy lógica la disposición del Art. 443 según la cual no puede emplearse el dinero dejado o donado al pupilo para que adquiera bienes raíces en otro objeto que impida o embarace el cumplimiento de ese destino, salvo que autorice el juez. Esta obligación de cumplir la voluntad del testador o donante rescindiera la donación, como lo autoriza para hacerlo el Art. invierte el dinero en inmuebles se podría llegar al extremo de que el donante rescindiera la donación, como lo autoriza jara hacerlo el Art. 1479 del Código Civil, en caso de mora del donatario en cumplir lo que en la donación se le ha impuesto; entonces el guardador culpable tendría que indemnizar al pupilo por todo el monto de la donación perdida.

365.— Ventas ordinarias.

El Art. 435 indica que la venta de bienes raíces y la de muebles preciosos o que tengan valor de afección para el pupilo, debe hacerse cumpliendo particulares requisitos, constituyen un acto de administración extraordinaria. De aquí se deduce que las demás ventas pueden hacerse libremente y constituyen actos de administración ordinaria.

Concretamente las cosas que el guardador puede vender sin ningún requisito especial, son las cosas muebles que no se consideren preciosas ni tengan un particular valor de afección para el pupilo.

Naturalmente, de todos modos el guardador tendrá que hacer esas ventas poniendo el cuidado ordinario o mediano que un buen padre de familia pone en sus asuntos corrientes, de otro modo se haría responsable. No debe, pues, vender inútilmente cosas que luego tendrá que volver a comprar; ni tampoco en condiciones de precio, plazos, etc., que no sean las normales y puedan menoscabar el patrimonio del pupilo.

También otras circunstancias extrínsecas al negocio o a las cosas, pueden imponer su venta: tal es el caso de que el pupilo no tenga

otro medio de mantenerse o educarse. También la enfermedad del pupilo justifica el sacrificio de los capitales, la venta de las cosas productivas, si no hay otra manera de costear los gastos de la curación.

366.— Cobro de deudas.

También es una medida tendiente a conservar el patrimonio del pupilo el cobro de lo que le deban, sin embargo el Código, dada la importancia del asunto, ha querido señalar expresamente este deber del guardador (Art. 450), entregándolo al guardador (Art. 447).

El mandatario (Art. 2197) y el heredero que acepta la herencia se hacen responsables de lo que hayan dejado de recibir por su culpa, debiendo cobrar. Con igual o mayor razón responde el guardador que no cobra oportunamente y persigue a los deudores del pupilo, usando los medios legales.

Aunque el guardador tiene la obligación de cuidar especialmente el cobro de las deudas, "inmediatamente que sea exigible el pago" (Art. 450), esto no le impide conceder un nuevo plazo al deudor si la inversión es ventajosa para el pupilo, ya que también está obligado el guardador a invertir el dinero y no tenerlo ocioso. También podría el tutor o curador conceder una prórroga o renovar el plazo, si el deudor no puede pagar de inmediato, pero hay fundada esperanza de que pagará más adelante y da suficientes garantías; es evidente que esto conviene más al pupilo que no el precipitar la insolvencia o quiebra del deudor, con una exigencia demasiado apremiante y extemporánea.

Si por culpa del guardador no se cobra la deuda, debe éste indemnizar al pupilo de los perjuicios, y concretamente, la ley le obliga a pagar los intereses corrientes.

El Art. 1631 del Código Civil declara nulo el pago hecho al acreedor que no tenga la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, esto es, cuando la cosa era necesaria para el incapaz, o, aunque no sea necesaria, se conserve y quiera retenerla (cfr. Art. 171). De modo que el pago, normalmente se hará al guardador, pero también puede hacerse válidamente al pupilo si dicho pago resulta necesario para el pupilo, o si no hay peligro de que pierda la cosa; de todos modos entrañará riesgo para el acreedor, pues si el pupilo pierde la cosa, puede ser obligado a repetir el pago.

367.— Gastos y pagos necesarios.

La administración de cualquier clase de bienes supone siempre algunos gastos: no se puede conservar las cosas, ni mucho menos hacerlas producir, si no se producen ciertos desembolsos. Se da por supuesto que el guardador puede y debe realizar los gastos necesarios para su correcta gestión. El Código no le autoriza directamente, por demasiado evidente, y más bien hace indirecta referencia a estos gastos,

cuando en el Art. 456 reconoce al tutor o curador el derecho de que se le abonen los gastos quee haya hecho en el ejercicio de su cargo, debiendo tasarlos el juez si no constan de una manera exacta y precisa.

Puede el guardador anticipar de su propio dinero lo necesario para estos gastos en beneficio del pupilo, y entonces, tiene derecho a reembolsarse lo adelantado más los intereses corrientes en el lugar (Art. 452). Se establece así una especie de cuenta corriente entre guardador y pupilo, y aunque el tutor o curador resulte entonces acreedor del pupilo, esto no le inhabilita para el ejercicio del cargo, porque se trata de una relación autorizada por la ley y en beneficio del mismo incapaz.

Para que el guardador se haga pago de los dineros anticipados para asuntos o gastos del pupilo, y cobre también sus intereses, se requiere que le autoricen los otros tutores o curadores generales, si los hay, o en su defecto, el juez; solamente así habrá el debido control y se constatará que esos gastos fueron necesarios o útiles.

Otro género especial de gastos necesarios es el pago de las deudas del pupilo. El guardador está obligado a realizar este pago, siempre que las deudas consten debidamente y sean legales. El retraso injustificado en pagar una deuda podría acarrear perjuicios al pupilo, como el embargo de sus bienes o la declaración de insolvencia, y el tutor o curador debe evitar tales males.

Podría también el guardador pagar deudas aún no vencidas, si presenta esto alguna ventaja.

368.— Interruppción de prescripciones.

"El tutor o curador tendrá especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo" dice el Art. 451, concretando así otro de los aspectos de la conservación de los bienes pupilares.

La prescripción ordinaria no corre contra los incapaces, sino que se suspende mientras dura la incapacidad. Por consiguiente, la obligación de interrumpir las prescripciones, se refiere a las extraordinarias que son las que corren también contra los incapaces (Art. 2527).

También debe el guardador interrumpir las prescripciones extintivas de las acciones judiciales que podría seguir el pupilo, como por ejemplo, las de corto plazo que afectan a las acciones para el cobro de honorarios, las de mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que venden al por menor (Art. 2538), y otras más que corren contra toda clase de personas (Art. 2539); igualmente, las provenientes de acciones laborales u otras acciones especiales que admiten prescripción contra toda clase de personas.

Parece que la culpa es tanto mayor, en igualdad de las demás circunstancias, cuanto menos tiempo falte para que se cumpla todo el tiempo de la prescripción. Respecto de una prescripción que apenas comienza a correr, y que se completará en quince años, claro está que

el guardador no tiene la obligación de interrumpirla de inmediato, con la máxima urgencia, sino que puede esperar; en cambio si sólo faltan meses o días para que el pupilo pierda por prescripción un derecho o la posibilidad de intentar una acción, el guardador debe interrumpir esa prescripción de inmediato.

Por lo mismo, si durante el tiempo que está corriendo una prescripción termina el ejercicio de la guarda sin que el tutor o curador haya intentado interrumpir dicha prescripción, se ha de juzgar su responsabilidad tomando en cuenta el tiempo que falta para que termine de cumplirse la prescripción. Si el pupilo, mayor de edad ya, y debidamente advertido de la prescripción, tampoco la interrumpe cuando ya tiene él mismo la administración de sus bienes, no podría culpar al guardador no haberlo hecho antes, durante su minoría de edad.

369.— Arrendamientos por corto tiempo.

El arrendamiento de los inmuebles es uno de los modos de hacerlos producir, y puede el guardador recurrir a este medio sin necesidad de cumplir ningún requisito especial. Solamente señala la ley (Art. 449) unos límites de tiempo que no puede sobrepasar el arrendamiento.

Tratándose de predios urbanos el máximo de tiempo para el que puede el guardador estipular el arriendo es de cinco años, y para los rústicos, o sea rurales, ocho años. Además hay otro límite, para ambas clases de fincas: no puede sobrepasar el arrendamiento el tiempo que falta para que el pupilo llegue a la mayoría de edad, si se trata de un menor de edad. Esta última disposición tiene por objeto que al salir el pupilo de la guarda, pueda de inmediato administrar directamente sus propiedades.

Son los contratos o pactos de arrendamiento los que no puede el guardador concluir por más tiempo del señalado; pero nada impide que de hecho una propiedad raíz esté arrendada por más de cinco u ocho años, a través de sucesivos contratos, o renovación del contrato original al terminar el plazo máximo de cinco u ocho años. Al contrario, la estabilidad puede ser ventajosa para el pupilo.

Con prudencia se han señalado estos límites de tiempo, porque en períodos más largos habría peligro de que cambiaran notablemente las circunstancias económicas, y que el contrato que originalmente fue ventajoso se convierta en perjudicial para el pupilo; por otra parte, tampoco se suele conseguir buenas condiciones de arrendamiento con plazos demasiados cortos, sobre todo respecto de los predios agrícolas.

Si el guardador hubiera estipulado un arrendamiento por un tiempo que superara el límite legal, el contrato no sería nulo, sino válido, pero el pupilo podría hacer expirar el contrato el día límite señalado por la ley. Es una facultad del pupilo, de modo que también cabría que continúe con el arrendamiento, por ejemplo, si ha llegado

a la mayoría de edad y le parece conveniente el contrato, puede exigirlo a la otra parte, en lugar de hacerlo terminar.

370.— Recibir dinero a mutuo.

No señala el Código de modo expreso la facultad de recibir dinero a mutuo para financiar con él los gastos necesarios del pupilo. Pero tampoco se ha prohibido este acto que puede ser realmente de administración ordinaria y verdaderamente necesario, por lo cual hemos de concluir que está permitido al tutor o curador, siempre que obre con la prudencia de un buen padre de familia.

Lo contrario opina Borja, que siguiendo a Laurent, y más inspirado en el Código de Napoleón, dice que no figurando esta facultad entre las del tutor o curador, no podría contratar empréstitos, ni siquiera con autorización judicial; según él, ni el juez puede autorizar estos actos porque la ley tampoco le reconoce tal facultad, además de que los considera peligrosísimos para el pupilo, y que por consiguiente no pueden incluirse en el concepto de administración ordinaria.

Indudablemente sería ruinoso para el pupilo contratar préstamos a intereses usurarios, o tomar dinero a interés sin verdadera necesidad o para invertirlo en cosas poco productivas o inseguras; pero en todos estos supuestos habría culpa del guardador y él sería el responsable; en todos aquellos casos habría abuso del derecho y no recta utilización de una facultad, que en el mundo moderno no se puede negar sin trabar excesivamente la administración de los bienes.

Habría sido realmente de desear que de modo preciso se señalara la facultad del guardador de tomar dinero a mutuo para los gastos necesarios o útiles del pupilo, cuando no tuviere otras disponibilidades y cuando se tratare de sumas muy cuantiosas, convendría también imponer que se cuente con la autorización judicial.

Pero tenemos varios indicios que revelan que la mente del legislador no fue la de prohibir absolutamente los préstamos. En primer término, el Art. 452 autoriza al guardador para anticipar dinero para los gastos del pupilo y cobrarse con los intereses, es decir, para hacer una especie de préstamo momentáneo, pero no gratuito; además, en el Art. 474 se autoriza al tutor para contraer empréstitos en caso de extrema necesidad y con la autorización debida para cubrir los gastos de subsistencia y educación del pupilo, y el Art. 479 extiende al curador del menor adulto las facultades del tutor en cuanto a educación del menor, de modo que también la facultad de tomar dinero a mutuo. Finalmente, en el caso de los curadores de bienes, cuyas facultades trata el legislador de restringir al máximo (cfr. Art. 528), entonces sí se prohibe de modo expreso "contraer empréstitos" (Art. 529), de tal modo, que se debe suponer que los demás curadores sí pueden lo que no se les prohibe.

Parágrafo 3. Administración extraordinaria

Consideramos actos de administración extraordinaria todos aquellos que requieren el cumplimiento de requisitos o formalidades especiales por parte del guardador, y son: a) la enajenación, hipoteca o servidumbre sobre inmuebles; b) la enajenación o empeño de muebles de valor especial; c) la división de bienes tenidos en común; d) repudiar o aceptar donaciones, herencia o legados; e) transacciones y compromisos; f) donación de muebles; g) dar fianza; h) pagarse a sí mismo los gastos hechos; i) actos en que tenga interés personal el guardador o personas allegadas a él.

371.— Enajenación, hipoteca o servidumbre sobre inmuebles.

Enajenar, en general, significa hacer ajeno, sacar del propio patrimonio una cosa. Se puede enajenar de muchas maneras, y por títulos gratuitos, como en la donación, o por títulos onerosos, como en la compraventa. Pero aquí, al hablar de enajenación nos referimos con el Código Civil, únicamente a las enajenaciones a título oneroso, ya que las donaciones de bienes pupilares están diversamente reguladas.

El legislador ha tenido en cuenta principalmente la venta, y por eso los requisitos que exige se acomodan a la naturaleza de este contrato. Sin embargo, la permuta es también una anajenación y de consecuencias tan graves como la venta, que además, en principio se rige por las mismas reglas que la compraventa, luego si el guardador quiere permutar bienes raíces del pupilo tendrá que cumplir los mismos requisitos que para la venta; pero no sería posible atenerse sino a la autorización judicial, ya que la venta en subasta no se podría aplicar a la permuta.

¿Por qué se exigen requisitos especiales para la enajenación de ciertos bienes? Porque la conservación del patrimonio del pupilo supone una cierta estabilidad de las cosas en su ser material y uso corriente; la enajenación implica normalmente una transformación honda de la composición del patrimonio. Además, sobre todo en la mentalidad de los siglos pasados, no existían otros bienes más seguros que los inmuebles, y por ello se desconfiaba de la venta o enajenación de los mismos.

Nuestro Código se refiere expresamente a "enajenar, hipotecar o gravar con servidumbre" (Art. 435). Entendemos que el término "enajenar" se debe interpretar algo extensivamente, pues sería absurdo que se permitiera al guardador establecer libremente un derecho de uso o de usufructo en bienes raíces del pupilo sin ninguna autorización, ya que estos derechos disminuyen muy considerablemente los del propietario y son una especie de desmembración de la propiedad, casi una enajenación, o una enajenación parcial. Si para establecer una servidumbre pasiva sobre los predios del pupilo se requiere autorización judicial,

con igual o mayor razón se requeriría para conceder su usufructo o establecer derechos de uso o habitación.

Nada ha dispuesto la ley sobre la anticresis, y podría sostenerse que no estando prohibida, está permitida. Además, expresamente indica el Código que la anticresis no confiere ningún derecho real sobre la cosa que se entrega para que el acreedor se pague lo debido con los frutos de la cosa. Pero el carácter de contrato por tiempo indefinido, hasta que se termine de pagar la deuda, la analogía con la prenda, la hipoteca y el arrendamiento, hacen pensar que la anticresis debe comprenderse también entre los actos de administración extraordinaria, que requieren autorización judicial. Así opina Claro Solar, y debería establecerlo de modo expreso el Código.

Ya que el guardador no puede establecer hipotecas sobre los bienes raíces del pupilo, ni disminuir los derechos inmobiliarios del mismo, tampoco podría libremente cancelar una hipoteca a favor del pupilo, pero, desde luego puede cancelar dicho gravamen si la obligación principal ha sido satisfecha, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La distinción entre bienes muebles e inmuebles tenía en el Derecho hasta el siglo XIX una trascendencia mayor que la que se le reconoce hoy día; efectivamente, en la economía de otros tiempos solamente los inmuebles tenían verdadera importancia, se llegaba a decir "res mobilis, res vilis"; pero hoy día han cambiado mucho las cosas, y la economía tal vez gira más en torno a los muebles que a los inmuebles, sobre todo desde cuando han surgido numerosos títulos y papeles representativos de riqueza como los bonos, cédulas, pagarés, acciones, obligaciones, etc.; por lo mismo, ya no se justifica plenamente que la enajenación sólo de inmuebles se considere acto de administración extraordinaria. El Código argentino exige autorización del juez para enajenar inmuebles y también muebles, enumerando expresamente algunos de singular significación en la economía de este país, como son los ganados y los títulos de rentas públicas, en los cuales de preferencia deben invertirse los dineros del pupilo.

Nuestro Código se refiere expresamente a la enajenación o hipoteca y establecimiento de servidumbre sobre inmuebles. En sentido directo, y aún por el contexto, parece referirse solamente a los inmuebles corporales, tal como los define el Código en el Art. 609: las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro. Pero sin duda, se debe extender la regla legal también a los inmuebles incorporales, o sea, aquellos derechos y acciones que recaen sobre inmuebles, cuando lo que se debe o la cosa en que debe ejecutarse o ejercerse el derecho es un inmueble (Art. 620).

Además de la enajenación de los bienes ya indicados, el Código prohibe establecer sobre esos inmuebles servidumbres, si no es con autorización judicial. Difícilmente puede justificarse el establecimiento de una servidumbre sobre bienes pupilares; se supone que el propietario reciba una indemnización muy conveniente, pero también pueden

entrar en juego otras consideraciones, como la necesidad de mantener buenas relaciones con los vecinos. Desde luego, que las servidumbres a las que se refiere nuestra ley son las voluntarias, no las legales ni las que provienen de la natural situación de las fincas, ya que éstas no requieren ni de la voluntad del pupilo o del guardador, y mucho menos autorización judicial.

Para enajenar bienes raíces o muebles preciosos o de valor efectivo se requiere autorización judicial. Esta es la única exigencia directa de la ley. Para la venta de estos bienes se agrega un segundo requisito: debe hacerse en pública subasta.

Pero el juez, para autorizar esas enajenaciones debe cerciorarse de que exista necesidad o utilidad manifiesta para el pupilo.

La ley ha adoptado la *forma* de prohibición: se prohibe al guardador la enajenación de ciertos bienes sin prueba judicialmente aprobada de utilidad o necesidad para el pupilo. Podría argumentarse que los actos que la ley prohibe son nulos y de ningún valor (Art. 9 del Código Civil); pero, ¿cómo podría quedar a la apreciación privada el acierto de la aprobación judicial? Aquello equivaldría a quitar toda autoridad al juez y caer en un subjetivismo total. Tenemos que concluir que si el juez no obedece bien la ley o aprecia mal los hechos, él debe sufrir las consecuencias: asume la responsabilidad de los eventuales daños y perjuicios que se sigan de una autorización imprudentemente concedida, pero el acto autorizado es válido, porque se ha cumplido el requisito legal de obtener autorización del magistrado. De otro modo, tampoco habría seguridad alguna al negociar con el representante legal de un incapaz, si se debiera en cada caso revisar lo actuado ante el juez, y volver a juzgar por su propia cuenta si la autorización fue dada con acierto o sin él, lo cual no sería razonable.

El Art. 474 del Código Civil indica dos casos en los cuales existe suficiente justificación para que el juez autorice la venta de bienes del pupilo: cuando los frutos de los bienes no alcanzan para su "moderada subsistencia", y cuando no son suficientes para la "necesaria educación". Desde luego, entendemos que esto supone que tampoco existan otras fuentes normales de ingresos, por ejemplo, salarios o sueldos ganados por el pupilo, pensiones legales o voluntarias de que goce el incapaz, además de los *frutos* que son los únicos que menciona expresamente la ley, con alguna impropiedad. Además, estos dos casos no son más que dos ejemplos, aunque sean los más notables, y pueden darse otras circunstancias que igualmente justifiquen la autorización para vender bienes raíces, por ejemplo, la necesidad de pagar deudas vencidas, la de evitar una declaración de insolvencia, la de restaurar bienes que amenazan ruina, la curación de la salud del pupilo, etc.

La autorización judicial debe ser previa al acto en todo caso, ya que la ley no permite la simple ratificación del hecho ya consumado.

En cuanto al requisito de la subasta se aplica únicamente a la venta, y no a cualquier enajenación. Para toda enajenación sí es necesario el primer requisito, el de la autorización judicial. En el caso, por

ejemplo de la permuta, no cabría la subasta, por la naturaleza misma del contrato. Lógicamente, el juez debe conceder la autorización con mayor circunspección cuando no es posible la subasta, ya que este sistema de venta pública asegura más el pago de un justo y buen precio.

No se necesita autorización judicial ni subasta pública, cuando la enajenación o gravamen de los bienes pupilares se tienen que realizar por orden judicial de ejecución y embargo, o porque el pupilo ha recibido los bienes con la carga de constituir hipoteca o servidumbre. En estos casos, existe la necesidad legal de efectuar la enajenación o de constituir el gravamen, y no se requiere entonces ningún requisito especial.

El Código de Procedimiento Civil exonera de la subasta pública al padre o madre que ejerzan la patria potestad *o la guarda* del menor cuyos bienes se venden. En tal caso, si quieren, pueden hacerlo en subasta pública, pero no están obligados a este requisito. El mayor cuidado e interés que se presupone que tienen los propios padres en el manejo de los bienes de sus hijos hace que el legislador confíe mayormente en ellos y les exonere del requisito de la subasta pública.

Otro caso concreto en el cual se justifica la venta de bienes de incapaces, de tal manera que no es necesario probar la utilidad o necesidad, y se simplifica el procedimiento, debiendo el juez ordenar sin más la subasta, es cuando el incapaz solamente es condueño de bienes que para dividirse se van a rematar (Art. 837 del Código de Procedimiento Civil).

Si se trata de menores bajo guarda que ejercen el comercio con la debida autorización, pueden hipotecar libremente sus bienes para los negocios del comercio que se les ha autorizado realizar, pero no pueden venderlos, sino con autorización judicial y en subasta pública (Art. 10 del Código de Comercio). Nada dice la ley sobre el establecimiento de servidumbres y otros gravámenes sobre tales inmuebles: ¿se sujetarán a la primera parte de la regla, es decir a la libertad, o a la segunda, esto es a la necesidad de autorización? Los otros gravámenes más lógicamente deben asimilarse a la hipoteca que a la venta, y el menor debería poder proceder libremente. Además, si un menor ha sido ya autorizado para el comercio, se supone que debe gozar de una libertad mayor que otro pupilo no autorizado para el comercio, de modo que también esta razón aboga a favor de que no se precisa nueva autorización judicial por ejemplo para establecer una servidumbre. Pero, en cambio, existiendo la exigencia general de autorización del juez para que se constituyan gravámenes sobre bienes raíces de pupilos, la excepción a la autorización contemplada en la ley especial (Código de Comercio), debe interpretarse restrictivamente, sólo para el concreto caso allí mencionado: la hipoteca, y en los demás, aunque análogos, habrá que recurrir al juez en demanda de autorización.

"Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio", dice el Art. 719. Se plantea cuál es el efecto de la falta de autorización judicial para la enajenación de bie-

nes pupilares. Si se considera a dicha autorización como una solemnidad especial, se llega a la conclusión, sostenida por algunos, de que la enajenación de los bienes raíces o muebles de gran valor del incapaz sería nula cuando falta la autorización judicial.

Pero, con la mayor parte de los comentaristas hay que sostener otra solución: la autorización judicial es un requisito señalado por la ley en consideración del estado y capacidad de las personas, y por lo mismo la falta de tal requisito no puede producir la nulidad absoluta sino solamente la relativa. La venta o enajenación en general, como la hipoteca o la servidumbre de los bienes pupilares no son actos prohibidos, ni habría razón para vedarlos en absoluto, sino que por su especial trascendencia requieren una especial vigilancia judicial: deben realizarse contando con la autorización judicial, la falta de esta hace simplemente anulable el acto.

La nulidad relativa protege realmente los intereses del incapaz, y más que la absoluta, porque al permitirse pedir la nulidad solamente por parte del propio pupilo, de su representante o de sus sucesores en el derecho, se les da la opción de atenerse a las consecuencias del acto realizado o de pedir la rescisión, es decir, que pueden escoger lo más conveniente. Si optan por dar validez al acto, basta con que no reclamen la nulidad judicialmente, y con la prescripción ordinaria desaparecerá la causa de nulidad relativa.

Si el juez ha concedido la autorización para enajenar y el guardador proceder a vender, etc., los bienes del pupilo, dichos actos son válidos, aunque realmente no haya existido utilidad o necesidad en tales actos de enajenación. Se ha cumplido el requisito legal, aunque sin la debida diligencia. Si culpable o dolosamente el guardador induce al juez a dar una autorización que no debió darse, el guardador será responsable, y también el juez, en la medida en que pudo evitarlo, pero el acto de enajenación o gravamen es válido.

372.— Enajenación y empeño de algunos bienes muebles.

Se considera acto de administración extraordinaria también la enajenación o el empeño de algunos bienes muebles del pupilo: los considerados como preciosos, y los que tengan valor de afección (Art. 435). Estos se asimilan al régimen ya descrito de los inmuebles: los requisitos para poder proceder son la autorización judicial, y, si se trata de venta, la subasta pública.

Las mismas observaciones que se hicieron en el punto anterior respecto de la necesidad o utilidad para la enajenación o gravamen de los inmuebles, se aplican también a los muebles preciosos con valor de afección. Igualmente, son aplicables las excepciones antes mencionadas, y las reglas de Derecho Internacional Privado.

Un género de bienes a los que no se ha referido expresamente nuestro Código son los derechos de propiedad intelectual, artística, literaria o industrial: son inmateriales y además muebles. Normalmente se

deberán considerar como "preciosos", por su gran valor, y con facilidad tendrán también "valor de afección".

Y si los derechos correspondieran a obras del propio menor, creemos que no sería posible enajenarlos sin audiencia de él, pues quien ha sido capaz de producirlas debe reputarse apto para opinar fundamentalmente en esta cuestión. Sin contar con que sería chocante que algo tan sustancial con la propia personalidad como es la obra intelectual pudiera ser enajenada sin intervención alguna de su autor. Creo que estas observaciones se deberían tener muy en cuenta en nuestro país para regular este punto en el que también hay una laguna de la ley; y de momento, interpretando algo extensivamente el término "muebles preciosos", se debe exigir la autorización judicial para enajenar estos bienes.

En cuanto a la palabra "empeñar" que emplea el Art. 435, considero que también debe entenderse en sentido muy amplio, comprendiendo toda clase de garantías reales que se puedan constituir sobre estos muebles preciosos o de valor afectivo: la prenda propiamente dicha, la prenda industrial, la prenda agrícola, etc.

373.— División de bienes que tenga el pupilo en común con otros.

Dos divisiones de bienes que el pupilo tenga en común con otras personas, se consideran actos de administración extraordinaria: cuando los bienes provengan de una herencia deferida al pupilo, y cuando entre los bienes poseídos en común por cualquier motivo, se encuentran uno o más inmuebles. De modo que cuando se trata de bienes hereditarios hay que cumplir con los especiales requisitos legales aunque todas las cosas sean muebles, y también se exigen los mismos requisitos cuando entre los bienes comunes hay inmuebles, aunque no sean hereditarios, por ejemplo cosas adquiridas en común con otras personas por una compra conjunta, o bienes de la sociedad conyugal disuelta en la que tenía parte el pupilo como marido o mujer.

El guardador puede dividir libremente los muebles que tenga en común el pupilo con otras personas, siempre que no sean hereditarios.

Tampoco necesita autorización el guardador, si quien solicita la partición es otro de los condóminos. Entonces puede seguir el trámite adelante sin más, y solamente será necesaria la aprobación final.

Los requisitos exigidos para la división de bienes hereditarios o de inmuebles son tres, dos de ellos señalados por el Código Civil y uno más por el Código de Procedimiento Civil: autorización judicial para pedir la partición (Arts. 438 del Código Civil), aprobación de la división una vez hecha (Art. 441 del Código Civil), y que la partición se haga judicialmente (Art. 698 del Código de Procedimiento Civil).

El consentimiento inicial del juez para que el guardador pueda pedir la división se exige porque la partición implica una modificación profunda del estado de los bienes del pupilo; además, con frecuencia a través de una división de bienes comunes se producen enajenaciones

verdaderas de una parte más o menos cuantiosa de los derechos de uno o más copartícipes. La autorización final o aprobación de la división ya practicada tiene por objeto que el juez compruebe la legalidad del trámite y que no se haya perjudicado al pupilo. Además, como hemos dicho, la ley prescribe que siempre que intervengan en un trámite de partición personas que no tengan la libre administración de sus bienes (intervienen por medio de sus representantes legales), salvo el caso de la mujer casada, la partición debe hacerse judicialmente, y no puede concluirse por simple acuerdo entre los condóminos o sus representantes, asegurándose así mejor aún los intereses de los incapaces. Si hay menores, como siempre, debe entonces intervenir el Presidente del Tribunal de Menores.

La forma judicial de la división a veces resulta costosa y lenta, por lo cual se trata de soslayarla, pero el Art. 698 del Código de Procedimiento Civil declara que dicha forma se requiere *para la validez* de la partición, en la hipótesis indicada, es decir cuando intervienen incapaces.

Si uno de los padres es guardador de los hijos y se dividen los bienes del otro padre premuerto, el cual es uno de los casos más comunes, se debe tener en cuenta que el padre o madre entonces no pueden representar a sus hijos porque hay una oposición, al menos potencial, de intereses (Art. 1121 del Código de Procedimiento Civil) de modo que necesitan los menores de otro representante legal, de un guardador *ad litem*. Lo propio debe decirse en cualquier otro caso en que el guardador sea condómino con el pupilo de los bienes que se van a dividir.

Si no hubiera pedido la autorización inicial para demandar la división y si hubiera practiado ésta, sería nula con nulidad relativa, porque se trata de un requisito exigido en consideración de la incapacidad del pupilo. Podría el pupilo llegado a la mayoría de edad ratificar lo actuado y sanar así la nulidad.

En cambio si lo que falta es la aprobación final, después de verificada la partición, el acto no es propiamente nulo sino que está incompleto, y no tiene aún eficacia jurídica; el guardador puede pedir, aún pasado algún tiempo, que el juez apruebe lo actuado y se perfecciona sí el trámite y adquiere eficacia la partición. En este sentido tenemos una sentencia de la Corte Suprema.

Una antigua sentencia de nuestra Corte Suprema declara rescindible (nulidad relativa) la partición en la cual no se había oído al defensor de menores, cuando existía dicho cargo e intervenían menores; hoy día se debe contar con el Tribunal de Menores, a través de su Presidente, y la falta de este requisito seguramente produciría ahora los mismos efectos: nulidad relativa.

Para la división de bienes sociales en caso de liquidación de una sociedad limitada o en comandita simple o en nombre colectivo, se dan reglas especiales en la Ley de Compañías, Art. 375, que también liberan al guardador de la obligación de pedir autorización judicial.

374.— Aceptación o repudio de donaciones, herencias y legados.

Los incapaces no pueden en ningún caso ni aceptar ni repudiar las herencias (Art. 1278); no pueden aceptar por sí mismos ni siquiera con beneficio de inventario, porque aún así puede resultarles gravoso (por ejemplo, por razón de las costas). Para repudiar herencias de más de ochocientos sucres o que comprendan inmuebles, necesitan además, autorización judicial con conocimiento de causa (Art. 1289).

El guardador, en nombre del pupilo, puede aceptar o repudiar las donaciones, herencias o legados, como actos de administración extraordinaria, cumpliendo especiales requisitos.

Ya que son actos particularmente graves, tanto los de aceptación como los de repudio, desde luego deben ser expresos. Hay jurisprudencia en el sentido de que si el padre o la madre o el guardador mantienen silencio, no se puede interpretar esto como aceptación tácita de una herencia porque "esto llevaría a la inadmisible consecuencia de que les sería potestativo burlar una prohibición legal, con sólo la falta de declaración en orden a si aceptan o repudian la herencia diferida a sus respectivos representados".

La aceptación o repudio de donaciones, herencias o legados está sujeta a los mismos requisitos, como el representante del incapaz sea el padre o la madre o un guardador (Art. 275), lo que revela la singular gravedad que el legislador ha querido atribuir a estos actos. Efectivamente, repudiar esas liberalidades puede significar un grave desmedro de los intereses del incapaz, y aceptarlas también puede acarrear cargas o responsabilidades no deseables. El beneficio de inventario, en el caso de las herencias, es la fórmula apta para proteger a los incapaces, y la tasación de las cosas donadas o legadas, así como de las correspondientes cargas, son la base para juzgar sobre la conveniencia de aceptar o repudiar; pero en todo caso, la intervención judicial es insustituíble para la debida garantía de los incapaces frente a estas situaciones.

El requisito para la aceptación de las herencias consiste en que el guardador debe recibirlas con beneficio de inventario, es decir, de forma que el pupilo no responderá por las cargas hereditarias sino hasta el monto del mismo haber heredado.

El requisito para aceptar las donaciones y los legados si imponen gravámenes u obligaciones es el de que se haga la tasación de las cosas donadas o legadas (Art. 440). Pero es evidente que debe tasarse igualmente el monto de las cargas anexas a las donaciones o legados, para poder apreciar así la conveniencia o inconveniencia de aceptarlas, lo cual deberá estimar el juez. La responsabilidad del donatario o del legatario suele ser menor que la del heredero, con todo, puede ser grave, por ejemplo, por obligaciones expresamente establecidas por el testador o donante, o porque, por efecto de la acción de reforma del testamento, se vean obligados a restituir los bienes recibidos.

La aceptación de la herencia con beneficio de inventario parece que asegura al pupilo de todo riesgo, pero no es así; aún con beneficio

de inventario una herencia recibida puede ocasionar más gastos que enriquecimiento del patrimonio: la misma necesidad de administrar el patrimonio traerá consigo dificultades y desembolsos que no siempre podrán descontarse de los bienes recibidos. Por esto generalmente se considera que la aceptación de herencias aún con beneficio de inventario es un acto de administración extraordinaria que requiere autorización del juez, aunque el Código no lo diga expresamente.

En cuanto a las donaciones, si son cuantiosas, pueden dar origen a una obligación alimenticia a cargo del pupilo donatario y a favor del donante que llegue a quedar pobre. Se deberá, pues, prever, considerando la conducta y manera de ser del donante si puede producirse esta situación, y en tal caso, se apreciará con prudencia si realmente conviene recibir tal donación. Tampoco se impone directamente por la ley la intervención del juez para que se acepte una donación, pero se da por supuesto que el guardador debe pedir la aprobación judicial, pues de otro modo, la tasación de las cosas, y la apreciación de las cargas presentes y las futuras eventuales, quedaría también el criterio del guardador, lo que no se conforma con el espíritu de nuestra legislación.

Como anota con sobra de razón Don Luis Felipe Borja, se debería prescribir expresamente que se considere también la conveniencia o inconveniencia moral de recibir la donación para el pupilo; y para esto, se debería escuchar necesariamente a sus parientes que pueden estar mejor informados sobre las circunstancias y posibles móviles del donante. De todos modos, si al juez le consta que bajo este aspecto la donación no será ventajosa para el pupilo, sino que entraña algún peligro moral, podría prohibir que se acepte.

Más grave se considera la repudiación de las donaciones, que aunque no constituye una donación de bienes del pupilo, se aproxima notablemente en el aspecto económico a ello.

Se requiere autorización del juez para repudiar cualquier herencia, tanto la intestada como la testamentaria. Y aunque en estricto sentido por herencia se entiende una disposición a título universal, mientras que el legado lo es a título singular o particular, considero que los términos amplios empleados por el Art. 439 abarcan también la repudiación de los legados. No habría razón para que cuando se quisiera repudiar una herencia se tuviera que contar con la autorización judicial y no cuando se tratara de repudiar un legado, que económicamente puede ser más cuantioso que una herencia. De todos modos la ley ha querido ser explícita en este punto, y el Art. 440 exige para repudiar legados y donaciones, autorización del juez.

Si para aceptar donaciones o legados se debe tasar las cosas donadas o legadas, parece evidente que también para que el juez autorice repudiar los legados o donaciones, igualmente se deben tasar las cosas y apreciar las cargas que tengan, sólo así podrá demostrarse la inconveniencia de aceptar que justifica la repudiación, salvo, tal vez, que fueran motivos de otra índole, por ejemplo morales, los que lleven a la determinación de rechazar el legado o donación.

Repudiada una herencia, no puede rescindirse la repudiación sino cuando el sucesor o su legítimo representante hayan sido inducidos a repudiar por fuerza o dolo (Art. 1290); si, pues, el guardador no ha sufrido tal presión determinante, la repudiación no puede invalidarse, si procedió con autorización del juez, simplemente tendrá el guardador que responder ante el pupilo del perjuicio sufrido por éste. Pero si no fue autorizado judicialmente, hay nulidad relativa.

En cuanto a los legados la situación es parecida: al no cumplir el guardador con un requisito legal puesto en consideración al estado y capacidad del pupilo, la repudiación sería nula relativamente, y al ser declarada judicialmente la nulidad, el pupilo podría revindicar la cosa legada o su valor.

En cambio en el caso de la donación, tenemos una situación totalmente distinta: la donación se perfecciona solamente en virtud de la aceptación por parte del donatario, y al rechazar éste la liberalidad por medio del guardador, aunque el representante proceda ilegalmente, la donación no se perfecciona, el donante puede disponer libremente de la cosa y no podría rescindirse el repudio. El efecto de la repudiación ilegal de la donación no sería, pues, otro, que el de hacerse responsable el guardador por el perjuicio causado al pupilo. Fueyo sostiene, sin embargo, que el efecto de la repudiación sin autorización judicial es igual que en el caso de los legados, es decir que habría nulidad relativa. Pero siendo diferente la naturaleza jurídica de los legados y de las donaciones, considero que no cabe esta equiparación.

En cuanto a la omisión del beneficio de inventario en el caso de aceptación de una herencia, el efecto jurídico de esta transgresión de la ley, está señalado por el Art. 1303: "las personas naturales o jurídicas representadas, no estarán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta donde alcance lo que existiere en la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas"; el perjuicio que se produzca para el pupilo por la aplicación de esta regla, correrá a cargo del guardador que obró ilegalmente.

Igual cosa debe decirse de la situación que se produzca por la aceptación de donaciones o legados sin que se haya procedido a la tasación de las cargas que llevan consigo, si realmente las hay.

375.— Transacciones y compromisos.

El Art. 442 señala como actos de adminnstración extraordinaria las transacciones y compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de ochocientos sucres, y sobre sus bienes raíces.

Se entiende por transacción el convenio para prevenir o terminar extrajudicialmente una litis. Es característico de la transacción que cada una de las partes ceda algo en su pretensión, y por tanto, con suma frecuencia entraña una renuncia de un derecho o de parte de un derecho, de aquí que se considere acto de administración extraordinaria cuando afecta a bienes de cierta cuantía; los ochocientos sucres que señala el

Código (conversión de los antiguos mil pesos de ocho reales) son hoy día una cantidad ínfima, pero en la época en que se dictó el Código constituían una suma apreciable; se requeriría modernizar la cifra. En cuanto a los bienes raíces, aunque sean de insignificante valor, están más protegidos por nuestro derecho que sigue también en esto una antigua tendencia.

El compromiso consiste en someter la resolución de una cuestión jurídica que podría derivar en un juicio, a la resolución de uno o más árbitros. La dirimencia de un conflicto por parte de personas particulares, árbitros, puede tener la ventaja de la prontitud y agilidad del procedimiento, también puede haber materias en las que se requiere especial versación en quien juzgue, conocimientos técnicos que no suelen tener los jueces y que tal vez no se completan ni con el auxilio de peritos. Pero también el arbitraje entraña serios peligros, no siendo los árbitros profesionales de la justicia y estando menos sometidos a los controles que pesan sobre los jueces. Por estas razones no conviene que el guardador pueda someter libremente al arbitraje los problemas jurídicos del pupilo.

Tanto la transacción como el compromiso, sobre los bienes ya dichos, deben someterse a una doble aprobación judicial: una inicial, para dar paso a la transacción o realizar el compromiso, y otra que recaiga sobre el fallo del compromisario o sobre los términos de la transacción ya verificada.

Como señala Claro Solar, el decreto judicial previo para iniciar la transacción, tiene el inconveniente de hacer públicos los motivos que aconsejan la transacción por parte del pupilo, ya que por más reserva que se guarde en la tramitación de la solicitud presentada por el tutor o curador para que se le autorice, es difícil que no llegue a conocimiento de la otra parte.

Alguna vez se ha dicho que si la transacción implica transferencia del dominio de un inmueble, se debe cumplir también con el requisito de la subasta pública, señalado en el Art. 436. Pero no se puede admitir esta doctrina, porque la subasta solamente se pide para la venta de inmuebles o muebles preciosos o de valor de afección, y no para otras clases de enajenaciones de esos bienes.

Respecto del compromiso hay que observar que no todo guardador puede proceder a celebrar un compromiso en árbitros. El curador *ad litem* no puede en ningún caso, ni con autorización del juez, comprometer en árbitros, según lo dispone el Art. 1013 del Código de Procedimiento Civil.

La transacción realizada directamente por el pupilo sería nula, con nulidad absoluta si el pupilo es absolutamente incapaz, o relativa si su incapacidad también es solamente relativa. El Art. 2464 dice categóricamente que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Naturalmente el guardador no puede autorizar al pupilo para que transija, dándole así la posibilidad de disponer de sus bienes y de hacer un acto válido; no

podría hacerlo, sino cumpliendo los mismos requisitos exigidos para que el mismo guardador transija en nombre del pupilo; autorización judicial y aprobación judicial de lo convenido transaccionalmente.

Si el guardador hace una transacción o un compromiso sin las mencionadas intervenciones del juez, habría nulidad relativa a favor del pupilo.

Si el juez se hubiera inhibido de autorizar estos actos por considerar que no tiene una cuantía superior a los ochocientos sucres, los actos serían válidos aunque superen realmente ese valor, pero si se prueba que hubo fraude en la prueba de la cuantía, el acto sería nulo.

A veces puede encubrirse una transacción a través del abandono de la causa o de la instancia, que haga una de las partes; pero tampoco este abandono está permitido al guardador, ya que expresamente lo prohibe el Art. 410 del Código de Procedimiento Civil.

También el acto de deferir el juramento decisorio a la otra parte litigante, puede asimilarse a una transacción, y tiene por lo menos los mismos peligros que ella; no podría hacerlo el guardador sin expresa licencia del juez. El Art. 155 del Código de Procedimiento Civil prohibe a los menores y demás incapaces, exceptuada la mujer casada, prestar juramento decisorio, pero no les prohibe el diferirlo a la parte contraria, mediante la legítima intervención de su representante legal; puede por consiguiente el guardador proceder en este sentido, pero con la licencia del juez, dada la particular gravedad del asunto.

376.— Donación de muebles.

El guardador puede donar dinero u otros bienes muebles del pupilo, siempre que para ello cuente con autorización judicial. Se trata, evidentemente de un acto de cierta gravedad, que constituye un posible elemento de la administración extraordinaria del tutor o curador.

Este acto de administración extraordinaria requiere únicamente la autorización judicial, sin la cual habría nulidad relativa en los actos del guardador. En cambio, el juez, para autorizar la donación de dinero o muebles del pupilo debe exigir prueba de que hay causa grave para ello, de que la donación es proporcionada al patrimonio del pupilo, y de que no sufrirán menoscabo notable los capitales productivos. Solamente justificando en debida forma estas tres cosas, el guardador queda libre de responsabilidad. Pero si se obtiene la autorización judicial, aún a base de pruebas fraudulentas, el acto de donación sería válido, aunque el culpable responderá de los perjuicios sufridos por el incapaz.

La remisión gratuita de una obligación equivale a donación. El Art. 445 exactamente dice: "la remisión gratuita de un *derecho* se sujeta a las reglas de la donación"; pero más propiamente se remite una obligación y se renuncia a un derecho, pero no se "remite un derecho".

El Art. 1706 dice que "la remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella", y aunque los términos son muy absolutos, de manera que parecen excluir la posibilidad de remitir una deuda del pupilo, hemos de entender que prevalece la regla del Art. 445, y entonces el Art. 1796 prohibe únicamente que el mismo incapaz haga la remisión, pero no, que su representante, el guardador, remita una deuda, con la debida autorización judicial.

A parte de las obligaciones del guardador en el caso de querer donar algún bien mueble del pupilo, está la necesidad que todo donante tiene de solicitar la *insinuación judicial*, cuando lo que pretende dar a título gratuito pasa de un valor de 20.000 sucres (Art. 1454). Entonces el juez debe examinar que no se contravenga ninguna disposición legal como sería si el donante perjudica a acreedores o legitimarios, o no tiene para su propia subsistencia.

En el Art. 444 junto con la prohibición de donar bienes raíces del pupilo y los requisitos para donar muebles, dice también que "los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición". Ahora bien, los *gastos* no son propiamente donación: si se gasta se entiende que se paga por una cosa o por un servicio, y no se está donando. De donde se podría concluir que el legislador al hablar de donaciones en general, pensó también en prohibir las donaciones remuneratorias, pero no las de pequeña cuantía (propinas, etc.) y provenientes de servicios destinados a lícita recreación.

377.— Dar fianza.

El guardador no puede dar fianza en nombre del pupilo, sino con autorización judicial. Es otro acto de administración extraordinaria, ya que, si se llega a hacer efectiva la obligación del fiador, éste sufrirá un empobrecimiento, la más de las veces, sin ventaja o compensación alguna.

Para decidir el juez a favor de la fianza debe considerar dos cosas, que la garantía del pupilo sea a favor del cónyuge o de ascendientes o descendientes, sean legítimos o ilegítimos, del pupilo, y además, que haya causa urgente y grave.

Somarriva, Fueyo, y otros, consideran que si el juez autoriza la fianza a favor de otras personas, la garantía sería nula con nulidad absoluta, porque se contraviene una expresa prohibición legal. Ciertamente que la circunstancia de ser el beneficiario de la fianza el cónyuge, ascendiente o descendiente del pupilo es fácilmente comprobable, es un requisito objetivo, no sujeto a apreciaciones variables de persona a persona, y por esto la contravención del juez, ocasionaría la nulidad.

En cambio la existencia de "causa urgente y grave", no podría quedar sujeta a ulterior revisión, y si el juez autoriza la fianza aunque sea apreciando falsamente los motivos que inducen al guardador a ga-

rantizar en nombre del pupilo, el acto sería válido y daría lugar únicamente a la correspondiente indemnización de perjuicios por parte del culpable, sea éste el guardador, o el juez, o ambos, además de la responsabilidad que también tiene el fiscal que intervenga en el juicio, y eventualmente el Presidente del Tribunal de Menores (si de un menor se trata).

378.— Pagarse a sí mismo.

El acreedor del pupilo no puede ser guardador único del mismo pupilo: el juez debe o darle otros tutores o curadores que administren conjuntamente, o declararle incapaz para ejercer la guarda (Art. 548). Por consiguiente, el guardador sí puede ser acreedor del pupilo si hay otros tutores o curadores del mismo. Cuando durante el ejercicio de la guarda el tutor o curador llega a ser acreedor del pupilo, caben varias soluciones: que se pague al guardador su crédito, que continúe como acreedor pero con la concurrencia de otros guardadores conjuntos, o finalmente que se separe de la tutela o curaduría.

El pago que el guardador se haga a sí mismo, de lo que le deba el pupilo, es acto de administración extraordinaria porque aunque tenga derecho de recibir ese dinero o esas cosas, es preciso que conste tal derecho y que sea oportuno el pago: puede haber mayor urgencia de hacer otros pagos o gastos, puede también haber otras personas que tengan derecho de recibir antes que el guardador. Por todo esto, no cabe que por su sola autoridad el tutor o curador se pague a sí mismo.

En tales casos, la ley ordena que el guardador debe pedir autorización a los otros guardadores generales si los hay, y a falta de ellos, al juez. Nótese que un curador especial no puede autorizar al tutor o curador general para que se haga estos pagos.

Semejante al pago es la entrega de una cosa en la que el guardador deba entrar en posesión. También entonces se exige la intervención de otros guardadores generales o del juez.

Faltando la autorización de otro guardador general o del juez, el pago o la entrada en posesión del guardador en una cosa que pertenece al pupilo, serían nulas. Opino que no habría nulidad, si los guardadores o el juez autorizan en perjuicio de un tercero, en cuyo caso esta tercera persona debería ser indemnizada por los guardadores o el juez que hubieren obrado ilegalmente.

379.— Actos en que tengan interés el guardador o sus allegados.

El guardador requiere, como en el caso anterior, autorización de otro u otros guardadores generales, o en su falta, del juez, para cualquier acto o contrato del pupilo en el cual tenga interés el propio guardador o un grupo de personas especialmente vinculadas con él. Estas otras personas son: su cónyuge, los ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos ilegítimos, hermanos legítimos o ilegítimos y

consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado, o bien los socios del guardador.

En principio no puede representar una persona a otra si hay oposición de intereses; tampoco puede una persona representar a dos o más entre quienes existe dicha oposición (Art. 1121 del Código de Procedimiento Civil). Tratándose del pupilo, se prohibe que intervenga el guardador en cualquier asunto de su representado en que tenga interés todo aquel amplio grupo de personas que acabamos de indicar. La ley, es, pues, más exigente, ya que no pide que haya oposición de intereses, sino simple interés. Por ejemplo, el guardador no puede comprar para el pupilo acciones de una industria de la cual él mismo es gerente, salvo que obtenga la aprobación de los otros guardadores o del juez. Pero no puede llevarse esta prescripción legal hasta extremos que harían muy difícil la administración de la guarda.

La violación de esta disposición ocasionaría, como las anteriormente examinadas, nulidad relativa.

Parágrafo 4. Actos prohibidos al guardador

El Código prohíbe al guardador terminantemente: a) Hacer donación de bienes raíces del pupilo; b) arrendar los mismos bienes por largo tiempo; c) comprar o arrendar para sí los bienes del pupilo.

380.— Donación de bienes raíces.

Hemos visto que el guardador puede excepcionalmente donar muebles o dinero del pupilo, pero la ley le prohibe absolutamente la donación de inmuebles.

Para la donación de cosas que valgan más de veinte mil sucres se requiere insinuación judicial (Art. 1454), aunque el donante sea plenamente capaz, y si se omite este requisito, se produce nulidad absoluta (en todo lo que exceda los 20.000 sucres), porque es un requisito exigido por la naturaleza misma del acto y no en consideración de la capacidad o estado de las personas.

En cambio la donación de bienes raíces de un pupilo, si se cumplió con el requisito de la insinuación, sería solamente nula relativamente, porque la prohibición no se refiere al acto mismo de donar bienes raíces, sino a la persona, a la incapacidad del representado. También sería absolutamente nula la donación si la hiciera directamente un incapaz absoluto, pero si interviene su guardador y cumple los demás requisitos que también las personas capaces tienen que cumplir la nulidad es sólo relativa.

Tampoco puede el guardador remitir o renunciar derechos inmoviliarios del pupilo, porque la remisión de una deuda equivale a donación. No puede el guardador, por ejemplo, levantar una hipoteca que garantiza al pupilo, o renunciar a una servidumbre activa, a favor de un predio de su representado.

381.— Arriendos por largo tiempo.

Se prohibe igualmente al tutor o curador dar en arrendamiento los predios del pupilo por períodos de más de cinco años si son urbanos y de ocho si son rústicos. Tampoco puede arrendar el guardador para un período más largo que el tiempo que falta para que el pupilo cumpla veintiún años. Quiere así el legislador que el pupilo al llegar a la mayoría de edad pueda disponer personalmente de sus bienes raíces y no encontrarse limitado por un arrendamiento que deba respetar.

La contravención a estas prohibiciones no produce nulidad del contrato, sino que lo estipulado en cuanto al plazo del arrendamiento no es obligatorio para el pupilo o sus sucesores en el dominio del predio, en todo cuanto exceda del límite legal. Si por ejemplo, teniendo el pupilo veinte años, el guardador arrienda su casa por tres años, el pupilo al cumplir veintiún años puede exigir que termine inmediatamente ese contrato, aunque aún no se haya cumplido el plazo íntegro; puede también el pupilo continuar con el contrato.

Nada impide, desde luego, que una vez cumplido un plazo de arrendamiento, el guardador renueve el contrato con el mismo arrendatario por otro tiempo más, siempre que este nuevo contrato respete también los límites antes señalados.

382.— Compra o arriendo de bienes raíces del pupilo.

Ni el guardador, ni su cónyuge, ascendientes o descendinentes legítimos o ilegítimos pueden comprar o arrendar bienes raíces del pupilo. Desde luego, esta prohibición dura solamente mientras se desempeña la guarda, y nada obsta que una vez terminada ésta, siendo ya capaz el pupilo, o teniendo otro representante legal, pueda vender a su ex-guardador o a los parientes de éste, alguna propiedad inmueble.

Nótese, que el círculo de personas allegadas al guardador a quienes se prohibe como al mismo guardador, comprar o arrendar bienes raíces del pupilo, es algo más restringido que el conjunto de individuos a quienes se les prohibe intervenir en actos o contratos del pupilo en que ellos tengan interés, ya que entre estos últimos se enumeran también a los consanguíneos y afines legítimos y a los socios de comercio del guardador. No parece muy lógica la ley en este punto, ya que la compra o arriendo de inmuebles del pupilo, es también un acto en el que tienen interés por igual el propietario (pupilo) y el comprador o arrendatario.

La prohibición claramente se refiere sólo a los bienes raíces, y no se puede extender a los muebles. También en este aspecto la ley requiere modernizarse, porque hoy día se toma más en consideración los bienes muebles que pueden ser de gran valor, por ejemplo, acciones de compañías, cédulas, bonos, etc.

En la Argentina, se discute si el guardador puede comprar la cuota de un inmueble del cual sea condómino con el pupilo: algunos

autores como Don Guillermo Borda sostienen que sí es posible, pero hay alguna sentencia en sentido contrario, declarando la nulidad de la compra, aunque se haya verificado con autorización judicial y en subasta pública. Me parece exagerada esta solución, y más conveniente para el mismo pupilo una cierta flexibilidad de la ley, en casos tan extremos como el mencionado.

El Art. 1855 al tratar de la compraventa dice que "no es lícito a los tutores o curadores comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos, sino con arreglo a lo prevenido en el Título de la Administración de las Tutelas y Curadurías"; si "no es lícito", podrá decirse que es sin embargo válido? De ninguna manera: se trata de una verdadera prohibición legal, aunque, por referirse no al acto o contrato mismo sino a las personas que intervienen y a su capacidad, la nulidad que se sigue de la transgresión de la ley no puede ser sino la nulidad relativa. Sin embargo, algunos autores sostienen que la nulidad en este caso es absoluta, por ser también absoluta la prohibición: en este sentido se expresan Arturo Alessandri R, y Fernando Fueyo; en cambio Claro Solar sostiene que es nulidad relativa.

Se puede preguntar si el Art. 451 que prohibe las compras y arriendos entre pupilo y guardador y que en cambio considera como actos de administración extraordinaria todos aquellos otros en que tengan interés el pupilo y el guardador (o cualquiera de aquellas otras personas allegadas al guardador que se enumeran), excluye total o parcialmente la posibilidad de algunos actos o contratos netamente favorables a los intereses del pupilo, como sería el caso de una donación que quiera hacer el guardador al pupilo. No existiendo prohibición, debemos entender que estos actos requerirían únicamente autorización de los otros guardadores generales o del juez, en su falta, y que simplemente deben cumplirse los requisitos para la aceptación de donaciones hechas a favor del incapaz.

Parágrafo 5. Obligaciones del guardador al terminar el cargo.

Terminado el desempeño de su cargo el guardador debe: a) rendir cuentas de su administración; b) entregar los bienes al pupilo; c) pagar el saldo negativo que eventualmente hubiere; d) pagar intereses por el tiempo de retardo.

383.— Obligación de rendir cuentas.

Existe una estrecha relación entre la obligación de llevar cuentas durante la guarda y la de *exhibir* dichas cuentas al terminar la guarda; ambas obligaciones están puntualizadas en el Art. 457.

La cuenta exhibida por el guardador debe ser *discutida* por la persona que recibirá la administración de los bienes, y cuando esta persona es otro guardador, además, la cuenta debe ser *aprobada* por el

juez. Bajo el nombre de "rendir cuentas", se entiende los tres actos indicados: exhibición, discusión y aprobación.

Todo guardador está obligado a rendir cuentas, siempre que haya manejado bienes. No está obligado ni a llevar cuentas, y tampoco a rendirlas, el curador especial que no tenga administración de bienes. Expresamente el Código se refiere a que también los testamentarios deben rendir cuentas, no pudiendo ni siquiera el testador eximirles de tal obligación; y si se ha dispuesto bajo condición que el guardador no debe rendir cuentas, tal disposición sería nula: "se mirará como no escrita". Es razonable y lógica la ley al no permitir que se exonere de la rendición de cuentas, porque ello equivaldría a justificar cualquier abuso del guardador, en muchos casos, sería como una condonación anticipada del dolo, que no consienten ni la moral ni el derecho.

La ley no fija plazo para la presentación de la cuenta. El Art. 460 se refiere al caso de haber varios guardadores y dice que "a la expiración del cargo" presentarán la cuenta, lo que da a entender que la obligación nace de inmediato. El Art. 466 se refiere a la "mora en exhibir" la cuenta; seguramente queda constituído en mora el guardador, desde que es conminado judicialmente a presentarla.

Cuando hay varios guardadores que administran conjuntamente, todos ellos deben presentar una única cuenta, pero si se ha dividido la administración entre ellos, cada uno debe presentar una administración separada. Esto plantea un pequeño problema: ¿qué debe hacerse cuando administran conjuntamente varios guardadores, y uno sólo de ellos cesa en la guarda? Caben dos soluciones, que entonces se presente una cuenta conjunta, o que se espere a la terminación de todos y sólo con esa oportunidad se presente la cuenta. Me parece más ventajoso para el pupilo la primera solución, y dado el espíritu protector de nuestra ley, creo que así debe entenderse la disposición del Código (Art. 460).

La rendición de cuentas no es necesariamente acto judicial. Puede ser pedida, rendida, discutida y aprobada la cuenta, en forma extrajudicial, pero esto es posible solamente cuando la persona que reciba la administración de los bienes sea el propio pupilo llegado ya a la mayoría de edad o habiéndose convertido en plenamente capaz, o bien sean sus sucesores, también dotados de capacidad jurídica.

Si un guardador sucede a otro, o si reciben los bienes sucesores incapaces del ex-pupilo, la cuenta tiene que ser aprobada judicialmente, para garantía de los incapaces. Además, como siempre, si se trata de menores de edad, tendrá que intervenir el Tribunal de Menores por medio de su Presidente.

La solución de que el ex-pupilo capaz pueda por sí solo aprobar las cuentas, hoy día se considera generalmente como inconveniente, y es rechazada por varias legislaciones. Efectivamente, quien acaba de salir de la guarda puede ser fácilmente inducido, por razones de gratitud, por influjo de la autoridad del ex-guardador, por simple inexperiencia, etc., a aceptar datos inexactos, negocios inconvenientes u

otras situaciones que una intervención judicial podría y debería evitar. Sería, pues, aconsejable una reforma del Código en el sentido de que en todo caso la aprobación de las cuentas sea judicial.

Terminada la guarda, ya no hay prohibición de celebrar contratos o hacer transacciones entre el ex-guardador y el ex-pupilo, de modo que el que dejó de ser incapaz, podría transigir respecto de los resultados de la cuenta, pero no podría condonar el saldo negativo del guardador antes de que sea aprobada la cuenta, porque el Art. 1445 declara nula la donación hecha al curador (o ex-guardador, habría que decir), antes de que el curador haya presentado las cuentas de la curaduría y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra. Desde luego que esta disposición protege sólo muy relativamente al ex-pupilo, porque si es capaz, puede declarar aprobada la cuenta por sí mismo, extrajudicialmente, y acto seguido remitir la deuda del guardador.

Cuando el que recibe los bienes es capaz, no se exige rendición judicial de cuentas, pero si el ex-pupilo (o sus sucesores) no está conforme con los apuntes y documentos presentados por el guardador, puede recurrir ante el juez en juicio de cuentas.

El juez competente es el del lugar donde se hubiere administrado la guarda. Si el guardador hubiere cambiado de domicilio después de terminada su administración, se conserva de todos modos la competencia del juez del lugar anterior. Esta regla vale aunque el guardador salga del país, ya que él asumió las obligaciones y responsabilidades que le imponían las leyes del lugar donde ejerció el cargo.

La jurisprudencia ha indicado que la rendición de cuentas no puede reducirse a un informe más o menos genérico del estado de los bienes y negocios del pupilo; y si los interesados hubieran admitido tal informe, conservarían aún el derecho de exigir las cuentas con todo el rigor que marca la ley.

¿Qué sanción existe para el guardador que no presenta cuentas? Si se trata de simple tardanza en presentarlas, la sanción consiste en que debe pagar los intereses del saldo que deba o de los dineros del pupilo que tenga en su poder. Pero si definitivamente no presenta la cuenta, o es presentada sin los requisitos legales: exhibiendo conjuntamente el inventario y las existencias, entonces la sanción consiste en que el pupilo puede apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendido el lucro cesante, y se condenará al guardador en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez tenga a bien moderarla (Art. 465).

También tiene el pupilo el mismo derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio, cuando el guardador "fuere convencido de dolo o culpa grave, equiparada al dolo.

Pero nótese que en todo caso se requiere *probar* que el guardador ha procedido con culpa grave o dolo (aunque no sea sino por el hecho de que se resiste a presentar la cuenta o el inventario), para que entonces pueda el pupilo jurar el *monto* en que estima el perjuicio recibido. No puede en cambio, hacer el pupilo esa apreciación si no

constan el dolo o la culpa; ni mucho menos podría jurar sobre dichos dolo o culpa, como lo dice con acierto una sentencia de la Corte Suprema.

Si sólo hay culpa leve del guardador, toca al pupilo la carga de la prueba en lo relativo al monto del perjuicio, en tanto que, probada la culpa grave o el dolo, el descargo del guardador pesa sobre él: el deberá aprobar. Tenemos aquí una aplicación del principio según el cual probada la obligación si no hay otro medio de prueba en cuanto al monto se estará a la afirmación del acreedor, aunque puede el juez moderar la apreciación de éste (Art. 165 del Código de Procedimiento Civil).

El guardador puede, desde luego, presentar sus pruebas para demostrar que la apreciación jurada del pupilo no es exacta, y el juez tendrá en cuenta tanto el juramento del pupilo como las pruebas del guardador.

Desde luego, también el pupilo, si quiere, puede añadir a su juramento pruebas que demuesten o sirvan de base para establecer la cuantía de los perjuicios sufridos por la administración culpable o dolosa del guardador.

Se ha discutido sobre si cabe la apreciación jurada en el caso de haber muerto el guardador, para cobrar los perjuicios a los herederos del tutor o curador fallecido. Tanto si se trata de indemnizarse el pupilo del perjuicio producido por la culpa o dolo del ex-guardador como si los perjuicios provienen de la falta de cuentas por parte de los herederos de éste, en ambos casos, parece evidente que no cabe despojar al pupilo del derecho de apreciar y jurar el monto del perjuicio ya que se trata de una acción civil, de daños y perjuicios, que pasa contra los herederos del responsable.

Cuando son varios los guardadores, hemos visto que pueden estar obligados a llevar una cuenta (administración conjunta), o varias (administración separada), y la responsabilidad puede ser solidaria entre todos, o principal de uno por sus propios actos y solamente subsidiaria de los demás, que están en todo caso obligados a cierta vigilancia mutua. Pero de todas maneras, el pupilo que pide cuentas, puede solicitarlas a todos, en el mismo juicio, aunque algunos tengan únicamente la responsabilidad subsidiaria. Solamente en esta forma queda debidamente garantizado el pupilo, y se podrá establecer con claridad la obligación de cada uno.

Los gastos de la rendición de cuentas deben ser abonados por el pupilo, ya que son gastos ordinarios y necesarios de la misma administración de sus bienes.

384.— Entrega de los bienes.

"Expirado su cargo, procederá el guardador a la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible"; comienza así el Art. 459. Esta entrega debe hacerse al mismo pupilo si ya es capaz, o al nuevo guar-

dador si uno sucede a otro. También podría entregar los bienes que tenga en su poder el guardador, a los otros guardadores generales si los hubiere, y tuvieren administración conjunta.

La entrega debe ser "inmediata", y no está subordinada a la rendición de cuentas o a otro requisito. No podría retardar el guardador la entrega a pretexto de que tiene que rendir cuentas.

Sin embargo, puede haber circunstancias que impidan la entrega inmediata de los bienes, una de ellas, consiste en que el pupilo sea todavía incapaz y no esté aún nombrado el nuevo guardador, ni haya otros guardadores generales. Tanto en el caso mencionado, como en cualquier otro que justifique el retardo, el guardador está obligado a ejecutar los actos que no podrían retrasarse sin perjuicio del pupilo; hay una especie de prórroga de las facultades del guardador para estos actos urgentes y necesarios, pero sólo para ellos. Nada impide que el guardador en tales casos consulte al juez sobre la necesidad o conveniencia de ejecutar esos actos, pero no está obligado a hacerlo.

La mora en la entrega de los bienes acarrea al guardador la obligación de pagar intereses al pupilo por los dineros que retenga, y además el guardador respondería de todo perjuicio que se produzca para el pupilo por razón del retardo, aunque no haya culpa por parte del guardador en el daño mismo.

385.— Pago del saldo e intereses.

Solamente cerrada la cuenta se puede establecer si hay saldo a favor o contra el guardador, por consiguiente, la restitución de estos bienes consistentes en dinero sólo puede exigirse una vez aprobada la cuenta.

El guardador tiene derecho a reembolsarse los gastos legalmente realizados. En cuanto a los gastos indebidos, no pueden reclamarse por el guardador sino en el caso de que hubieren enriquecido al pupilo, y dentro de los límites de dicho enriquecimiento.

Corren intereses a favor del pupilo desde el día en que quedó cerrada la cuenta, o desde antes si hubo mora en presentar la cuenta: en este último caso, desde que el guardador incurrió en dicha mora.

En cambio, el guardador tiene derecho a cobrar intereses si hay saldo a su favor, desde el día en que pida dicho saldo, una vez cerrada la cuenta. No cae en mora el ex-pupilo por el solo hecho de cerrarse la cuenta, sino que debe ser requerido judicialmente para que pague el saldo, y desde ese día corren los intereses a favor del guardador.

Los intereses, en uno u otro caso son los "corrientes", es decir, los normalmente usados en el lugar, los acostumbrados; tenemos aquí un caso de remisión a la costumbre. Actualmente en el Ecuador el interés legal es el 6% anual, y el máximo convencional el 10%; de hecho, es frecuente que burlando la ley se cobren intereses del 12% y aún mayores, incurriendo así en delito de usura. Considero que el interés corriente debe, pues, estimarse en el 10% en todo el país.

Parágrafo 6. Guardador oficioso y falso guardador.

Puede ser que una persona que no sea guardador actúe en representación de un incapaz, entonces se produce una de estas situaciones fundamentales: a) que esa persona no actúe como guardador, sino oficiosamente; b) que actúe como guardador, de buena fe, creyendo serlo; c) que además, haya obtenido el discernimiento judicial; d) que actúe de mala fe.

386.— Guardador oficioso.

La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos es un cuasicontrato, por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos (Art. 2303). El que actúa como agente oficioso no se arroga la representación ni legal ni voluntaria, pero actúa en interés de otro.

La responsabilidad del agente oficioso se regula según la mayor o menor necesidad o urgencia de su intervención y la voluntariedad con que asume el negocio ajeno: cuando interviene para salvar los intereses ajenos de un peligro inminente, sólo responde del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es decir sin aquella urgencia exigida por las circunstancias, responde hasta de la culpa leve; finalmente si interviene impidiendo que otros tomen a cargo la gestión, responde hasta de la culpa levísima (Art. 2305).

Estas reglas son también aplicables en el caso de que los negocios asumidos por el que no es guardador ni mandatario, sean de un incapaz que deba estar sometido a guarda, pero con alguna modificación. El que toma los asuntos de un incapaz para actuar como agente oficioso tiene la principal obligación de acudir inmediatamente al juez para que provea la tutela o curaduría, llamando a desempeñarla a quien corresponda; si no cumple esta obligación, se hace responsable hasta de la culpa levísima. Si además, impidiera en una u otra forma el nombramiento de guardador, o que el nombrado se haga cargo de la tutela o curaduría, ya no actuaría de buena fe, no sería guardador oficioso, y se sometería a las reglas más severas que veremos de inmediato.

Puede actuar como guardador oficioso la persona que cree que será llamada a ejercer la guarda, y hasta tanto que el juez le discierna el cargo, con la obligación ya dicha de ocurrir de inmediato al magistrado pidiendo que nombre guardador. También podría actuar como agente oficioso el que cesa en el ejercicio de la guarda, y en este particular caso, como está obligado a realizar los actos que causarían perjuicio al pupilo si se retardan (Art. 460), evidentemente no responderá sino del dolo o de la culpa grave en cuanto a la realización de tales actos; pero si además, realiza otros no tan necesarios, su responsabilidad crecería hasta el límite de la culpa leve, y si finalmente no pide al juez la provisión de la guarda, sería responsable hasta de la levísima.

287.— Guardador aparente, de buena fe.

Distinto del caso del agente oficioso es el de quien cree ser guardador y actúa como tal, de buena fe. También aquí, no es propiamente representante legal del pupilo, pero actúa creyendo serlo y con la apariencia de tal.

El que ejerce el cargo creyendo ser tutor o curador, tiene todas las obligaciones y también responsabilidades del guardador verdadero, y además si administra rectamente y se le dicierne la guarda, tiene también el principal derecho del guardador: el de recibir la remuneración correspondiente.

Hay, pues, una diferencia grande entre el que actúa de buena fe con discernimiento de la guarda y el que no ha obtenido el discernimiento; este segundo no puede reclamar remuneración.

Es difícil que una persona actúe de buena fe sin discernimiento. No habría buena fe en el que erróneamente cree que puede actuar como guardador, sin cumplir ningún requisito, porque la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna (Art. 13). Por consiguiente, para que se produzca esta situación jurídica, debemos suponer la existencia de un error de hecho, no imputable al falso guardador: por ejemplo, el curador de una persona actúa también como guardador de los que cree que son hijos de su pupilo, partiendo de que debe ejercer automáticamente la guarda de esos menores, pero realmente no son hijos del pupilo, o tienen ya la mayoría de edad (cuestiones de hecho).

En cambio existiendo discernimiento la dificultad está en el otro extremo: ¿cómo puede ser falso guardador aquel a quien se le ha conferido la guarda mediante sentencia judicial? El discernimiento puede ser nulo, con algún vicio que se oculta al guardador aparente, o haberse fundado en un falso supuesto de hecho, por ejemplo, se le ha nombrado guardador fundándose en un parentesco que resulta falso, o en un testamento que le designaba como tal y que había sido revocado.

Qué valor tienen los actos efectuados por el guardador aparente que obra de buena fe? Sus actos no obligan al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado ventaja positiva (Art. 468). Luego, los actos que resulten perjudiciales al pupilo, o que sean indiferentes, que no le enriquezcan, son nulos. Respecto de la clase de nulidad se ha discutido entre los comentaristas. Actualmente podría sostenerse con éxito que se trata de actos inoponibles al pupilo, pero como la doctrina de la inoponibilidad es posterior a la redacción del Código, es preciso determinar cual de las dos especies de nulidad existe en el caso que estudiamos. Considero más acertada la opinión que sostiene la nulidad relativa, puesto que se trata de la falta de cumplimiento de requisitos legales puestos en consideración del estado o capacidad del pupilo, y como dice el Art. 468, esos actos pueden valer si reportan positiva ventaja al incapaz, de donde no cabría hablar de nulidad absoluta, sino relativa, destinada a proteger al incapaz y que sólo él o su representante legal o sus sucesores puedan pedir que se declare.

Si se ha discernido el cargo a quien no tenía derecho de ejercerlo, pero que actúa de buena fe (por un error de hecho inevitable), resulta también dudoso cuál será el valor de los actos que realice tal persona. El Art. 468 no distingue precisamente para lo relativo a los efectos jurídicos de los actos, el caso del guardador aparente con discernimiento (la distinción se hace a propósito de la remuneración a que sólo tiene derecho el primero), y podría concluirse de aquí que también adolecen de nulidad relativa los actos del guardador aparente que obtuvo el discernimiento. Pero hay algunos indicios en la ley, que conducen a la conclusión de que estos actos sí son válidos: el Art. 542 afirma que si se discierne la guarda habiéndose apreciado falsamente la edad, el nombramiento es válido y subsiste cualquiera que sea la edad; asimismo, el Art. 554 dice: "las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador, pero sabidas, darán fin a la tutela o curaduría", luego los actos realizados mientras dura la ignorancia o error son válidos. Si el error fuera culpable por parte del guardador, sería igualmente responsable de todo perjuicio que se puede seguir de ello para el pupilo.

388.— Guardador aparente, de mala fe.

Obraría de mala fe el que sabe que no es guardador y sin embargo aparece como tal y asume la administración de los asuntos del pupilo. El ocultar las causas de incapacidad que existían al momento de conferírseles la guarda, o las que sobrevinieren después, constituye también mala fe; en este segundo caso puede incluso haber discernimiento de la guarda, pero éste es nulo.

El guardador de mala fe debe ser inmediatamente removido de la administración de los bienes del pupilo, responde de todos los perjuicios y puede ser enjuiciado penalmente por la impostura. Considero que sus actos adolecen de nulidad relativa, por las mismas razones antes expuestas respecto de los actos del guardador de buena fe pero que carece de discernimiento; además la ley no puede amparar la mala fe ni conceder valor excepcional (válido) al acto de un falso representante, faltando también la buena fe.

Parágrafo 7. Prescripción de las acciones contra el guardador.

389.— Prescripción de la acción.

"Toda acción del pupilo contra el tutor o curador, en razón de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje; sin que se comprenda en esta disposición la acción que tiene para cobrar el saldo que resultare.— Si el pupilo falleciere antes de cumplir el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo", dice el Art. 467.

Si se tiene en cuenta el cúmulo de garantías de que está rodeado el pupilo, y el peso de la gran responsabilidad que lleva el guardador, parece una razonable compensación, que por lo menos las acciones del pupilo contra su ex-tutor o ex-curador prescriban en un período relativamente corto, de modo que pronto se vea libre el guardador de preocupaciones. Cuatro años, por lo demás, parecen suficientes para descubrir cualquier mal manejo del guardador y reclamar judicialmente.

Como el Código se refiere a las acciones "en razón de la tutela o curaduría", es evidente, que no se sujetan a la prescripción de cuatro años, las acciones que el pupilo pudiera tener contra el guardador por obligaciones o deudas anteriores a la guarda; pero es difícil que las haya, porque ya sabemos que no puede ser guardador quien tenga deudas hacia el pupilo; queda de todos modos la hipótesis de obligaciones que no se hayan conocido durante la guarda, o que extinguidas antes de la guarda, den sin embargo origen a alguna reclamación del pupilo.

Tampoco se extiende la prescripción de cuatro años a las acciones provenientes de otros asuntos independientes de la guarda, como por ejemplo la acción para pedir la división de bienes que en común tengan el pupilo y su ex-guardador. Tampoco se aplica la prescripción corta si las obligaciones provenientes del ejercicio de las guardas se transforman en otras o sufren una novación, así, por ejemplo, si una vez establecido el monto de la indemnización que debe el curador al pupilo, el primero acepta una letra de cambio a favor del ex-pupilo, las reclamaciones relativas a dicha letra se regirían por sus propias reglas en cuanto a la prescripción, y no por la prescripción cuadrienal que es especial para las acciones provenientes del ejercicio de las guardas.

390.— Suspensión de la prescripción.

La prescripción cuedrienal de las acciones contra el guardador comienza a correr desde "el día en que el pupilo haya salido del pupilaje". Esto puede ser porque haya cumplido la mayoría de edad, o se haya levantado la interdicción, es decir, cuando el pupilo llega a ser capaz, o también, termina el pupilaje por entrar el menor de edad bajo la patria potestad, por ejemplo si se levanta la suspensión de dicha potestad, regresa el padre ausente o declarado muerto presunto, o el hijo es legitimado por su padre o madre.

Por regla general la prescripción de las acciones corre desde que la obligación se hace exigible (Art. 2530), y bien puede el pupilo pedir al guardador la indemnización de un perjuicio durante la guarda, de modo que tenemos una especie de suspensión inicial de la prescripción, en el sentido de que solamente comienza a correr cuando la guarda termina, a pesar de que la acción sí puede intentarse durante la guarda.

El Art. 2540 establece que las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, corren contra toda persona, salvo que expresamente se establezca otra cosa. Por consiguiente no se opera con ellas la suspensión prevista en el Art. 2525 a favor de los menores, dementes, sordomudos y cuantos estén sometidos a representación legal. Pero el Art. 467 suspende la prescripción, o mejor dicho dispone que no comience a correr sino desde cuando el pupilo llega a ser capaz.

Pero si el pupilo muere, entonces, los cuatro años comienzan a correr desde la fecha de la muerte si el pupilo no había salido del pupilaje. Es decir que los herederos del fallecido incapaz pueden intentar las acciones contra el ex-guardador durante cuatro años a partir del fallecimiento del pupilo.

En cambio, si el pupilo ya salió de la guarda, y por tanto comenzó a correr el plazo de cuatro años para que dentro de él pudiera demandar al guardador, y corriendo este plazo de prescripción muere el ex-pupilo, sus herederos solamente dispondrán del tiempo que faltaba para completarse el cuadrienio. No comienza nuevamente a correr el plazo, sino que continúa sin alteración alguna, a favor de los herederos, por el mismo tiempo que hubiera tenido el ex-pupilo, si viviera.

Si los herederos del pupilo o ex-pupilo son menores de edad o incapaces por cualquier otra razón, no se suspende a favor de ellos la prescripción, puesto que para que se suspendiera sería preciso que la ley expresamente lo estableciera así, y nada se dice al respecto, luego rige la regla del Art. 2540.

CAPITULO XXIX

REGLAS SOBRE LAS GUARDAS DE MENORES

391.— Generalidades sobre la tutela y la curaduría de menores.

El Art. 381 declara que "están sujetos a tutela los impúberes", y el 382 enumera en primer término entre los sujetos a curaduría general, a los menores adultos. De las reglas especiales relativas a la tutela trata el Título XXII y el siguiente título se refiere a la curaduría del menor. Ambas materias guardan indudable relación entre sí: abarcan lo atinente a la guarda de los menores de edad. Es frecuente la remisión de uno a otro título. Estudiaremos esta materia en su conjunto, en el presente capítulo.

Estas guardas tienen por principal objeto la protección de la persona misma del pupilo y de sus intereses o derechos, sin embargo el grado de importancia que se da a uno y otro aspecto: en algunas legislaciones se acentúa la preocupación por la persona misma del pupilo, y en otras prevalece la consideración de su patrimonio.

Como señala con razón Valencia Zea, en nuestro Código se

puede apreciar una notable diferencia entre el régimen establecido para la administración de los bienes del pupilo y la dirección de su persona. En efecto, la reglamentación de los bienes es minuciosa y se establecen graves sanciones para el tutor o curador que no cumpla sus obligaciones; la dirección de la persona, en cambio, está reglamentada en forma deficiente, y la única sanción es la remoción de la guarda, que sin duda alguna buscarán los tutores cuando el pupilo carezca de bienes. Pero también hay que reconocer que la regulación jurídica de estos aspectos relativos al cuidado personal del menor resulta realmente difícil, y que más que el mismo derecho juegan aquí un importante papel el sentido moral y el afecto por el menor.

La curaduría del menor adulto es una curaduría general, tal como lo declara el Art. 382, y la tutela también comprende el cuidado más amplio de la persona y bienes del menor, en este último caso, impúber. Pero, aparte de la tutela o de la curaduría general, puede haber curadores especiales, sea contemporáneamente con el guardador general, o por falta de éste y para un determinado asunto. Estos curadores especiales aunque protejan a un menor de edad no son tutores ni curadores "del menor", sino que se rigen por las respectivas reglas de las curadurías especiales, y no tendrán más derechos que los propios de tales guardas.

Antes de pasar al estudio detallado de las guardas de menores, cabe indicar que en nuestro actual derecho, el padre o la madre ilegítimos ejercen la tutela o curaduría general del hijo menor de edad, pero estas guardas ejercidas por los propios padres ilegítimos siguen también reglas propias que asemejan muy notablemente, y casi identifican, dichas guardas a la patria potestad. Es posible que, para estar de acuerdo con la Constitución de 1967, se confiera la patria potestad sobre los hijos ilegítimos y se suprima esa peculiar guarda.

Por lo dicho, no debe extrañar que el Art. 477 diga que la "curaduría del menor" de que se trata en el Título XXIII, es aquella a que, sólo por razón de la edad, está sujeto el menor emancipado. Efectivamente, el menor que sea hijo ilegítimo no puede estar emancipado, porque nunca estuvo sometido a patria potestad, y la guarda general que ejercen su padre o su madre ilegítimos, aunque es análoga a la guarda general de los menores, se diferencia de ella y tiene aún mayor analogía con la patria potestad.

392.— Nombramiento del tutor o curador general.

Ambas guardas de los menores pueden ser testamentarias, legítimas o dativas. El orden de preferencia es el enunciado: sólo hay lugar para la guarda legítima si no existe testamentaria, y la dativa se confiere únicamente a falta de las dos anteriores.

Respecto del menor impúber se sigue para el nombramiento de tutor, las reglas generales, sin mayor peculiaridad: como siempre, en

los trámites relativos a menores de edad, debe intervenir el Tribunal de Menores, por medio de su Presidente.

Pero, en cambio, cuando se trata de la curaduría del menor adulto, el Art. 478 establece que "el menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que haya de serlo. Son, pues, dos facultades que se conceden al mismo pupilo: la de pedir nombramiento de guardador, y la de designar la persona que ha de desempeñar la curaduría.

Si el pupilo no ejerce la primera facultal, esto es la de pedir guardador, pueden hacerlo sus parientes, pero en todo caso, la designación de la persona llamada a desempeñar el cargo, corresponde al menor.

El juez, debe oír al Ministerio Público, y si la persona propuesta es apta, debe nombrarle. Entendemos que la persona es idónea, siempre que no tenga causas legales de incapacidad para ejercer la guarda, y además, si no existen otras razones que le hacen evidentemente inepto o inconveniente para desempeñar esa concreta guarda: no cabría que por un formalismo exagerado, el juez nombrara conscientemente del daño que se seguirá para el pupilo, a una persona, con el pretexto de que es jurídicamente idónea para ser curador.

Se entiende que el pupilo "carece de curador", no por el mero hecho de que no se haya discernido la guarda, sino cuando no existe persona apta para ejercerla y llamada por el testamento o por la ley.

El derecho del menor para designar la persona que ejercerá su curaduría se interpreta en la práctica de nuestros tribunales y juzgados, con absoluta generalidad, aplicable a toda clase de guardadores que deban nombrarse para un menor adulto con facultades mentales normales: así se nombran los curadores *ad litem* y los especiales para cualquier asunto de un menor adulto. Pero, a mi modo de ver, esta interpretación extensiva, ni tiene suficiente fundamento en la ley, ni es realmente conveniente para los intereses y debida protección del menor. En fecto, el Art. 477 dice claramente que las disposiciones del Título XXIII se refieren a la curaduría del menor "sólo en razón de su edad", y por lo mismo no son aplicables a las otras guardas a las que puede estar sometido eventualmente un menor. Además, en el caso de las curadurías especiales no es lógico que el menor de edad designe a la persona que debe autorizarle o representarle en un asunto porque esta facultad puede hacer muchas veces ineficaz la intervención del guardador, ya que el pupilo tendrá buen cuidado de designar a una persona que de todos modos le va a autorizar.

Es importante notar que los parientes del menor adulto *pueden* pedir al juez que le nombre guardador, mientras que si el incapaz fuere impúber, o demente, o sordomudo, ciertos parientes, concretamente los ascendientes o descendientes, están rigurosamente *obligados* a pedir el nombramiento de guardador, y si no lo hacen se convierten en indignos de suceder ab intestato al incapaz (Art. 1039). Esta diferencia responde a que el menor adulto es sólo relativamente incapaz, y ade-

más, puede él mismo solicitar que se le dé guardador, de modo que la intervención de los parientes no resulta tan indispensable.

El Ministerio Público por medio de los agentes fiscales ejerce el patrocinio de "los incapaces que carecieren de guardador hasta que se les provea de éste y se haga cargo de la administración" (Art. 4 de la Ley de Patrocinio del Estado). Parece, pues, que también podría solicitar el nombramiento de guardador si no lo hacen el menor ni sus parientes, y realmente necesita de dicha protección.

En cuanto a la curaduría legítima, se ha pretendido ver una contradicción entre los Arts. 489 y 503 por una parte, y el Art. 544 por otra; porque en los dos primeramente nombrados se declara que los padres ilegítimos no pueden desempeñar la curaduría si son casados, y en cambio, el Art. 544 permite el ejercicio de este cargo al marido con el consentimiento de la mujer. Pero, encuentro que no existe ninguna contradicción en la ley: el Art. 489 se refiere a la guarda del disipador, y el Art. 503 a la del demente, a éstas se asimilan también las del ebrio consuetudinario y del toxicómano: respecto de todas ellas no cabe ejercicio de la guarda por parte del padre ilegítimo casado (o madre casada); en cambio el Art. 544 permite exclusivamente al varón casado, que ejerza con el consentimiento de la mujer, las otras guardas para las que no hay prohibición, o sea, precisamente la tutela o la curaduría del hijo menor adulto.

393.— Domicilio y habitación del pupilo.

En general, según el Art. 64 "el que se halla bajo tutela o curaduría, sigue el domicilio de su tutor o curador". Esta regla es principalmente aplicable a los menores de edad, ya que en el caso de una guarda especial el domicilio del sometido a ella probablemente no es un domicilio legal general, sino también solamente especial para el objeto de la respectiva guarda; en cambio en el caso de los menores, bajo tutela o curaduría general, el domicilio del tutor o curador es el domicilio general del pupilo.

En cuanto a la residencia del pupilo, la ley no dice expresamente cuál deba ser, pero, como el tutor y el curador del menor adulto deben encargarse del cuidado personal del pupilo, se da por entendido que normalmente debe vivir con el guardador. Nada impide, sin embargo, que el pupilo viva con otras personas, pero bajo la estricta vigilancia y cuidado del guardador, por ejemplo, el menor puede ser colocado como interno en un colegio, o vivir con los padres del guardador, u otros parientes muy cercanos y de plena confianza.

El padre o la madre podrían designar en el testamento, la persona que haya de tener el cuidado de la crianza y educación del menor (cfr. Art. 473), y por lo tanto, también podrían establecer reglas más precisas sobre dónde ha de vivir el pupilo. A falta de estas determinaciones, el guardador puede obrar con relativa libertad, buscando el bien del pupilo, y en forma que pueda cumplir realmente sus obliga-

ciones; si faltara a éstas, podría intervenir el juez y establecer normas más rígidas.

La ley limita, en cambio, el derecho de algunas personas para que puedan tener consigo al menor, y lo hace por un sentido casi exagerado de protección de la vida del pupilo. Efectivamente, el Art. 472 prohibe que el menor resida en la habitación o esté confiado al cuidado personal de ninguno de los que si muriese, habrían de sucederle en sus bienes. Lo mismo prohibe el Art. 505 respecto del demente, ya que el legislador teme que uno y otro puedan ser objeto de un crimen para heredarles: tratándose de menores o de dementes podría ser más fácil quitarles la vida y recibir sus bienes. Pero en ambos casos, la ley establece también razonables excepciones: es lógico confiar plenamente en las personas más vinculadas por el cariño, y respecto del menor se señala concretamente a los ascendientes legítimos y padres ilegítimos, así como respecto del demente, al cónyuge, y a su padre o madre (sorprende que no se enumere también a los descendientes).

El guardador puede incluso sacar al pupilo del país, o permitirle que salga él al exterior: la ley no lo prohibe; y más bien implícitamente reconoce esta facultad del tutor o curador; según el Art. 156 del Código de Policía Marítima y el Art. 370 sección 11 Nº 13, del mismo, el guardador debe dar autorización para el embarco de un menor, y si el capitán permite el embarco sin dicho permiso, comete una infracción penada con multa. En algunos países, en cambio, se prohibe al guardador llevar al pupilo fuera del país sin permiso del juez.

394.— Obediencia del pupilo al guardador.

Estando sometido el pupilo al guardador en cuanto a su crianza, educación y cuidado personal, es lógico que le debe obediencia. Pero ésta no puede ser tan amplia en sus alcances como la que se impone al hijo respecto de sus padres.

Desde luego, los límites de la obediencia que los hijos de familia deben a sus progenitores son aplicables al caso del pupilo respecto del guardador, y aún deben interpretarse tales límites con mayor estrictez, pues, como queda dicho, no cabe equiparar totalmente en los poderes o facultades el guardador al padre.

La ley es demasiado parca a este respecto; prácticamente no se ha establecido nada de modo directo, y solamente pueden deducirse las reglas de los principios generales. El principio básico es el de la protección del pupilo, y la obligación que tiene el guardador de criarle y educarle: la obediencia que puede exigir es la necesaria para lograr estos objetivos.

Los tutores tienen , según el Art. 178 del Código Penal, el derecho de tomar las cartas de sus pupilos, como pueden hacerlo los padres respecto de sus hijos, sin cometer delito. Creo que igual facultad debe reconocerse a los guardadores de los menores adultos y de los

dementes y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito, pero la ley habla solamente de "tutores".

Para hacerse obedecer, el guardador puede recurrir a castigos moderados (de lo que hablaremos más adelante), o a pedir el auxilio de las autoridades.

395.— Sustentación del pupilo.

Los gastos del mantenimiento y educación del pupilo deben hacerse de preferencia de los propios bienes de él mismo. Sólo a falta de tales bienes es preciso recurrir al auxilio de los parientes u otras personas obligadas a darle alimentos, y finalmente, si tampoco hay estas personas, el pupilo debe ser puesto en un establecimiento de beneficencia pública, como un orfanatorio, etc. Desde luego, entre los bienes del pupilo se cuentan también los que él mismo puede ganar con su trabajo, si tiene edad y capacidad para ello.

Pero respecto de los bienes del pupilo que se gasten en su manutención, existe un orden preciso señalado por la ley, del cual no puede apartarse el guardador sin incurrir en falta. Primeramente se deben emplear en tales fines, los frutos de los bienes del pupilo (Art. 474); en segundo término se podrán enajenar los bienes de capital inmobiliarios; sólo en último término se puede recurrir a la enajenación o gravamen de los bienes raíces. También se señala en último lugar, como medida extraordinaria, la de contraer empréstitos, lo cual exige "extrema necesidad" (Art. 474) y autorización del juez, lo mismo que el gravamen o enajenación de los inmuebles.

Ya que el guardador debe pedir, y si es preciso demandar, alimentos a quienes los deban al pupilo, es evidente que él mismo deberá dárselos si está obligado a ello por ser una de las personas a quienes se impone tal carga (cfr. Art. 360).

La falta de cumplimiento de esta obligación de proveer a la sustentación y educación del pupilo es severamente castigada por el Código: con la remoción del guardador. Toda falta grave del guardador es motivo para que pueda ser removido, según el Art. 426, aunque este artículo se refiere más directamente a la administración de los bienes. En cambio, el Art. 476 señala una evidente falta grave que da lugar a la remoción: "la continuada negligencia en proveer a la cóngrua sustentación y educación del pupilo". Ambas circunstancias se recogen y repiten en el Art. 581 al enumerar las causas de remoción.

Cuando son otras personas distintas del tutor o curador quienes tienen el cuidado personal del pupilo y no cumplen éstas con sus deberes de crianza, educación, mantenimiento del menor de edad, el guardador está obligado a procurar por todos los medios prudentes que cumplan su obligación, y si no lo logra, debe ocurrir al juez para que interponga su autoridad.

396.— Crianza y educación del pupilo.

El Estado debe respetar el derecho de los padres de familia para dar a sus hijos la educación que juzguen más adecuada. Este derecho natural, verdadero principio de civilización, está consignado en la Constitución Política y se reafirma también en las leyes secundarias: Código Civil, Ley de Educación, etc. El guardador, con igual razón, y por actuar en cierto modo en representación de los padres y también con poderes que el Estado a través de la ley le confiere, debe respetar profundamente aquel derecho natural y colaborar en la educación del menor de edad, siguiendo los deseos de los padres y otros parientes llamados por la misma naturaleza a cumplir tal función.

Al tratar de los derechos y deberes de los padres legítimos e ilegítimos destacamos suficientemente que el deber y obligación de educar recae fundamentalmente sobre los padres, por Derecho Natural, reconocido por la Constitución y las Leyes, y en plano internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este derecho, pasa en defecto de los padres, cuando se trata de hijos legítimos, a los demás ascendientes, y luego a los otros consanguíneos cercanos (Arts. 243 y 250 del Código Civil). Tal derecho, que es también obligación, no desaparece ni disminuye en el caso de que el menor esté sometido a guarda.

Siguiendo todos estos principios, el Art. 470 declara con nitidez que "en lo tocante a la crianza y educación del pupilo está obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en los títulos IX y XIV; sin perjuicio de ocurrir al juez cuando lo crea conveniente", y el Art. 479 se refiere al menor adulto, sometido a curador general, remitiéndose a lo expresado sobre el menor impúber y su tutor.

La voluntad de los padres, o en su defecto, de los otros parientes, se entiende que ha de ser la que manifiesten actualmente. Por excepción, sin embargo, los padres (no los otros consanguíneos) pueden haber determinado en el testamento, cuál ha de ser la educación que se dé a los hijos, así parece desprenderse del Art. 473, aunque este artículo se refiere más directamente a los medios destinados a costear la crianza y educación, pero por extensión, puede entenderse también de la orientación misma de la educación. Además, parece muy natural que el padre y la madre puedan fijar en el testamento esas normas relativas a la orientación que deba darse a la educación del hijo.

Naturalmente el mismo guardador puede ser la persona llamada a dirigir la educación del pupilo, si éste es su hijo o descendiente, o próximo consanguíneo, y en este último supuesto faltan los padres o ascendientes. Pero igualmente posible es la situación contraria, es decir, la de que una sea la persona que deba dirigir la educación del menor, por ejemplo su padre, madre o abuelo, y otra persona distinta la que ejerza la guarda. En este segundo supuesto, el guardador tiene

funciones de vigilancia y suplencia: debe comprobar que se eduque bien al pupilo, y hacer que cumplan este deber quienes lo tienen; y también está llamado a colaborar en la formación, y aún a sustituir, en casos extremos, a quienes abandonan su deber.

Entre las contravenciones de primera clase enumera el Código Penal (Art. 578 Nº 57), el caso de que "los padres de familia abandonaren a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades".

La preocupación del legislador por la educación de los menores se manifiesta de muchas maneras, así por ejemplo, si el pupilo menor de edad realiza un contrato de aprendizaje, en éste debe constar el tiempo que dedicará a la enseñanza fuera del taller (Art. 122 del Código del Trabajo). El mismo trabajo de los menores puede ser autorizado aún antes de la edad normal, cuando es preciso para que pueda tener los medios de sustentación y de educación, si no hay otras maneras de financiarlos.

En el Ecuador, si los propios padres no pueden de ninguna manera forzar al hijo menor a tomar un estado determinado o a casarse contra su voluntad, mucho menos podrían los guardadores influir decisivamente en el pupilo en estas cuestiones (Art. 254).

Pero respecto de la carrera u oficio que ha de aprender el menor, no se dispone nada, y como los padres tienen el derecho de dirigir la educación del hijo, se supone, que pueden imponerle que haga los estudios dirigidos hacia una de esas carreras u oficios. Naturalmente, si el hijo tiene ya cierta edad en que es más capaz de determinarse por sí mismo, los padres deben contar con su voluntad, aunque la ley no lo dice expresamente. Mayor respeto por la voluntad del menor debe, sin duda, tener el guardador en estas materias. Sería de todos modos, de desear una norma legal más precisa, que por ejemplo, estableciera que se deba contar necesariamente con la voluntad del menor desde que llega a la edad adulta (12 o 14 años).

397.— Castigos.

El guardador, lo mismo que los padres de familia, puede imponer castigos moderados al pupilo, y si no logra su corrección, puede solicitar al Tribunal de Menores la reclusión del pupilo que observare mala conducta (Art. 42 letra d) del Código de Menores).

También los guardadores pueden corregir a los pupilos y no cometen injurias, a menos que sus expresiones puedan ser calificadas de calumniosas (Art. 478 del Código Penal).

398.— Trabajo del menor.

El Art. 480 da por supuesto que el menor puede ejercer una profesión o industria, ya que le reconoce las mismas facultades administrativas que al hijo de familia, sobre los bienes adquiridos por él en

el ejercicio de esos trabajos. Aunque la ley no hace ninguna referencia en este caso al menor que ejerza un cargo público, parece evidente e innegable que al igual que el hijo de familia, el menor bajo curaduría puede ejercer funciones públicas, y debe gozar de la misma capacidad jurídica que aquel en cuanto se refiera al cargo, es decir, se considerará como mayor de edad.

El Código del Trabajo permite a los menores de edad realizar por sí mismos contratos de trabajo válidos desde que han cumplido 18 años. Si tienen menos de 18 pero han cumplido 14 años, pueden ser autorizados por tres categorías de personas: sus representantes legales (entre los que se cuenta el guardador), las personas que tienen su manutención o cuidado, o a falta de todos ellos, por autoridades públicas, concretamente: el Inspector o Subinspector del Trabajo. Antes de los 14 años, cumplidos los 12, puede celebrar contrato de aprendizaje, con el consentimiento del guardador, o en su defecto, de las mencionadas autoridades o del Comisario del Trabajo (Art. 121 del Código del Trabajo). Si tiene menos de 12 años, puede ser consignado por el guardador para hacer labores de servicio doméstico, en una casa de confianza.

La ley, no prohibe que el guardador celebre el contrato en nombre del pupilo, pero al conferir a éste la facultad de hacerlo por sí mismo, aunque tenga que contar con la debida autorización, manifiesta la voluntad del legislador de que el curador no represente en este punto al menor adulto; pero en el caso del menor impúber, es precisa la intervención del tutor para representar, ya que el impúber no puede actuar por sí mismo, exceptuándose el caso excepcionalísimo del contrato de aprendizaje, a partir de los 12 años (aunque sea varón y por tanto, impúber hasta los 14).

399.— Representación del pupilo.

Todo guardador es representante legal del pupilo, y por tanto, lo son el tutor y el curador del menor adulto. Además, en el caso del menor impúber, la representación del pupilo es absolutamente necesaria, porque el pupilo no puede ser autorizado para obrar por sí mismo, y en caso de actuar sin la representación legal, los actos son absolutamente nulos, por ser el impúber absolutamente incapaz.

El curador puede representar al menor adulto de la misma manera que el tutor al impúber. Pero no es indispensable que lo haga, porque también puede autorizarle para que actúe por sí mismo, completando así la relativa incapacidad de este pupilo.

Lo que se acaba de indicar constituye la diferencia más notable en nuestro sistema, entre la figura del tutor y la del curador: el tutor sólo puede representar (no autorizar), mientras que el curador del menor adulto le representa, o le autoriza.

En el caso del menor adulto, el guardador puede también ratificar los actos ya hechos por el pupilo, sin su autorización, y como esos

actos o contratos adolecieron originalmente sólo de nulidad relativa, mediante la ratificación llegan a ser plenamente válidos.

La autorización del guardador puede ser especial o general "para administrar una parte de los bienes pupilares". Podríamos decir que no cabe que sea generalísima: para *todos* los bienes pupilares.

Confiada al pupilo la administración de una parte de sus bienes, se presume la autorización del guardador para los actos ordinarios de dicha administración.

Pero los actos extraordinarios exigen expresa intervención del guardador. Así el pupilo, no puede enajenar por sí mismo bienes raíces, sino con explícita autorización del guardador, y cumplidas las demás formalidades legales. Incidentalmente señala el Art. 474 la necesidad de autorización judicial para que el guardador pueda contratar empréstitos o enajenar bienes raíces, para costear la subsistencia y necesaria educación del pupilo; respecto de la enajenación lo mismo dice el Art. 435 categóricamente, pero, de los empréstitos nada se menciona en el capítulo de la administración de los bienes pupilares; así pues, deben considerarse como actos de administración muy extraordinaria del pupilo, pues no podrían realizarse por él mismo en virtud de una autorización más o menos general de administrar.

Los actos personalísimos, como son los testamentarios, el reconocimiento de un hijo ilegítimo, etc., éstos sí pueden verificarse por el mismo pupilo, y no requieren siquiera de la autorización del guardador, ni de ninguna ratificación u otra forma de intervención del guardador.

Los menores de edad si ejercen cargo o empleo público, se equiparan al mayor de edad en todo lo que ejecutan en razón de sus funciones públicas (Art. 261), pero si se trata de pupilos que ejercen una profesión o industria solamente, "se mirarán como emancipados" (Art. 265) y para estos actos o contratos necesitan autorización del representante legal: padre o guardador (Art. 273) o que éstos les representen, y sin tal intervención, se obligan exclusivamente en su peculio profesional o industrial (Art. 272); pero no pueden tomar dinero a interés, ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización *escrita* del padre o guardador; y si lo tomaren, no quedarán obligados sino hasta al monto del beneficio que les haya reportado (Art. 272).

Consecuencia de la representación del pupilo por parte de su guardador, es la responsabilidad de ésto por los actos del pupilo que vive bajo su control; el guardador responde también de los daños y perjuicios que el pupilo causare a otras personas, cuando éstos pudieron evitarse usando la normal diligencia.

400.— Autorización.

Ya hemos indicado que el menor adulto (no el impúber), puede ser autorizado por el curador para actuar válidamente.

Si hay varios curadores obligados a administrar, deben todos ellos autorizar al pupilo, para que éste pueda obrar lícitamente (Art. 455).

Con la autorización del guardador, el pupilo podría incluso ejercer el comercio, y entonces se obligará en esos actos hasta la concurrencia de su peculio, y quedaría sometido a las leyes de comercio (Art. 11 del Código de Comercio). La autorización del guardador, en tal caso, se debe inscribir en el Registro Mercantil (Art. 30 Nº 2, del Código de Comercio).

401.— Intervención del Ministerio Público.

El Ministerio Público está llamado a opinar respecto del nombramiento del guardador (Art. 478); se le debe oír para que el juez autorice los actos de administración extraordinaria; y debe intervenir siempre que considere que los intereses del pupilo corren peligro o han sufrido menoscabo culpable, en tales casos debe recurrir al juez (Art. 482). Parece evidente que el Ministerio Público debe asimismo recurrir al juez cuando el perjuicio que sufre, o que se teme fundadamente que sufra el pupilo, no sea de índole económico sino moral, por ejemplo, cuando el guardador le da malos ejemplos.

El mismo pupilo, si es menor adulto, puede solicitar la intervención del Ministerio Público, en defensa de sus intereses, y si el reclamo es fundado el Agente Fiscal *debe* recurrir al juez. Una facultad similar se reconoce al disipador, que puede también solicitar la intervención del Ministerio Público, cuando el guardador hace actos que le acarrean perjuicio.

El menor impúber no tiene esa facultad, y entonces es natural suponer que cualquier pariente pueda denunciar al Ministerio Público las situaciones que consideren de peligro para el menor o sus intereses, debiendo también en estos casos proceder el Agente Fiscal a solicitar al juez las medidas convenientes, incluso la remoción del guardador, si hay causa para ello.

Estas obligaciones del Ministerio Público, no descargan a los otros tutores o curadores que eventualmente tenga el pupilo, de su deber de vigilancia de la actuación del tutor o curador.

402.— Guarda del hijo ilegítimo.

Mientras es menor impúber, el hijo ilegítimo está sometido a tutela, y no presenta diferencias de importancia el régimen jurídico de esta tutela.

En cambio, en el caso del menor adulto, podemos decir que realmente la guarda del hijo ilegítimo constituye una categoría especial, a pesar de que la ley no se refiere orgánicamente a ella.

Efectivamente, no son aplicables al hijo ilegítimo, de modo di-

recto, las disposiciones que del Título XXIII del Código Civil que se acaban de estudiar.

No son aplicables, porque el Art. 477 dice categóricamente que aquel Título trata solamente de aquella guarda "a que, sólo por razón de su edad, está sujeto el adulto emancipado"; ahora bien, el hijo ilegítimo está sometido a guarda mientras es menor de edad, pero no solamente por ser menor, sino porque, teniendo la calidad de ilegítimo, no cae bajo la patria potestad, que sólo rige para los hijos legítimos. Además, el hijo ilegítimo no está "emancipado", no puede estarlo, porque se emancipa el que *sale* de la patria potestad y el hijo ilegítimo nunca ha estado bajo patria potestad para que pueda emanciparse. Luego, no son aplicables las reglas del Título XXIII al hijo ilegítimo. A lo más, podrían aplicarse por analogía, en caso de algún vacío de la ley, y siempre que no sean aplicables de preferencia —también por analogía—, las reglas que rigen para la patria potestad del hijo legítimo.

Pero, además de las razones formales que se acaban de señalar, hay motivos más profundos para diferenciar la guarda del hijo ilegítimo, de la que se ejerce sobre los demás menores de edad. La curaduría del hijo ilegítimo en la actualidad presenta una notable proximidad con la patria potestad; también puede decirse esto de la tutela del hijo ilegítimo, pero como las reglas especiales que da el Título XXII para la tutela se refieren más bien a la crianza, educación y cuidado personal del menor y establecen reglas muy parecidas a las dadas para el caso de que el impúber esté bajo la patria potestad, no cabe distinguir la tutela del hijo legítimo y la del ilegítimo. Además, el Art. 381 categóricamente se refiere a una única clase de tutela, y a ella están sometidos todos los impúberes: no hay más que una tutela, aunque existan algunas reglas peculiares para el caso de que el pupilo sea hijo ilegítimo y ejerza su guarda el padre o la madre ilegítimos.

Las diferencias entre la guarda del menor adulto (Título XXIII) y la guarda del hijo ilegítimo ejercida por el padre o madre ilegítimo pueden sintetizarse en lo siguiente:

a) Son llamados a ejercer la guarda legítima de los que tienen la calidad de hijos legítimos, además de sus padres, los demás ascendientes, los hermanos varones y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo (Art. 409), en tanto que los llamados a ejercer la guarda legítima del hijo ilegítimo son: el padre o la madre que le hayan reconocido primero, y no hay lugar al llamamiento de ninguna otra persona (Art. 410).

b) En la guarda testamentaria, tanto el padre legítimo como el ilegítimo pueden designar guardador al hijo, y pierde el primero este derecho cuando ha sido privado de la patria potestad, del mismo modo que el padre ilegítimo cuando ha sido privado judicialmente de la guarda; por donde se aprecia la notable equiparación de ambas instituciones: la guarda legítima del padre ilegítimo respecto de su hijo, es realmente sustitutiva de la patria potestad que la ley no le concede. En cambio, cualquier otra persona (aparte del padre o madre), para nom-

brar curador por testamento, tiene que dejar bienes al pupilo, y la guarda se refiere a la administración de la herencia o del legado.

c) El padre o madre ilegítimos, lo mismo que los legítimos, no están obligados a dar fianza para obtener el discernimiento de la guarda del hijo. Pero el padre que se casa, debe dar fianza para ejercer la tutela o curaduría del hijo ilegítimo. La madre, en cambio, si se casa, o si pasa a otras nupcias, ya no puede administrar los bienes del hijo que esté bajo su patria potestad o su curaduría. Las otras personas, deben dar fianza, cualquier que sea su estado civil, de modo que también aquí se aprecia la analogía entre patria potestad y guarda legítima del hijo ilegítimo, y la diferencia entre esta institución y la curaduría general del menor adulto.

d) Los padres ilegítimos tienen las mismas obligaciones de los padres legítimos en cuanto al cuidado personal del hijo (Art. 313), pero el casado no puede tener al hijo ilegítimo en su hogar, sin el consentimiento de su cónyuge; y la mujer casada no puede, ni con el consentimiento del marido, ejercer la guarda (Art. 540). El marido requiere el consentimiento de la mujer para ser guardador de los hijos ilegítimos (Art. 544). Para las demás personas, es irrelevante la condición que tenga el pupilo de legítimo o ilegítimo.

e) Una persona puede excusarse de ejercer otras guardas para tomar la del propio hijo ilegítimo, y no puede excusarse del ejercicio de esta guarda, alegando que ya ejerce otras tutelas o curadurías (Art. 557), de modo que también se destaca la condición preminente de la guarda del propio hijo ilegítimo.

f) Los guardadores en general reciben como recompensa de su trabajo la décima de los frutos de los bienes que administra, pero el padre legítimo que ejerce la patria potestad o la guarda (Art. 266), y el ilegítimo que tiene la guarda del hijo (Art. 410), en lugar de la décima, tienen el usufructo de los bienes del hijo.

g) Los guardadores, para vender bienes raíces de sus pupilos requieren autorización judicial y deben hacer la venta en subasta pública. En cambio el padre legítimo y el ilegítimo, deben cumplir solamente el primer requisito, pero no están obligados a la subasta pública (Arts. 274, 316, 435, 436 del Código Civil y 839 del Código de Procedimiento Civil).

h) Existen casos y forma de remoción que solamente afectan al padre o madre ilegítimos, y son precisamente los mismos, por los cuales pueden ser privados judicialmente de la patria potestad los legítimos (Arts. 290 y 581).

i) También en otras leyes, se acentúa la semejanza entre la guarda legítima de los hijos ilegítimos y la patria potestad, diferenciándose, por lo mismo, la primera, de las demás guardas (por ej. Código del Trabajo en numerosas disposiciones, y Código de Menores, Arts. 42, 53, 54, 55, etc.).

Se puede concluir de todo lo apuntado que realmente la guarda del hijo ilegítimo es una figura jurídica peculiar, distinta realmente de

la curaduría del menor adulto, y que presenta una analogía mayor con la patria potestad. Ya que la Constitución Política de 1967 declara la igualdad de los hijos "nacidos" dentro o fuera de matrimonio, es posible que este sistema se modifique, extendiéndose la patria potestad a los ilegítimos.

CAPITULO XXX

GUARDAS DE LOS INTERDICTOS

403.— Concepto y efectos de la interdicción en general.

Por interdicción se entiende, en general, una prohibición personal de administrar bienes.

La interdicción es más o menos amplia. Se trata de una institución flexible, que admite grados, no perfectamente definidos, sino más bien delimitados por la enumeración de facultades que tiene o no tiene un determinado interdicto.

El Código Civil se refiere expresamente a la interdicción y a la correspondiente guarda del disipador, del ebrio consuetudinario, del toxicómano, el demente o loco, y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito. Pero además, hay que considerar el caso de los sentenciados penalmente a ciertas condenas que llevan consigo interdicción civil, y el caso de los quebrados que conforme al Código de Procedimiento Civil sufren también una especie de interdicción, lo mismo que sucede en los otros casos análogos del comerciante que se declara en suspensión de pagos, y del insolvente bajo concurso de acreedores.

De todas formas, solamente los adultos pueden ser puestos en interdicción porque solamente ellos pueden tener alguna facultad de disponer de bienes, sea en calidad de peculios o porque están autorizados (si son menores de edad), o bien de sus propios bienes con plena capacidad porque son mayores de edad. En cambio, para los impúberes solamente cabe la tutela. El menor impúber que no está ni bajo patria potestad ni sometido a tutela y que presente señales de demencia, no debe ser puesto en interdicción, ni cabe nombrarle el guardador del demente, sino que se le debe proveer de tutor. La tutela es única: para toda clase de impúberes; y si éste es demente, continúa ejerciendo su guardador la tutela. En cambio, desde que el pupilo es adulto, tenemos que distinguir: el que está bajo patria potestad, sigue al cuidado de su padre o madre, porque también la patria potestad es única y no se altera sustancialmente por la condición mental del hijo; en cambio si el pupilo está bajo curaduría general o estaba bajo tutela y llega a la edad adulta, se requiere provocar la interdicción y nombrarle curador apropiado para su estado, con atribuciones diferentes de las del curador del menor adulto.

Entre los diversos interdictos a que se refiere el Código Civil, hay notables diferencias. Más hondas todavía son las variantes con relación al penado o al quebrado.

En primer lugar, con respecto al disipador el decreto de interdicción crea incapacidad, vale decir, el disipador antes de la interdicción es plenamente capaz; por esto el Art. 1500 al enumerar los relativamente incapaces se refiere a los disipadores que se hallan en interdicción de administrar lo suyo. Por el contrario, tratándose del demente y del sordomudo que no puede darse a entender por escrito, la interdicción no crea la incapacidad, sino que se limita a constatarla.

Se asimila al caso del disipador el del ebrio consuetudinario y el toxicómano u otros que habitualmente usaren de sustancias estupefacientes. También éstos son solamente incapaces relativos, y llegan a serlo, sólo en virtud de la interdicción, que en tal caso tiene efecto constitutivo, y no meramente declarativo, como lo tiene para el demente o el sordomudo.

La interdicción del quebrado y del condenado a ciertas penas, es también, en uno y otro caso, constitutiva: da origen a una incapacidad; ésta, además, tiene peculiares características, y no se extiende sino a determinados actos o sobre ciertos bienes.

Pero aún en los casos en que la interdicción es simplemente declarativa, produce ciertos efectos constitutivos: que modifican la capacidad del interdicto. Como dicen Chanpeau y Uribe "uno de los efectos de la interdicción es poner fin a la situación equívoca en que se encuentra el demente que tiene intervalos lúcidos".

La "interdicción civil" tiene también efectos en otros campos del Derecho, principalmente en el penal y en el administrativo y constitucional; por ejemplo, los derechos de ciudadanía se suspenden por interdicción judicial, mientras dure ésta.

Los agentes fiscales y ministros fiscales están llamados a ejercer el patrocinio de "los incapaces que carecieren de guardador", éste se ejerce en parte, sea provocando la interdicción o el nombramiento del curador, o bien interviniendo en los juicios de interdicción y discernimiento de las guardas, cuando ellos mismos no los han iniciado (cfr. Art. 4 de la Ley de Patrocinio del Estado).

404.— Interdicción del disipador.

Define Escriche la disipación como "la conducta de una persona que desperdicia o malgasta la hacienda o caudal". Con suma concisión se da una idea precisa de la disipación.

El Diccionario de Derecho Privado, a su vez, trae esta definición: "La disipación o dilapidación es el consumo de bienes de una persona en cosas inútiles y caprichosas, que no guardan proporción con los medios de que dispone para atender a las necesidades familiares". Es interesante en esta definición la referencia a las necesidades no sólo individuales, sino también familiares, ya que la interdicción del disi-

pador o pródigo, tiene una función social de protección a la familia, quizá más aún que al propio interdicto.

Valencia Zea destaca este sentido de protección familiar de la institución que comentamos. "Se requiere —dice— que a consecuencia de la disipación, el pródigo exponga a su familia a la miseria. Es verdad que esto no lo exige la ley en forma expresa; pero se encuentra conforme con la tradición y con las orientaciones modernas del Derecho Civil comparado".

Nuestro Código establece que la disipación "deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten falta total de prudencia". No basta pues, algún hecho imprudente, alguna negligencia grave, sino que se precisa toda una conducta habitual, que se manifiesta a través de varios actos; hechos repetidos. Para aclarar mejor el concepto, el Código Civil da unos cuantos ejemplos: "El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos, autorizan la interdicción" (Art. 486).

De las definiciones y ejemplo, lo mismo que del esfuerzo realizado por la doctrina para precisar la idea de la prodigalidad se desprende su carácter eminentemente relativo. No se puede juzgar sobre este punto con una norma rígida.

La norma adoptada por nuestro Código es la más adecuada: se define en abstracto la disipación y se proporcionan unos ejemplos para ilustrar el concepto, pero se deja luego una amplia facultad al juez para apreciar cada caso, escuchando siempre el parecer el ministerio público y del propio interesado y sus parientes, con todo lo cual, se puede formar una idea adecuada de la verdadera condición del supuesto pródigo y declararle o no interdicto según las circunstancias lo aconsejan.

405.— Curaduría del ebrio consuetudinario y del toxicómano.

Una persona en estado total de ebriedad, o bajo el influjo alienante de ciertas drogas tóxicas, no puede usar correctamente de su razón, y los actos o contratos realizados en tal estado carecen de validez por falta del debido conocimiento y consentimiento. La prueba, sin embargo, del estado en que se hallaba el sujeto al momento de obrar, puede ser muy difícil e insegura.

Por otra parte, cuando una persona habitualmente incurre en estados de ebriedad o de disminución o privación de la razón, por medio del uso de estupefacientes u otras drogas tóxicas, la misma capacidad mental disminuye, el equilibrio de la personalidad se altera, y resulta al cabo de un tiempo muy difícil distinguir el estado normal y el estado alterado de la razón en dichas personas. La inseguridad para los actos o contratos jurídicos llega, pues a ser máxima, en tales casos, que se aproximan notablemente a los de locura.

Además, frecuentemente las personas adictas a las drogas o a la embriaguez alcohólica, llevan una conducta general que se puede

asimilar a la del disipador, pues se caracteriza por la poca prudencia, el gasto inmoderado y el descuido de sus obligaciones. Existe, pues, suficiente razón para que se ponga en interdicción a los ebrios consuetudinarios y a los toxicómanos.

Nada disponía el Código original sobre esta materia, y fue un Decreto Legislativo de 24 de agosto de 1890, publicado en el Diario Oficial de 9 de setiembre de 1890, el que introdujo la curaduría, y la correspondiente interdicción del ebrio consuetudinario.

Actualmente se encuentra incorporada al Código la mencionada reforma, y el Art. 383 dice que el ebrio consuetudinario debe ser puesto en interdicción civil "que se regirá por las disposiciones relativas a la interdicción de los disipadores, en cuanto les fueren aplicables".

El guardador del ebrio tiene dos especiales deberes: atender a la subsistencia del ebrio y colocarlo en una casa de temperancia, siempre que fuere necesario y posible (Art. 383).

Los toxicómanos "u otros que usaren de substancias estupefacientes", dice el Art. 384, "se asimilan a los ebrios, para la interdicción y guarda", es decir que se rigen también por las reglas dadas para el disipador y su curaduría.

Tanto para el caso del ebrio consuetudinario, como para el del toxicómano hay dos normas propias: a) se concede acción popular para promover su interdicción, y b) quedan sometidos a la vigilancia y demás medidas de la Policía Sanitaria. En estos dos puntos, coinciden más que con el disipador, con el demente en interdicción.

406.— Interdicción del demente o loco.

Nuestra ley se refiere constantemente al hablar de los que sufren privación del uso de la razón, con los términos "demente o loco". Con menor frecuencia, emplea la palabra "fatuo", queriendo significar lo mismo, o por lo menos una situación de salud mental muy similar.

Modernamente, en cambio, se suelen admitir muchas clases de enfermedades mentales y de privaciones del correcto uso de la razón provenientes o no de enfermedad. Prescindiendo de las causas fisiológicas, que al fin no interesan directamente al Derecho, las enfermedades mentales (en sentido muy amplio), pueden alterar más o menos radicalmente la personalidad y privar del correcto uso de la razón. Para los efectos jurídicos, sobre todo, cabe distinguir la privación perpetua de la razón, es decir el caso de quienes jamás han tenido el uso de la razón (generalmente llamados amentes), y el caso, muy diferente, de los que han perdido la razón después de haber usado normalmente de ella (dementes). Entre los dementes, los hay que sufren periódicas privaciones de la razón, alternadas con períodos de lucidez (llamados vulgarmente lunáticos), otros que discurren congruentemente pero no respecto de toda materia ya que adolecen de desquiciamientos

mentales sobre ciertos tópicos (monomaníacos, maniáticos, sujetos con fobias acentuadas, etc.); a veces se dan verdaderos desdoblamientos de la personalidad (casos de esquizofrenia) o de alejamiento de la realidad para vivir en un mundo de fantasía, irreal, con alucinaciones, etc. (paranoicos, principalmente). También interesa considerar especialmente, para los efectos jurídicos, la locura con manifestaciones de violencia: locura furiosa, como la llama nuestro Código.

Más todavía, que las diversas categorías de enfermos mentales que se acaban de enumerar, importa tener en cuenta la mayor o menor permanencia del estado de enajenación o de debilitamiento de las facultades mentales (idiotismo, demencia senil, etc.). Si una persona carece permanentemente del uso de la razón, su condición es muy distinta, en el aspecto jurídico, de la situación de quien esporádicamente sufre de pérdidas o disminuciones de la capacidad de razonar.

Para la interdicción, nuestro Código exige que una persona sufra de demencia o locura "habitual". Considero que el empleo de los dos términos: "demente" o "loco" debe interpretarse, según el evidente espíritu de la legislación, como comprensivo de toda clase de defectos o enfermedades mentales que priven realmente del uso normal de la razón hasta el punto de alterar profundamente la personalidad o impedir la realización de actos propiamente humanos: voluntarios, libres y conscientes. Por otra parte, la ley exige que tales situaciones mentales sean "habituales", no bastando estados transitorios o esporádicos de privación de la razón para que una persona sea puesta en interdicción por locura.

Para los efectos jurídicos se pueden distinguir tres grados de demencia o enfermedad mental: a) la no habitual, sino esporádica o incidental: la persona que sufre de ella es capaz y realiza actos válidos en general, debiendo demostrarse que no estuvo en uso de su razón en el momento de realizar un acto o contrato, para que éste pueda anularse; esta situación no autoriza la interdicción del sujeto. b) La demencia habitual, aunque se produzcan paréntesis de lucidez, es causa para que quien la sufre sea puesto en interdicción, pero mientras no se perfeccione la interdicción, la condición jurídica es casi igual a la del anterior (a), porque toda persona generalmente es tenida por capaz: será preciso demostrar que se trata de un loco para anular sus actos o contratos, y se presumirá la falta de razón en el período comprendido entre dos momentos en los que se haya probado que realmente estuvo demente; pero el acto realizado en un período de lucidez en principio es válido. c) El demente puesto en interdicción, es absolutamente incapaz, tenga o no intervalos lúcidos, y durante todo el tiempo que dure la interdicción se presume que carece de razón y no puede realizar ningún acto o contrato, salvo tal vez, en los intervalos lúcidos algún acto personalísimo (pero no el testamento) y siempre que se pruebe realmente que se da plena cuenta de lo que hace.

Como en las demás guardas, el curador del demente le representa válidamente desde que se le discierne el cargo. Por esto, si se

nombra curador testamentario para un supuesto demente, este sólo hecho no crea una relación jurídica entre el nombrado y el supuesto demente: se requiere el correspondiente discernimiento, y para éste, debe preceder la interdicción del demente.

Dice Borja: "No procedió en este caso Don Andrés Bello con su acostumbrado eclecticismo; pues no imitó las disposiciones del Código de Napoleón; según las cuales seguido el juicio de interdicción, puede tomarse un término medio en la sentencia, nombrándose un *consultor* a la persona cuyas facultades intelectuales aunque débiles no están absolutamente perdidas. Entonces no puede decirse que esa persona se halle en estado habitual de demencia; pero sí tiene aptitudes para los actos ordinarios de la vida civil, no es prudencia confiarle la libre administración de su patrimonio. Debe pues oír el dictamen de una persona determinada para los actos más importantes de la vida civil, como enajenar bienes raíces, recibir dinero a mutuo, o el pago de una suma de dinero". Realmente sería de desear una institución como la propuesta, aunque no deja de tener dificultades la complicación del sistema que entrañaría. Solamente dejando un amplio poder al juez para apreciar la situación podría ser útil lo propuesto, pero precisamente Borja se manifiesta en muchos casos contrario al arbitrio judicial.

Valencia Zea sostiene la conveniencia de imitar, si no en la legislación al menos en la interpretación amplia de la ley, el sistema brasileño que permite la interdicción de personas que no han asimilado suficientemente la civilización contemporánea y por lo mismo resultan incapaces en la vida práctica para juzgar atinadamente de los negocios. En nuestro país encontramos estos grupos humanos aislados del contacto con la civilización, para los cuales teóricamente se requerirían normas jurídicas especiales; pero sucede que precisamente por su aislamiento, no tienen oportunidad ni necesidad de realizar actos o contratos, de donde resulta que una especial legislación para ellos no tendría mucha aplicación, y tal vez, ninguna.

407.— *Interdicción del sordomudo que no puede darse a entender por escrito*

Rigen para la curaduría del sordomudo las mismas disposiciones que para el demente, en cuanto a la edad del pupilo, las personas llamadas a ejercer la guarda, sus facultades, el cuidado personal del pupilo y el valor de los actos y contratos hechos antes y después de la interdicción.

Sorprende, en cambio, que el Código Civil no precise qué personas deben pedir la interdicción y la guarda del sordomudo. El artículo 511 enumera una serie de artículos sobre la guarda del demente que se aplican también al sordomudo, y sin embargo, no se incluye en dicha enumeración el Art. 500 que es el que señala las personas autorizadas y obligadas para pedir la guarda del demente. No se explica

esta omisión: sería lógico que esas mismas personas puedan y deban también pedir curador para el sordomudo, tal vez, excluyendo solamente las que pueden intervenir únicamente cuando se trata de demente furioso. La condición del demente y la del sordomudo son similares, y la solución legal debería ser análoga. A falta de regla concreta, cabe, de todos modos aplicar las disposiciones previstas para el caso más similar, o sea para el caso del demente, que se aplican por expreso mandato legal también al ebrio consuetudinario y al toxicómano, y que, a falta de otra norma, deben también extenderse para el sordomudo.

Son incapaces los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, por cuanto dispone el Art. 1500, y debe darse curador al sordomudo, según el Art. 510; pero el Art. 513 aclara que "cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito", de donde resulta evidente, que no se puede poner bajo guarda al sordomudo que sí sabe leer y escribir, y que todo el Título XXVI del Libro Primero se refiere exclusivamente al "sordomudo que no puede darse a entender por escrito", y no hay propiamente contradicción alguna con lo dispuesto en el Art. 1500.

Se ha discutido sobre si debe procederse primeramente a la interdicción del sordomudo, para luego nombrarle curador, o si puede el juez directamente darle el respectivo guardador.

Opino que en el caso de la curaduría para el juicio, si el juez constata que efectivamente una de las partes litigantes es sordomudo que no puede darse a entender por escrito, bien puede y debe nombrarle curador, pero solamente para el juicio, porque realmente se trata de un incapaz (cfr. Art. 1500) que no puede defenderse y litigar por sí mismo; pero en los otros casos, se requeriría previamente la interdicción.

El Art. 819 del Código de Procedimiento Civil establece que para nombrar curador de un sordomudo se observarán las mismas disposiciones prescritas para el caso de demencia; o sea que es evidente la necesidad de la previa interdicción, con todas sus formalidades. Una sentencia de nuestra Corte Suprema, ha precisado que es indispensable el nombramiento de "dos facultativos que reconozcan a la persona", y que el juez debe examinar personalmente al supuesto sordomudo, además de "oír, en privado, a sus parientes y a las personas con quienes viva", es decir, las mismas solemnidades que para la interdicción del demente, con la precisa y valiosa indicación de que el juez debe oír "en privado", a las personas que más competentemente pueden informar.

A propósito de la curaduría del sordomudo observa Don Luis Felipe Borja que sería preciso admitir la posibilidad de nombrarle un consultor, con mayor razón aún que al demente, porque los grados de mayor o menor inteligencia y uso de la razón son variadísimos, y puede no ser necesario en algunos casos la total interdicción y pérdida de la capacidad jurídica, sino solamente un asesoramiento para suplir una mente defectuosa o una personalidad inexperimentada.

408.— Interdicción por condenas penales

El Art. 51 del Código Penal enumera entre las penas peculiares del delito un cuarto lugar: "Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles".

El Art. 56 del mismo Código precisa que toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria "lleva consigo la interdicción del reo". También incurren en esta interdicción los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios delitos que merezcan pena de reclusión. Están, pues, debidamente establecidos todos los casos en que se produce la interdicción. Esta es automática, y se produce desde que la sentencia causa ejecutoria; en cambio, no se dice hasta qué momento dura, y solamente por lógica hemos de suponer que termina al cumplirse totalmente la condena o al recibir indulto o rehabilitación.

También ha definido el legislador en qué consiste la interdicción proveniente de sentencia penal: es la que "priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario". Es evidente, por lo tanto, que el reo podría hacer válidamente otros actos jurídicos no patrimoniales, como contraer matrimonio, divorciarse por mutuo consentimiento con su cónyuge, reconocer hijos ilegítimos, aceptar o repudiar el reconocimiento de su padre o madre ilegítimos, etc. Resulta, en cambio, muy dudoso si el penado podría actuar por sí mismo en juicio como actor o como demandado; no está enumerado entre los incapaces (Art. 1500)., y el Art. 56 del Código Penal se refiere a "incapacidad de disponer de sus bienes", luego, en principio, no es incapaz para litigar; sobre todo si se trata de juicios penales debemos entender que tiene plena capacidad pero hay ciertos juicios civiles en los cuales evidentemente se llega a un efecto equivalente a la disposoción de los bienes, y en estos parece que no sería lógico que actuara directamente, por sí mismo el condenado a reclusión mayor o menor extraordinaria; por ejemplo, un juicio de reivindicación, o de linderos, o sobre la validez de un contrato de compraventa, por su naturaleza, equivalen, sin duda a los actos de disposición que le están prohibidos al penado. Si un reo no puede vender un inmueble, cómo podríamos admitir que se allane a una demanda reivindicatoria, o que termine un juicio por transacción, o simplemente que se presente como actor o como demandado, en un juicio en que se discute sobre derechos patrimoniales? Incluso el juicio de divorcio, por sus implicaciones patrimoniales, considero que no podría seguir el interdicto sino con la representación o autorización del guardador.

El Código Civil no hace referencia alguna a esta interdicción "civil", como la llama el Código Penal (Art. 51). Nos encontramos, por consiguiente con enormes vacíos y graves problemas. No se sabe, dor; lo más razonable sería que el mismo juez, de oficio procediera a por ejemplo, quien deba o pueda provocar el nombramiento de guarda-

ello, o que se diera atribuciones específicas al Ministerio Público, y que el propio delincuente pudiera pedir el discernimiento de la guarda a favor de la persona a quien corresponda, y en igual forma su cónyuge y parientes más próximos. Nada dice la ley; pero como se trata de una institución protectora, aplicando la analogía, se podría proceder en la forma que queda dicha.

Tampoco se precisa quién debe desempeñar la guarda. Parece que no cabe la guarda testamentaria, salvo, tal vez, el caso de que el condenado haya estado sometido a la patria potestad o a la curaduría de su padre o madre, quienes pueden nombrar curador en el caso análogo del disipador. En cuanto a la curaduría legítima, debe ser aplicable el orden establecido en general en el Art. 409, puesto que no existen disposiciones especiales que deban prevalecer. Y respecto de la dativa, el juez libremente debe escoger la persona llamada a desempeñarla, porque no se podría aplicar analógicamente el derecho que se reconoce al menor adulto (Art. 478), de designar a su curador dativo: no se podría admitir tal cosa respecto del delincuente, ya que la indicada norma es un favor excepcional concedido al menor adulto, con una finalidad educativa y por la especial confianza que merece, lo cual no se puede trasladar al caso del penado.

Las facultades del guardador deben responder a la naturaleza de la guarda, y como nuestro derecho indica que la interdicción del penado únicamente le priva de la capacidad para disponer de sus bienes, el respectivo curador solamente tendría facultades administrativas de los bienes del penado. Ni creo que deba extenderse las facultades de este guardador, a la administración de los bienes de la sociedad conyugal (si el penado es un marido), o de los hijos; por el contrario, lo normal será que la mujer asuma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, si el marido está en interdicción por delito, y también corresponde a la madre la patria potestad sobre los hijos comunes siempre que la pena haga perder al padre la patria potestad, teniendo en cuenta que según el Art. 290 del Código Civil, se emancipa el menor cuando el padre o la madre son condenados a reclusión de cuatro o más años, pero según el Art. 283, en todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre sobre los hijos no emancipados, le reemplazará en ella la madre.

La complicada situación jurídica del interdicto por penas, no debidamente regulada por nuestro derecho, no permite, pues, la aplicación analógica de ninguno de los tipos de guardas en conjunto (curaduría del menor adulto, de un interdicto por disipación, etc., o curaduría de bienes), sino que se requiere un análisis de cada elemento, para considerar qué reglas son más próximas al caso, de todas formas, podríamos afirmar que posiblemente la situación más próxima a la del penado es la del disipador: en ambos casos hay una conducta desarreglada que pone en peligro los propios bienes y los intereses familiares, sino que exista propiamente enfermedad o privación del uso de la razón.

409.— *Interdicción por concurso de acreedores, quiebra y situaciones similares.*

Tiene lugar el concurso de creedores, en los casos de cesión de bienes y de insolvencia, sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión. Tratándose de comerciante matriculado, el concurso de acreedores se llama quiebra, y puede producirse además por otras causas específicas. Genéricamente se dice "fallido", al sujeto a concurso de acreedores o quebrado.

Según el Art. 552 del Código de Procedimiento Civil, "el fallido queda de hecho en interdicción de administrar bienes; en cuanto a los que adquiera en lo posterior, el cincuenta por ciento pasará a la masa común repartible entre los acreedores, y quedará el otro cincuenta por ciento para los gastos personales del fallido y de su familia. Esta inhabilidad no comprenderá la administración del patrimonio familiar". Hay pues, una semejanza con la situación del disipador: uno y otro no tienen la libre administración sino de una parte de los bienes, para los gastos personales y familiares; pero mientras que el disipador queda bajo curaduría, el fallido no, y tampoco requiere representante legal, porque los bienes que no puede administrar se adscriben a la masa común repartible, la que es administrada por el síndico de la quiebra o concurso. El síndico no representa propiamente al fallido, sino a los acreedores, y maneja un patrimonio que en rigor ya no es del fallido. Además, mientras que la ley fija la proporción exacta —50%— de los bienes que el fallido ha de administrar libremente para los gastos personales y familiares, en el caso del disipador el juez determina el monto de esos bienes según las circunstancias. Tratándose del disipador, la interdicción y la guarda tienen un sentido de protección primeramente del propio pupilo, y secundariamente, de sus allegados y de la sociedad en general; por el contrario la interdicción del fallido solamente tiende a proteger a terceras personas (los acreedores principalmente), y más bien las limitaciones de dicha interdicción existen un beneficio o defensa del fallido y su familia (la reserva del 50% de los bienes que adquiera en lo futuro.).

El fallido se encuentra, pues, en una situación jurídica muy especial: pierde la disposición de sus actuales bienes, pero no la capacidad jurídica general; no está bajo guarda, pero no puede administrar tampoco el 50% de lo que adquiera, que debe entregarlo al síndico para pagar sus obligaciones. La jurisprudencia ha declarado varias veces que el insolvente conserva su capacidad, y puede administrar los bienes de su mujer y de sus hijos.

Si la quiebra es fraudulenta, el fallido puede ser condenado penalmente, y como consecuencia de la pena incurrir en interdicción, pero ésta ya sería distinta, proveniente de la pena misma. En el caso de quiebra no fraudulenta el fallido estará en libertad y no incurre en interdicción penal.

El síndico asume los negocios del fallido, pero si éste estuviere en libertad, puede el síndico emplearlo para facilitar la administración y aclarar los negocios, asignándole una retribución (Art. 570 del Código de Procedimiento Civil), de donde se deduce también que el fallido conserva su capacidad jurídica. Como se le priva de sus bienes, se le asignan alimentos (Art. 576 del Código de Procedimiento Civil), y él mismo los administra, y concurre personalmente o por apoderado en el juicio (Art. 589). Por otra parte, según el Art. 635 del mismo Código adjetivo, "por la rehabilitación cesan todas las interdicciones legales a que por la quiebra estaba sometido el fallido", y éstas pueden ser las originadas por la condena penal, en su caso, o bien, las limitaciones parciales que el mismo procedimiento de quiebra produce, pero no por esto necesita el fallido de representante legal, ya que una parte de sus bienes pasan al síndico, y la otra puede administrar él mismo.

El caso del comerciante que se declara en suspensión de pagos, es menos grave que el del fallido, los efectos son menores, y respecto de la capacidad jurídica no se produce una pérdida, no hay interdicción, aunque sí nos encontramos con una cierta limitación de la capacidad de disponer, que presente analogía con la interdicción del fallido. Aunque no incurre en interdicción, el comerciante en suspensión de pagos queda con una limitación de la libre disposición de sus bienes, ya que éstos deben cubrir primeramente las deudas, y para evitar una disposición arbitraria, el juez nombra un *interventor* que debe tener una de las dos llaves de los establecimientos y bodegas, de modo que no puedan abrirlas sino conjuntamente el comerciante y el interventor (cfr. Código de Comercio, Arts. 1012, 1017).

Una vez que hemos estudiado los diversos tipos de interdiccion, pasemos a analizar las características de las guardas de los interdictos.

410.— Quienes pueden y deben pedir la interdiccion.

La interdicción puede ser pedida por aquellas personas a las que la ley autoriza, por considerar que afecta a sus intereses la situación del que será puesto en interdicción, o bien, porque las razones de solidaridad familiar obligan a cuidar de la persona y bienes del disipador, ebrio, toxicómano, demente, etc.

Otras personas, además, tienen rigurosa obligación, no sólo derecho, de pedir la interdicción, porque se considera más necesaria en ciertos casos (demente), y porque los vínculos de familia son también más estrechos en tales casos.

El Código da la norma más general y directa a propósito del disipador (Art. 484), y luego se extiende o aplica a los otros casos, con algunas variantes o adiciones.

El juicio de interdicción del disipador puede ser provocado: por el cónyuge del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos ilegítimos, y por el Ministerio Público. Si el supuesto disipador fuere

extranjero, podrá también provocar el juicio, el competente empleado diplomático o consular (Art. 485).

Demasiado amplio resulta el círculo de personas que pueden pedir esta interdicción. Si se compara con la progresiva restricción del derecho de herencia y de otras relaciones familiares, resalta la desproporción con esta numerosa serie de personas que pueden iniciar el juicio de interdicción.

Por otra parte, la facultad concedida a los hijos y otros descendientes, para que pidan la interdicción de sus padres o ascendientes, no se justifica, ya que supone anteponer los intereses pecuniarios a las consideraciones debidas a los antepasados. Si en la práctica se hiciera uso de esta facultad sería origen de graves disenciones familiares y ofensas injustificables hacia los padres o abuelos.

También hay que observar que el Código señala indiscriminadamente todas las personas a quienes concede el derecho de pedir la interdicción, sin establecer ningún orden de prelación. Sería mucho más razonable que los parientes más lejanos solamente pudieran intervenir a falta de los más próximos.

Resulta extraño que se conceda al Ministerio Público la facultad de provocar la interdicción del disipador. Pero esta atribución puede tener dos casos de aplicación práctica: cuando no hay parientes y la conducta del pródigo es tan extremada que corre peligro de caer en absoluta indigencia; y cuando razones de paz familiar impiden a los parientes pedir directamente la interdicción.

En cuanto a los diplomáticos y cónsules, pueden pedir la interdicción del disipador (Art. 485), del demente (Art. 500), del ebrio (Art. 383), el toxicómano (Art. 384), y pueden también pedir el nombramiento de curador de la herencia yacente que corresponda a herederos que sean sus connacionales. No se les ha concedido igual facultad respecto del sordomudo, tal vez, porque la evidencia de la incapacidad de éste es mayor y por eso mismo menos urgente la intervención del agente extranjero. En todo caso, también aquí cabe observar que la ley reconoce esta facultad a los agentes consulares y representantes diplomáticos, aunque existan en el país otras personas que por su íntima vinculación con los incapaces deberían ser las primeramente llamadas a preocuparse de su interdicción más justo sería que solamente a falta de cónyuge, padre, hermanos, etc., intervengan los funcionarios públicos de nación extranjera, para proteger a sus connacionales.

Se ha discutido mucho entre los comentadores franceses, como Demolombe y Laurent, si las sentencias en las que se declara que una persona no debe ser puesta en interdicción pasan o no en autoridad de cosa juzgada. Si pasaran en autoridad de cosa juzgada no podría otra persona, otro pariente, por ejemplo, volver a solicitar la interdicción de quien fue absuelto; en favor de tal opinión está la regla general de que toda sentencia, en principio, pasa en autoridad de cosa juzgada y que resultaría muy inconveniente que se pudieran iniciar sucesivamente

varios juicios para provocar la interdicción de un sujeto, aunque el juez ya haya declarado una vez que no hay motivo para ello. Pero por otra parte, debemos recordar que para que haya cosa juzgada se requiere que las partes (además de los otros elementos procesales), sean las mismas, que haya identidad personal, y no la hay si diferentes personas piden en distintos juicios la interdicción de un mismo individuo. La ley debería aclarar este punto, estableciendo que no se pueda solicitar la interdicción de una persona por una misma causa (demencia, disipación, etc.), sino pasado un tiempo prudencial, que permita suponer que han cambiado las circunstancias.

Pueden provocar la interdicción del demente las mismas personas que en el caso del disipador, pero además, se agregan: el curador del menor a quien sobreviene la demencia durante la curaduría; y si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, el procurador síndico o cualquiera persona del pueblo.

Para el ebrio y el toxicómano se siguen las mismas reglas que para el disipador.

En cambio, están *obligados* a pedir la interdicción: el curador en el caso ya dicho del pupilo que se vuelve loco si es ya adulto, o llega a la edad adulta; y los ascendientes o descendientes del presunto demente, si son llamados a sucederle abintestato, en cuyo caso deben provocar la interdicción dentro de un año; pasado éste, sin que cumplan su obligación, la misma se traslada a los llamados a la sucesión en segundo grado (Art. 1039). Se hacen indignos de suceder si no piden en el tiempo debido el nombramiento de curador (lo que supone la interdicción). Esta misma indignidad se produce respecto del sordomudo y del impúber, es decir, en general cuando el ascendiente o descendiente es absolutamente incapaz, pero no cuando el pupilo es sólo relativamente incapaz, es decir en el caso de las demás interdicciones (disipador, ebrio, toxicómano, penado).

También incurren en indignidad para suceder los consanguíneos hasta el sexto grado que pudiéndolo, no han socorrido a la persona de cuya sucesión se trata, cuando estuvo demente o desvalida (Art. 1037), pero este deber de socorro no implica necesariamente provocar la interdicción, de otro modo no tendría sentido el Art. 1039. Además, según la jurisprudencia, debe interpretarse restrictivamente lo relativo a la indignidad por falta de cumplimiento del deber de provocar la interdicción: no incurre en ella el cónyuge, porque no es ni ascendiente ni descendiente.

Igualmente los directores de las Juntas de Asistencia Social deben recurrir al juez para proteger los intereses o derechos de los asilados en los establecimientos de beneficencia pública, de modo que podrían pedir la interdicción de los alienados, toxicómanos, etc. (cfr. Art. 11 de la Ley de Asistencia Social). Más aún, puede decirse que es un deber de esas personas intervenir en estos juicios, pero un deber jurídico imperfecto, porque no existe propiamente una sanción para castigar el incumplimiento.

411.— Trámite de la interdicción.

El trámite de la interdicción del disipador, el ebrio consuetudinario y el toxicómano, es igual. Se diferencia en algo la interdicción del demente, a la que se asimila casi totalmente la del sordomudo que no puede darse a entender por escrito. En cambio, ya hemos visto que la interdicción por ciertas condenas penales se produce de pleno derecho, sin más trámite, de modo que constituye una tercera clase por el procedimiento, y a ella puede asignarse también la interdicción parcial del fallido.

Las interdicciones que requieren propiamente de trámite especial suponen una doble fase en el procedimiento: una que termina con el derecho de interdicción provisional o la declaración de que no hay lugar a la pedida interdicción; y la segunda fase que termina con sentencia de interdicción, o, asimismo, absolutoria, es decir, declarando que no se debe privar de la libre administración de sus bienes a una persona dada.

La interdicción provisional se decreta en forma sumarísima, bastando la demanda, su citación, y que el juez oiga al propio supuesto pródigo, a sus parientes, y con éstos solos datos aprecie el juez si hay fundamento para seguir adelante el juicio y recibe en breve término las indispensables pruebas para decretar la interdicción provisional, si hay lugar a ella. Desde este momento, el supuesto disipador debe recibir un curador que le represente. No se precisa si este guardador ha de ser ya un curador interino que ejerza las funciones propias del curador de un interdicto, o simplemente un curador *ad litem;* opino que para la prosecución del juicio bastaría este último, y aún convendrá más hacer sólo este nombramiento porque de otro modo podría retardarse el curso de la litis, y a continuación podría procederse al nombramiento del interino, que puede ser, desde luego, la misma persona que recibió el encargo de defender en juicio al supuesto pródigo.

Para decretar la interdicición del disipador, son requisitos indispensables: a) correr traslado con la demanda; b) oír al agente fiscal, si éste no hubiere promovido el juicio; c) oír a los parientes más inmediatos, mayores de edad y de mejor juicio, del supuesto pródigo (Art. 806). Nótese que el número de parientes que se debe oír, queda también precisado: han de ser dos, y el juez debe escogerlos entre los que inspiren mayor confianza y pueden estar mejor informados sobre la vida del pródigo ("cercanos"). Estas reglas se aplican también al ebrio (Art. 820 del Código de Procedimiento Civil) y al toxicómano (Art. 821 del Código de Procedimiento Civil).

El procedimiento establece también un término de diez días para probar los hechos en que se funda la acusación de prodigalidad. El supuesto disipador puede, por su parte, demostrar que sus gastos son juiciosos, razonables, o que sus donaciones no carecen de motivo plausible, etc., en una palabra, que la administración de sus bienes no

carece totalmente de prudencia, deshaciendo así la acusación de disipación (Art. 807 del Código de Procedimiento Civil).

Pronunciada la sentencia y ejecutoriada, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad (Art. 488 del Código Civil). Uno de los libros que debe llevar el Registrador de la Propiedad es precisamente el Registro de Interdicciones (cfr. Art. 22 de la Ley de Registro e Inscripciones). En él deben inscribirse las interdicciones y, eventualmente, su levantamiento. La inscripción se hace en el cantón en que tenga su domicilio la persona de que se trate, y además, en los cantones en que tenga inmuebles (Art. 36 de dicha Ley).

También es necesario notificar al público en general la interdicción; esto se realiza mediante publicaciones en un periódico del cantón, y si no lo hubiere, por carteles fijados en tres, a lo menos, de los parajes más frecuentados del cantón (Art. 488 del Código Civil). Como el efecto principal de la interdicción consiste en privar al individuo de la libre administración de sus bienes, por esto, simplemente se comunica al público tal hecho, sin precisar otros detalles que no tienen interés jurídico para terceros, como la causa de la interdicción.

La falta de cumplimiento de estos requisitos de publicidad, hace inoponible frente a terceros la sentencia de interdicción, como afirma Somarriva. Es decir, que el interdicto no podría alegar la nulidad de los actos realizados por él, si no se ha inscrito y publicado la notificación al público.

Los trámites para la interdicción del demente son semejantes a los descritos, pero, además, se requiere el dictamen de facultativos sobre el estado de razón del supuesto loco. La Corte Suprema del Ecuador agregó al texto del Código Chileno el que hoy es el inciso segundo del Art. 501: "Pero no podrá (el juez) decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón": disposición muy prudente y adecuada para tomar tan trascendental determinación.

El Código de Procedimiento Civil precisa que el juez debe recibir el dictamen de *dos* facultativos, que han de examinar personalmente al supuesto loco con preguntas adecuadas, y que debe también oír a los parientes cercanos y a las personas con quienes vive el demente (Art. 811 del Código de Procedimiento Civil), esto último tiene también singular interés, porque tales personas pueden aportar datos muy interesantes.

Los trámites para la rehabilitación del interdicto son en todo semejantes a los del procedimiento de interdicción: oír al interesado, a los parientes, fiscal, y facultativos si se trata de demente, y requisitos de publicidad: inscripción y publicación por la prensa o carteles.

El juicio termina automáticamente, en cualquier estado en que se halle, si el demandado muere, por el carácter estrictamente personal de la causa.

412.— Personas llamadas a la guarda de los interdictos.

La guarda del disipador, del ebrio y del toxicómano, es normalmente legítima, o en su defecto, dativa; por excepción, puede ser testamentaria: cuando el padre o madre legítimos o ilegítimos ejerzan la curaduría del hijo, pueden nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda (Art. 492).

La guarda del demente y del sordomudo que no puede darse a etender por escrito, es testamentaria, legítima o dativa, en su orden: es decir que se pasa a la siguiente solamente a falta de la anterior.

Respecto de las otras guardas de interdictos, ya hemos dicho que la ley no determina de qué clase han de ser, y parece lógico admitir solamente la legítima o la dativa, y excepcionalmente la testamentaria, de forma análoga que en el caso del disipador.

El padre o madre legítimos o ilegítimos pueden nombrar curador testamentario para el hijo disipador sólo en el caso de que estén ejerciendo la guarda del hijo disipador (Art. 492). En cambio si el hijo es demente o sordomudo, los padres pueden nombrar guardador testamentario aunque ellos no estén ejerciendo la guarda: puede ser que el hijo esté aún bajo su patria potestad, o que aún no haya sido puesto en interdicción (cfr. Art. 397). El caso de la demencia es generalmente más claro de apreciar y también en esas circunstancias requiere el enfermo de mayor protección, por esto el derecho de los padres es más amplio que en el caso del disipador. Si no se les ha confiado a los padres la guarda o si ellos no se han preocupado de poner al hijo en interdicción, resulta natural que no tengan tampoco facultad de nombrar guardador por testamento para el disipador, ebrio o toxicómano, pero el demente o el sordomudo, de todos modos deben poder beneficiarse con la designación hecha por sus padres.

El orden en que se confiere la guarda legítima se modifica en el caso del disipador, el ebrio, y el toxicómano, de una manera, y de otra diferente en el caso de sordomudo y del demente. No sufre cambio cuando se trata de fallido o de penado, quienes deben seguir el orden previsto en el Art. 409.

La curaduría legítima del disipador, el ebrio o el toxicómano se confiere: 1º al marido, si la mujer no hubiere obtenido separación conyugal judicialmente autorizada: 2º a los ascendientes legítimos o padres ilegítimos; 3º a los colaterales legítimos hasta el cuarto grado, o a los hermanos ilegítimos.

Las personas llamadas a ejercer la curaduría del disipador, ebrio o toxicómano, son, pues, sustancialmente las mismas que se indican en general para las guardas legítimas (Art. 409) pero con un cambio importante: frente a todos prevalece el marido, si la mujer no ha obtenido separación conyugal judicialmente autorizada. Además, otra importante modificación: la curaduría legítima general se confiere, después de los padres y ascendientes, a los hermanos varones del pupilo, y a los hermanos varones de los ascendientes del pupilo (tíos, o tíos

abuelos), en tanto que para la curaduría legítima del disipador, ebrio o toxicómano, se llama a los consanguíneos hasta el cuarto grado colateral, por tanto también a otros parientes más: sobrinos, sobrinos nietos y primos hermanos.

Pero más importante todavía es la diferencia entre ambas disposiciones legales (el orden de la guarda general legítima, y la guarda legítima de estos interdictos), por la mayor libertad concedida al juez para escoger entre los llamados a desempeñar la guarda del disipador (y del ebrio o toxicómano). En el caso de las guardas en general, hay como tres grados u órdenes de llamamiento al ejercicio de la guarda: 1º los padres; 2º los ascendientes; y 3º los demás parientes (dentro de los límites ya dichos. En cambio, en el caso de los interdictos de que estamos tratando, después del marido, llamado en primer grado, no hay sino un segundo grado de llamamiento que comprende a los padres legítimos o ilegítimos, los ascendientes legítimos y los colterales hasta el cuarto grado de consanguinidad legítima o hermanos ilegítimos, y entre todos estos llamados en segundo lugar, el juez escoge libremente: puede preferir un abuelo, un hermano, o aún un primo, aunque haya padre o madre del disipador, que podrían ejercer la guarda.

A mi modo de ver, hay diferencias sustanciales entre uno y otro caso, que justifican plenamente la variación de órdenes adoptada por el Código para uno y otro caso. Además, hay que observar que actualmente, puede ser que se prefiera a la madre para la tutela o curaduría de los hijos impúberes o menores adultos, por ejemplo, en el caso de divorcio o de separación convugal, de modo que en realidad debe decirse más bien que en primer lugar son llamados el padre y la madre.

El caso de la guarda legítima de los menores no presenta ninguna anormalidad: se trata de situaciones corrientes, en las cuales no hay razón para desconfiar de los vínculos naturales de afecto que existen en la familia. En cambio, cuando se ha tenido que recurrir a la interdicción de un individuo por disipación, ebriedad o toxicomanía, nos encontramos ante una situación totalmente anómala, que requiere un estudio singular, particularmente de cada caso, y no cabrían normas demasiado rígidas. Acierta, pues, el Código al distinguir estas circunstancias de las normales y dejar mayor libertad al juez para escoger la persona adecuada para ejercer estas curadurías.

El primer llamado a ejercer la curaduría del disipador, como queda dicho, es el marido, lo cual también es muy lógico, y lo cual no sería más acertado que el Art. 489 añadiera que el marido no puede por el matrimonio se emancipan. En cambio, no puede ejercer la mujer la curaduría del marido disipador, ebrio o toxicómano, y esta disposición también es muy acertada: el marido disipador, ebrio o toxicómano podría ejercer una autoridad, una presión, sobre su mujer si fuera su guardadora, de modo que se eliminaría la finalidad protectora de la guarda.

El marido no puede ejercer esta guarda si la mujer ha obtenido

separación coyugal judicialmente autorizada. Esta regla proviene de la reforma de 1958, anteriormente, el marido no podía ejercer la curaduría de la mujer disipadora, ebria o toxicómana, que hubiera hecho separación total de bienes; al suprimirse esta institución se cambió la expresión que la designa por la de "separación conyugal judicialmente autorizada"; pero el cambio nominal no es adecuado, porque la una institución no reemplaza a la otra: la antigua separación total de bienes o en la exclusión de bienes, pero no en la separación conyugal; la separación conyugal judicialmente autorizada, reemplaza en cambio, a la antigua institución llamada "divorcio", o divorcio imperfecto, o semipleno que se suprimió en 1935 y se restableció con este nuevo nombre y algunas modificaciones estructurales, en 1958. Por consiguiente, sería más acertada que el Art. 489 añadiera que el marido no puede ejercer la curaduría de la mujer que haya hecho exclusión total de bienes o separación parcial de bienes. Cabría también otra solución: que el marido en estos casos ejerza la curaduría de la mujer disipadora, ebria o toxicómana, pero que con un curador adjunto para la administración de los bienes separados o excluídos. Desde luego, el marido tampoco debe ejercer la curaduría si hay separación conyugal judicialmente autorizada. El Art. 489 es lógico, pero incompleto.

Los padres ilegítimos son también llamados, después del marido, al ejercicio de esta guarda, pero el Art. 479 prohibe con razón que la desempeñen los padres ilegítimos casados. Tampoco se les permite tener como pupilo al hijo demente (Art. 503). Todo esto se justifica porque debiendo cuidar de la persona del interdicto, y requiriendo éste tan especiales cuidados por su condición anómala, el casado no podría cumplir este deber primordial sin graves incomodidades para su propio hogar legítimo.

Nos parece un tanto excesiva la ley al llamar a la guarda legítima de estos interdictos, a los consanguíneos legítimos hasta en cuarto grado colateral: esto obligaría a desempeñar la guarda aún al primo hermano, al sobrino nieto o al tío abuelo. Tal vez sería prudente que dicha obligación se extendiera sólo hasta el tercer grado de consanguinidad legítima colateral.

En cuanto a la curaduría legal del demente y del sordomudo se confiere: 1º al cónyuge; 2º a los descendientes legítimos; 3º a los ascendientes legítimos; 4º a los padres o hijos ilegítimos; 5º a los colaterales legítimos hasta el cuarto grado, o a los hermanos ilegítimos (Arts. 503 y 511).

Las facultades del juez para escoger el guardador en estos casos, son menores que las concedidas para elegir el llamado a la curaduría legal del disipador. Respecto del demente o del sordomudo, el juez elige sólo entre los llamados en cada numeral del Art. 503; así por ejemplo, puede escoger entre los varios ascendientes legítimos, prefiriendo a un abuelo, antes que al padre, o bien, puede escoger entre el padre ilegítimo o el hijo ilegítimo del demente o sordomudo; pero no puede el juez preferir a los llamados en un numeral poste-

rior, como verbigracia, no podría llamar al hermano ilegítimo antes que al padre ilegítimo.

El cónyuge es el primer llamado a ejercer esta guarda, tanto el varón como la mujer; no existe aquí la incapacidad de la mujer que acabamos de estudiar, en el caso del marido disipador, ebrio o toxicómano; es lógica la diferencia, porque el demente o el sordomudo son enfermos que requieren primeramente los cuidados del cónyuge, y no hay ninguna humillación y destrucción del principio de autoridad, en que se cumpla este deber tan natural como sagrado de cuidar el marido enfermo.

El llamamiento al cónyuge tiene una excepción muy razonable también: no ejerce esta guarda el cónyuge si hay separación conyugal judicialmente autorizada. Y en este punto no añadimos que debería agregarse el caso de la mujer excluída de bienes o con separación parcial de bienes, como considero que debe agregarse en el caso de la disipadora, porque la demente debe ser cuidada por su marido, aunque existan esas circunstancias puramente económicas, y el Código ha resuelto en este caso, con todo acierto, que el marido tendrá entonces un curador adjunto para la administración de los bienes separados por la mujer (Art. 503 y Art. 192), y creo que por analogía debe obrarse en igual forma en el caso de que la mujer tenga exclusión de bienes.

Otra diferencia profunda entre el orden de la curaduría legítima de demente o sordomudo y las anteriormente estudiadas, consiste en la preferencia que da la ley en general a los padres y ascendientes, frente a los hijos y descendientes, pero este orden se invierte en el caso de los interdictos por las mencionadas enfermedades. Esta alteración se justifica porque el principio de autoridad no se socaba con este tipo de guardas, y la piedad filial o de los descendientes hacia los padres o ascendientes debe ejercerse por encima de todo; además, los particulares cuidados que requieren estos enfermos, harán generalmente más aptos para la guarda a las personas jóvenes que a las muy ancianas, y si un demente o sordomudo tiene hijos ya mayores de edad, probablemente los padres del enfermo serán ya viejos; resulta, pues, muy sagaz la disposición legal.

Si una de las personas llamadas a ejercer la curaduría del demente o sordomudo, estuvo ya desempeñando la tutela o curaduría del individuo (antes de que se le ponga en interdicción), esa persona debe ser preferida para el ejercicio de la nueva guarda, según lo dispone el Art. 816 del Código de Procedimiento Civil. Entendemos de todas maneras que se debe interpretar este artículo con cierta flexibilidad. Para la guarda interina, mientras dura el procedimiento de interdicción por demencia, se debería preferir de todos modos al que estuvo cuidando ya del pupilo porque era menor de edad. Pero para la guarda definitiva, del puesto en interdicción por estas enfermedades, la preferencia a favor del que ya desempeñó la tutela o curaduría general del pupilo, sólo puede ser relativa, es decir, que el juez debe preferirle entre los llamados en igual grado a ejercer esta curaduría, pe-

ro no se le podría anteponer a los de mejor derecho, según el Art. 503. Tampoco, cabría alterar la preferencia de la guarda testamentaria sobre la legítima: así por ejemplo, si el tutor o curador fue dativo, y cuando se pone en interdicción al pupilo se ha abierto un testamento en el que se designa curador tesamentario del demente a otra persona, ésta tiene derecho preferente sobre el anterior guardador.

Hay que observar que los hijos o descendientes llamados a ejercer la guarda del demente o del sordomudo, solamente son los varones, ya que la mujer en general no es capaz, y no se enumera a la hija o nieta entre las personas que a pesar de ser mujeres pueden desempeñar una curaduría (Art. 540). Esta limitación a sólo los varones, no es justa, conveniente, ni se compadece con la confianza que en general deposita el derecho contemporáneo en la mujer. La experiencia demuestra que para el cuidado material de un enfermo, la mujer tiene especiales disposiciones, y en el caso de un padre demente, nada más natural que sea su propia hija quien, ejerciendo la guarda, cuide de él. En cuanto a los negocios o intereses económicos, muchas veces la mujer puede desempeñarse con absoluta competencia, y cuando no sea suficientemente hábil o experimentada en estos asuntos, podría tener la ayuda de un curador adjunto. En todo caso, esta limitación debe considerarse reformada en virtud de la Constitución Política de 1967 que reconoce iguales derechos al varón y a la mujer.

El Art. 503 pone en último lugar, entre los llamados a ejercer esta guarda, a "los colaterales legítimos, hasta el cuarto grado, o a sus hermanos ilegítimos". Aunque la ley no distingue, parece evidente que estos colaterales solamente se debe entender que sean por consanguinidad y no por afinidad. Sería del todo inusitado e injustificable tomar en cuenta a los afines colaterales hasta tan remoto grado de parentesco.

A falta de personas que puedan desempeñar la guarda legítima se procede a nombrar curador dativo. Nada impediría para que recaiga este nombramiento en los directores de los establecimiento de beneficencia destinados al cuidado de estos entermos.

413.— Facultades especiales de los curadores de interdictos.

El curador del marido interdicto por disipación, ebriedad o toxicomanía, administra la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista, y la tutela o curaduría de los hijos menores del disipador (Art. 490).

Es sabido que la mujer no puede ser curadora del marido disipador, ebrio o toxicómano, pero si ella es mayor de edad puede optar por dos soluciones: o bien consentir que el curador del marido administre los bienes de la sociedad conyugal y los suyos propios, o bien, tomar ella misma la administración de sus bienes, incluyendo su parte en la sociedad conyugal.

La segunda solución será muchas veces la más conveniente para la mujer, y nuestro derecho la permitía antes, a través de la separación de bienes. También podía, —y puede hoy igualmente— hacer la mu-

jer exclusión de bienes, para administrar ella misma, si es mayor de edad, sus propios bienes. Finalmente, hecha la exclusión de bienes, la mujer puede pedir la disolución de la sociedad conyugal, recibiendo sus aportes y gananciales y readquiriendo la capacidad jurídica que tendría si fuera soltera. En cualquiera de estas soluciones, no se altera en nada el matrimonio mismo, que permanece con todos sus deberes y obligaciones para ambos cónyuges, excepto los relativos a la administración de los bienes.

Desde la reforma de 1958, sin embargo, se han cambiado estas razonables disposiciones, y ahora, para conseguir el mismo objetivo de que la mujer puede escoger no quedar bajo la guarda del curador del marido, en cuanto a la administración de los bienes sociales, dispone el Art. 491 que ella puede pedir la separación conyugal judicialmente autorizada. Esta solución es totalmente injustificada. No era necesaria: como queda dicho, bastaba que la mujer en tales casos pudiera separar sus bienes, o hacer exclusión (cosa que siempre puede hacer), o bien llegar hasta la liquidación de la sociedad conyugal. Pero no tiene ningún sentido que pueda pedir la separación conyugal, que afecta al conjunto de relaciones matrimoniales, no sólo de tipo económico, sino principalmente personales.

La separación conyugal judicialmente autorizada se estableció como sustitución del antiguo "divorcio imperfecto", y con el fin de dar una alternativa, una solución menos radical, para que puedan escoger los cónyuges avocados a situaciones difíciles, y no recurran así al divorcio. Por esto, las mismas causas que pueden dar lugar al divorcio sirven también para pedir la separación conyugal (Arts. 1282, 186). Y por esto mismo, es absurdo que a dichas causas se hayan sumado las que antes de 1958 justificaban la separación de bienes. La función propia de la separación total de bienes está ahora suplida por la separación parcial de bienes y por la exclusión total o parcial de bienes, y de ningún modo es razonable que se autorice el divorcio imperfecto (hoy llamado separación conyugal judicialmente autorizada) por motivos exclusivamente económicos que tienen apropiado remedio jurídico sin destruir o poner en serio peligro el hogar.

El curador del marido administra también la tutela o curaduría de los hijos menores del disipador. Nótese que no dice el Código que sea "tutor o curador" sino que administra dichas guardas: efectivamente su posición es peculiar.

El Código se refiere a que los "hijos menores del disipador" quedan bajo la guarda del curador del disipador, pero esto se produce únicamente si dichos hijos estaban bajo la tutela o curaduría del disipador, porque si estaban bajo su patria potestad, ésta se suspende por la interdicción (Art. 281), y entonces, pasan a la patria potestad de su madre (Art. 283). Pero si no tuvieren madre o no pudiere ésta ejercer la patria potestad, habría que pensar que entonces también el curador del disipador, ebrio o toxicómano, debe administrar la guarda de los hijos de su pupilo. Pero es que en este caso, sería sólo una administración

interina, y los menores tendrían derecho a que se les dé un tutor o curador propios, aunque la designación recaiga sobre el mismo individuo que cuida de su padre.

Esta administración de los bienes de los hijos menores del pupilo corresponde al curador del disipador salvo que habiéndose emancipado anteriormente, ya tengan los hijos su propio curador general. Sostengo esto en virtud de lo que dispone el Art. 392: "en general no se puede dar tutor o curador general al que ya lo tiene".

Aunque el Código se refiere expresamente al marido, debemos entender que si es la madre quien se pone en interdicción por estas causas, los efectos son análogos. Por tanto, si la madre ejercía la patria potestad, ésta debe devolverse al padre (si es capaz), o bien debe nombrarse tutor o curador para los hijos de la interdicta, administrando interinamente la guarda el mismo curador de la madre, y pudiendo discernírsele a él mismo dichas tutelas o curaduría. Si, en cambio, la madre ejercía la tutela o curaduría de los hijos, el curador de la madre es llamado a administrar dicha tutela o curaduría. Y pienso que también en este caso, la ley debería ser explícita en el sentido de que debe procederse a especial nombramiento de curador para los hijos.

El cuidado o administración de la tutela o curaduría de los hijos del pupilo, que corresponde al curador del interdicto, constituye una situación jurídica especialísima, y no están suficientemente especificadas las atribuciones, deberes y responsabilidades de esta guarda. Creo que, de todas maneras, por analogía cabe aplicar las disposiciones legales propias de la tutela y de la curaduría, según el caso.

Lo lógico sería que la ley establezca de modo preciso que, dentro de cierto plazo, por ejemplo de seis meses, el juez deba nombrar curador o tutor definitivo para los hijos menores del interdicto, prefiriendo, siempre que sea posible y conveniente para los menores, discernir su guarda al mismo que ejerce la curaduría del padre.

Si la interdicción es por demencia o por sordomudez, las reglas varían un tanto. El curador del loco o sordomudo puede ser la misma mujer. Entonces se suspende la patria potestad sobre los hijos y pasa a la mujer (Art. 283) y toca a la mujer la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Pero la mujer puede no aceptar la guarda del marido demente, o bien, puede ser incapaz de ejercerla, y entonces tocará a otra persona el ejercicio de la curaduría del loco o sordomudo. Esta otra persona debe también administrar extraordinariamente la sociedad conyugal. En cambio, la ley no asigna a esta persona la administración de la tutela o curaduría de los hijos del demente (como pasa con el disipador). Los hijos del demente deben quedar, pues, bajo la patria potestad de la madre, aunque ésta se excuse de ejercer la curaduría del marido demente; y si la madre no es capaz o no existe, debe darse a los hijos un guardador.

La mujer del demente puesto en interdicción, puede, como la cónyuge del disipador, pedir la separación conyugal judicialmente autorizada. Esto, desde la reforma de 1958, cuya crítica ya se ha formulado. En realidad, la mujer puede escoger entre tres distintas situaciones cuando el marido es puesto en interdicción por demencia o sordomudez (en el caso del disipador, solamente tiene dos alternativas). La mujer puede asumir ella la guarda, con la consiguiente administración extraordinaria de la sociedad conyugal y tener también la patria potestad de los hijos comunes; puede, en segundo lugar, renunciar a la guarda del marido, quedarse con la patria potestad de los hijos, pero dejar la administración de la sociedad conyugal en manos del guardador del marido; finalmente, la ley le autoriza para la medida más descabellada: pedir la separación conyugal judicialmente autorizada. Y aún puede hablarse de una cuarta solución, que en realidad, no es consecuencia directa de la interdicción del marido demente o sordomudo, pero que puede aplicarse también en este caso: la mujer puede hacer exclusión de bienes y pedir la liquidación de la sociedad conyugal, con lo que ésta termina, y ya no habrá por consiguiente administrador de la sociedad, sino que ella tomará la administración de sus bienes y el curador del marido administrará los de éste.

El Art. 1814 considera genéricamente el caso de la mujer que "hubiere sido nombrada curadora del marido" por interdicción o larga ausencia de éste. Pero no siempre puede la mujer ejercer la guarda del marido: sabemos que no puede ser curadora del marido disipador; parece dudoso que pueda ejercer la guarda del marido penado, aunque la ley debería permitirlo. Pero en todos los casos en que sea posible que la mujer ejerza la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, son las normas propias de dicha administración las que deben prevalecer por su carácter especial, y no las relativas a la administración de las guardas. Así, por ejemplo, la mujer no estaría obligada a vender en subasta pública los bienes raíces que administre en tal calidad, mientras que el curador sí tiene que cumplir tal requisito.

Si, por el contrario, la mujer es puesta en interdicción, toca al marido la guarda, y se modifica un tanto la administración de la sociedad conyugal, porque el marido ya no tiene que contar con el consentimiento de la mujer para ciertos actos, sino que debe recurrir al juez. Y si la mujer tenía la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ésta deberá volver al marido, siempre que él mismo sea capaz de ejercerla, o de otro modo, pasará al respectivo curador. La ley no ha previsto que en este caso el marido pueda pedir la liquidación de la sociedad conyugal, que sería lo equitativo.

En todo lo demás relativo a la administración de los bienes, los poderes o facultades de los curadores de los interdictos, se regulan por las normas generales de la administración de las guardas. Quizá sería, sin embargo, conveniente que el juez con mayor libertad pudiera ampliar o restringir las facultades ordinarias del guardador, en estos casos, dadas las singulares circunstancias que los rodean.

414.— Cuidado personal del pupilo.

El interdicto por disipación, ebriedad o toxicomanía conservan su libertad personal, pero los dos últimos están especialmente sometidos a las medidas de la Policía Sanitaria, y en los casos extremos pueden ser recluídos en sanatorios o establecimientos especiales; además, el guardador debe reducirlos a una casa de temperancia, siempre que fuere necesario y posible (Arts. 494, 383, 384).

El guardador de estos interdictos no tiene, pues, un cuidado directo de la persona de su pupilo, sino más bien indirecto: proveyendo a su tratamiento o curación en establecimientos especiales. También interviene indirectamente el curador en cuanto debe entregar al pupilo, disipador, etc., una cantidad proporcionada para sus gastos personales, cantidad que debe señalar el juez, pero que el curador debe controlar que sea adecuada y que no resulte en daño del pupilo, fomentando sus vicios. Además, en los casos extremos, puede ser autorizado el curador para proveer el mismo directamente a la subsistencia del pupilo "procurándole los objetos necesarios" (Art. 494).

Respecto de los dementes y sordomudos el cuidado personal adquiere mucha mayor importancia, porque estas personas no pueden muchas veces valerse por sí mismas ni para lo más elemental. También corren estos incapaces mayor peligro, incluso respecto de su vida: si sufrieran un atentado criminal, no podrían denunciarlo, o si lo hicieran, nadie les daría crédito.

Por lo dicho, la ley confía, como es natural, a los padres el cuidado del menor demente o sordomudo (Art. 498 y 511). Desde luego que este cuidado personal del hijo a que tienen derecho y obligación los padres, no obsta para que pueda ser internado en un establecimiento especial, si es preciso; así lo reconoce expresamente el Art. 50 del Código de Menores.

El cuidado personal del demente o sordomudo mayor de edad, corresponde a su curador. Pueden nombrarse dos o más curadores, y en tal caso, convendrá confiar el cuidado personal a uno y a otro el manejo de los bienes. (Art. 505).

Pero, por las razones de seguridad, antes apuntadas, dispone el Código que "el cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendará a persona alguna que sea llamada a heredarle, a no ser su padre o madre, o su cónyuge" (Art. 505); lo cual se aplica también al sordomudo (Art. 511). Tal vez exagera la ley al no confiar plenamente sino en estas pocas personas: podría ampliarse algo más la excepción comprendiendo también a los hijos, por lo menos.

Las personas que cuidan del demente deben evitar que salga solo a lugares públicos, que se exponga a peligros graves, o ponga en peligro a otras personas o bienes ajenos. El Código Penal, considera y sanciona como contravención de primera clase el que los encargados de la guarda de un loco o demente le dejen vagar por sitios públicos sin la debida vigilancia (Art. 578 Nº 12). Y el Art. 608 del mismo Código Penal

permite la inmediata aprehensión de un enajenado que se hallare en lugar público, y su reducción a un manicomio si los padres o guardadores no garantizaren su conservación en otro lugar seguro. Si la locura es furiosa, se procede de inmediato, aún sin contar con los padres o guardadores, a quienes se les notifica el hecho.

Otra disposición relativa a la persona misma de los dementes, se encuentra en el Art. 423 del Código Penal, que confiere al representante legal —por tanto, también al guardador—, el inaudito poder de autorizar que se practique el aborto de la mujer idiota o demente que estuviere embarazada por efecto de una violación o estupro. Estas facultades no puede tenerlas nadie sobre la tierra, y no se pueden conferir al guardador, bajo ningún punto de vista: no cabe constituirle en árbitro de la vida o la muerte de una criatura inocente.

La ley debería disponer expresamente que el guardador no puede sacar al demente o sordomudo del país, sin autorización judicial, pero no encontramos ninguna disposición al respecto.

415.— Empleo de los bienes del pupilo.

En el caso del disipador, no se altera con la interdicción y curaduría, de modo fundamental el destino normal de los bienes del pupilo. Se trata únicamente de sustraerlos al derroche, y deben emplearse en las necesidades normales del pupilo y de su familia. Por esto, el Art. 494, establece que se puede señalar una cantidad que maneje el mismo disipador, y de la cual se le priva sólo en casos extremos. Lo que no se gaste en las necesidades corrientes de la vida, deberá hacerse rendir, invertirse en inmuebles o en negocios productivos, según manda para las guardas en general el Art. 448.

El dinero y más bienes de los ebrios consuetudinarios y toxicómanos, debe administrarse como en el caso del disipador, porque a este tipo de guarda se remiten expresamente los Arts. 383 y 384. Pero en este punto no parece acertada nuestra ley, y debe sin duda reformarse, ya que los bienes del ebrio consuetudinario y del toxicómano deberían destinarse fundamentalmente a la curación de estos interdictos, tal como se dispone para el caso del demente.

En general, como es lógico, nuestra ley dispone que se emplee los bienes en remediar el mal que ha producido la interdicción o la curaduría: para sanar la salud del loco, o aliviar su situación (Art. 502), curar al sordomudo o enseñarle a leer y escribir (Art. 512), y aún, para averiguar el paradero del ausente, en el caso de la curaduría de bienes del ausente (Art. 521), pero nada se ha dispuesto respecto de las guardas del ebrio, el toxicómano y el condenado a reclusión.

Naturalmente, si el pupilo tiene familia que depende o deba depender económicamente de él: cónyuge, hijos, padres, etc., aparte de invertir lo necesario en la curación, cuidado y alivio del interdicto, se debe destinar lo que sea proporcionado, a cubrir esas otras obligaciones familiares.

416.— Valor de los actos del interdicto.

La incapacidad del disipador es relativa. Además, dicha incapacidad en cierto modo es parcial, no se extiende absolutamente a los actos o contratos sobre todos los bienes, ya que el disipador conserva "la libre disposición de una cantidad de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez" (Art. 494). Estos bienes forman una especie de peculio, que administra libremente el disipador, y tiene, por consiguiente, capacidad para los actos y contratos relativos a él. Sólo en los casos extremos, se le priva al disipador de toda posibilidad de disponer de bienes, debiendo entonces proveer el curador directamente para la subsistencia del pupilo, proporcionándole los objetos necesarios; pero aún en este caso, la incapacidad sigue siendo solamente relativa, y por lo tanto, no podría alegarse por la otra parte contratante, sino por el mismo disipador, su representante legal, o los sucesores del pupilo.

Ya hemos expuesto el caso del quebrado o fallido, en general. Su incapacidad es también relativa, y se aproxima al caso del disipador; conserva también él, la libre disposición de una parte de sus bienes: el 50% de los que adquiera después de la quiebra o concurso de acreedores. Sin embargo, hay que notar que, respecto de los bienes que tenía al momento de caer en la interdicción, no puede absolutamente disponer de ellos, porque la ley se lo prohibe terminantemente y pasan esos bienes a la administración y custodia del síndico; si el fallido hiciera algún acto de disposición sobre aquellos bienes, opino que tal acto adolecería de nulidad absoluta, ya que no deriva de la condición o estado del fallido, sino de la prohibición expresa de la ley, que sustrae esos bienes de la libre disposición y los constituye en un patrimonio especial con el preciso destino de cubrir los créditos del fallido.

El ebrio y el toxicómano se asimilan al disipador para los efectos de la interdicción; son también relativamente incapaces, y sus actos adolecerían de incapacidad relativa. Pero si una de estas personas interdictas actuara en estado de intoxicación, que le prive del uso de la razón, el acto sería obsolutamente nulo por falta de consentimiento.

Naturalmente, para que se produzcan efectos de la interdicción frente a terceras personas, se requiere que el trámite esté terminado y se hayan verificado las publicaciones e inscripción de la interdicción. El que contrata con un interdicto después de que se ha publicado e inscrito la sentencia que le priva de la libre administración de sus bienes, no puede alegar ignorancia ya que estos medios de publicidad obran el efecto de que se presuma necesariamente el conocimiento, o por lo menos, al proporcionar el medio apto para saber cuál es la capacidad de una persona, hacen no dispensable el error de la otra parte. Por el contrario, antes de que se cumplan esos requisitos, la interdicción no surte efectos jurídicos y los contratos celebrados con un individuo en esa situación son válidos: así lo declara la Corte Suprema en más de una sentencia.

La incapacidad del disipador, no le impide realizar válidamente actos jurídicos de carácter no patrimonial, principalmente, los relativos a la vida de familia: contraer matrimonio, reconocer hijos ilegítimos o aceptar o repudiar su propio reconocimiento como hijo ilegítimo, etc., ya que todos estos actos no implican administración de bienes. El Tribunal de Menores puede suspender el ejercicio de la patria potestad a quien adolezca de alcoholismo crónico, aunque no haya sido puesto en interdicción, y con mayor razón si está en esta situación jurídica; en tales casos, el efecto incapacitador proviene más bien directamente del vicio o defecto moral, psíquico o morboso, y no propiamente de la interdicción legal; se puede decir que la misma causa natural produce dos efectos jurídicos distintos aunque concomitantes.

El disipador, el ebrio consuetudinario, el toxicómano, llegan a ser incapaces, se constituyen incapaces, en virtud de la interdicción; en cambio el loco o demente o los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito son incapaces, aún antes de la interdicción (Art. 1500). Además, en el caso de estos dos últimos géneros de interdictos, la incapacidad es absoluta, a diferencia de la de los demás, que solamente es relativa.

Los actos realizados por el loco o el sordomudo que no puede darse a entenderse por escrito, antes de la interdicción son nulos, y los hechos después de la interdicción son nulos también y con mayor razón La diferencia estriba principalmente en que, perfeccionada la interdicción, no es preciso ya probar el estado de demencia o sordomudez, o que estos sujetos no prestaron el debido consentimiento: el acto o contrato por ellos ejecutado es nulo, sin necesidad de ninguna otra prueba. En cambio, antes de la interdicción el loco y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito son incapaces, pero como su estado no siempre es evidente, cabe la duda sobre su capacidad, y una vez ejecutado un acto o contrato, para anularlo será preciso demostrar que quien lo ejecutó no era capaz, que estaba loco o que carecía en ese momento del uso de la razón.

Además, el demente puesto en interdicción no puede ejecutar actos válidos ni siquiera durante los intervalos lúcidos que eventualmente tenga, y aunque se pruebe perfectamente que estuvo en pleno uso de su razón durante tal período. Por el contrario, el donante no interdicto puede realizar actos válidos en esos lapsos de lucidez, y más bien quien pretenda la nulidad es quien debe demostrar que no estaba en uso de sus facultades el presunto loco.

Ahora bien, ni siquiera en los intervalos lúcidos y fuera de interdicción pueden los dementes realizar actos de singular trascendencia porque la ley los prohibe expresamente, así, no puede dar el asentimiento para el matrimonio de un hijo menor de edad (Art. 92), tampoco puede divorciarse (Art. 146), o ejercer una guarda (Art. 538). En virtud de estas prohibiciones, los actos realizados contra ellas, son absolutamente nulos, aunque se hayan verificado de hecho con pleno uso de la razón ;así el Art. 552 declara nulos los actos de tutor o cura-

dor que se hubiere vuelto loco, aunque no haya sido puesto en interdicción.

El sordomudo puede ser testigo en juicio: entonces el juez debe designar dos personas que le entiendan y manifiesten lo que quiere expresar el sordomudo (cfr. Art. 111 del Código de Procedimiento Penal Militar y Art. 192 del Código de Procedimiento Penal Policía Civil Nacional). Pero si es posible debe declarar por escrito (id).

Si no están en interdicción estas personas, no se presume su falta de razón y de capacidad jurídica, pero una vez demostrada la locura, etc., entonces tampoco se puede presumir el intervalo lúcido y la correspondiente capacidad, sino que tienen que probarse, pues se considera que en general la locura será permanente, lo mismo que la sordomudez. Existe abundante jurisprudencia que confirma esta doctrina.

417.— Responsabilidad del guardador.

Aparte de las responsabilidades generales de todo guardador, que se estudiaran en el capítulo de la administración de las tutelas y curadurías, el guardador de los interdictos tiene algunas especiales.

Toca al guardador cuidar que se publique la noticia de que su pupilo ha sido privado de la libre administración de sus bienes, si es que antes del discernimiento no se ha cumplido ya con este requisito. Si el curador no cumpliera con esta formalidad, no podría alegar la nulidad de los actos que realice su pupilo. Opina en forma diversa Don Luis Felipe Borja, pues cree que los actos son nulos de todas formas y que solamente el guardador tendrá que indemnizar; pero parece que debemos seguir la doctrina de que no puede oponerse a un tercero la nulidad que no pudo conocer por no haberse cumplido todos los requisitos que la ley exige (requisitos de publicidad) para que la interdicción surta sus efectos. Considero más bien, que el guardador tendrá sí que indemnizar, pero al propio pupilo, cuando, por no haber cuidado de inscribir o publicar la interdicción, el pupilo ha hecho actos *válidos* que le resultan perjudiciales, y que si el curador hubiera cumplido su deber (si hubiere hecho publicar e inscribir), serían actos anulables.

Otra especial responsabilidad incumbe al curador de los interdictos, y es la de emplear los bienes del pupilo principalmente en su curación o alivio; pero esto deberá hacerse con la debida proporción y sin desatender a otras obligaciones como las familiares del pupilo. Por esto, el curador debe recurrir, siempre que sea preciso al juez para que fije las cantidades de que ha de disponer con tales fines. Igualmente corresponde al juez determinar las cantidades que el guardador debe dar al pupilo disipador (también al ebrio y al toxicómano), para sus gastos particulares (Art. 494).

El disipador puede solicitar la intervención del Ministerio Público, cuando los actos del guardador le fueren vejatorios o perjuicia-

les, "y el curador se conformará entonces a lo acordado por el Ministerio Público (Art. 493). Es curioso que el pupilo menor adulto tiene igual facultad de recurrir al Ministerio Público, pero entonces la ley ordena que éste "hallando fundado el reclamo ocurrirá al juez": parece que no puede decidir el Ministerio Público, como sí puede hacerlo si el pupilo es un disipador. No hay razón para esta notable diferencia de facultades, y sobre todo, para que en el caso del disipador sean más amplias las facultades del Ministerio Público, que en el caso de que el pupilo sea un menor de edad. Tal vez se puede dar esta explicación a la aparente incongruencia de la ley: El Ministerio Público se dirigirá al juez en los casos más graves, cuando solicita la remoción del guardador (Art. 482 y 584), en cambio, la facultad concedida en el Art. 493 al Ministerio Público cuando el pupilo es un disipador, se refiere sólo a otras medidas menos trascendentales que la remoción y relativas más bien al tratamiento que se deba dar al pupilo: esto logrará muchas veces el fiscal simplemente llamando la atención o dando normas precisas al curador del interdicto.

418.— Rehabilitación del interdicto.

Debe cesar la curaduría cuando el interdicto se ha hecho capaz porque ha desaparecido la causa que le hacía inhábil. Pero como la incapacidad ha sido constituída o cuando menos declarada mediante la interdicción, se requiere asimismo un acto formal, judicial, que se llama rehabilitación, para que el pupilo recobre o adquiera por primera vez su capacidad.

Más difícil será juzgar si debe rehabilitarse al disipador, que a los otros interdictos. El ebrio consuetudinario puede dar claras muestras de haberse corregido o curado si pasa bastante tiempo sin intoxicarse; lo propio puede decirse del toxicómano adicto a los estupefacientes; el demente demostrará también su cordura por su conducta durante un tiempo más o menos largo y por los informes de los médicos, principalmente psiquiatras; el sordomudo puede demostrar en la forma más clara de todos, su capacidad de hablar o de oír, además, ya no debe permanecer en interdicción si aprende a leer y escribir y da muestras de que con este medio es capaz de comunicarse debidamente y se da cuenta de las cosas. Pero el disipador más que un enfermo ordinariamente será un vicioso y por lo mismo el juicio respecto de su conducta resulta extremadamente difícil y delicado; deberá obrar el juez con suma prudencia. En cuanto a la rehabilitación de los quebrados y de los delincuentes, existen normas precisas en el Derecho Comercial, Procesal y Penal respectivos. Respecto de los penados no se dice expresamente, pero resulta de todo el contexto legal, que al terminar de cumplir su pena readquieren la capacidad y termina su interdicción.

No indica nuestra ley de modo explícito qué personas pueden solicitar la rehabilitación de un interdicto, pero parece evidente que el

propio pupilo puede dirigirse al juez solicitándolo, ya que nadie más directamente interesado en la rehabilitación que el mismo; aparte de que en muchos casos, la preocupación de pedir el restablecimiento de su capacidad jurídica será una primera prueba de aptitud mental. Podría oponerse a este razonamiento que, mientras es incapaz una persona no puede hacer por sí mismo actos válidos, pero contestaríamos que también al menor de edad, que es incapaz, se le autoriza para dirigirse al juez pidiendo que le dé representante legal, o que le autorice para ciertos actos mientras es precisamente incapaz.

En segundo témino, el Fiscal puede pedir la rehabilitación, por propia iniciativa, o a petición del interdicto, del guardador, de algún pariente de éste o de otro interesado; esto se deriva de las funciones mismas del Fiscal.

Obligación del curador del interdicto es, sin duda la de pedir él la rehabilitación si considera que el pupilo ya ha evolucionado suficientemente como para hacerse cargo de sus propios asuntos.

En general, todas las personas que puedan pedir la interdicción, deben tener la facultad de pedir también que aquella termine y sea rehabilitado el incapaz, ya que hay analogía entre ambas facultades.

Rehabilitada una persona, puede ser nuevamente puesta en interdicción si reaparecen las causas anteriores u otras nuevas para someterle a tal estado (Arts. 495, 509, 513 del Código Civil y 635 del Código de Procedimiento Civil).

En términos generales, el trámite para la rehabilitación es semejante al de la interdicción (Art. 496 del Código Civil y 810 del Código de Procedimiento Civil). En ambos casos se requieren las mismas cautelas: tan perjudicial sería declarar a una persona en interdicción sin verdadera causa, como levantarle la interdicción cuando realmente la necesita. Solamente el dictamen de facultativos, indispensable para la interdicción del sordomudo, no se requiere para levantarle la interdicción, porque su capacidad entonces puede ser normalmente muy evidente.

La publicidad de la rehabilitación debe hacerse en forma similar a la de la interdicción: mediante inscripción y publicaciones por la prensa o por carteles, y es igualmente necesaria para que esta medida surta efectos frente a terceros.

Como en el caso del fallido interesa más la probable oposición de los acreedores a la rehabilitación, por esto, se añade algún requisito más de publicidad: tiene que publicarse la *solicitud* de rehabilitación, en cambio, queda al arbitrio del rehabilitado el que se publique en periódicos la resolución de rehabilitación la cual de modo necesario solamente debe publicarse en el Registro Oficial; en algunos casos interesará al individuo la máxima publicidad, mientras que en otros, puede tener razones el rehabilitado para preferir una actitud discreta.

La rehabilitación produce efectos respecto del interesado, desde que se ejecutoría la correspondiente sentencia, no antes, ni tampoco

después, ya que las publicaciones se refieren a terceros. Hay una sentencia de la Corte Suprema en este sentido.

419.— Normas de Derecho Internacional Privado sobre los interdictos.

El Código Sánchez de Bustamante trata de la interdicción del demente y del sordomudo en el capítulo de la tutela (Tít. X), y en el siguiente capítulo (XI) se refiere expresamente a la prodigalidad.

La interdicción del demente y del sordomudo sigue, según el mencionado Código los principios generales que orientan a la tutela de los menores: primacía del derecho personal del pupilo, y aplicación de la ley territorial a la intervención de autoridades, solemnidades, garantías reales y responsabilidades penales.

La interdicción del demente y del sordomudo, tiene carácter extraterritorial, es decir que pronunciada válidamente en un país, surte efectos también en los demás signatarios de la Convención de La Habana de 1928 (Art. 92).

Las consecuencias de la interdicción, es decir sus efectos civiles, y particularmente los relativos a la validez o nulidad de los actos verificados por el interdicto o por su curador, se consideran de orden público internacional (Art. 91). Por consiguiente, si es puesto en interdicción por demanda un ecuatoriano en Bolivia, y luego se traslada al Ecuador, continúa bajo interdicción, pero esta institución se regulará por la ley ecuatoriana en todo cuanto se refiera a los efectos de la misma en el Ecuador.

La declaración de interdicción por prodigalidad y sus efectos se sujetan a la ley personal del pródigo (Art. 98); pero no se puede aplicar la ley del domicilio si la ley nacional del sujeto no reconoce esta interdicción, si el derecho personal de estos pródigos es el de la nacionalidad (Art. 99). "La declaración de prodigalidad hecha en uno de los Estados contratantes, tiene eficacia extraterritorial respecto de los demás, en cuanto el derecho local lo permita.

Ya hemos visto que nuestro Código Civil facilita la aplicación de la ley territorial para la interdicción de los extranjeros residentes en el Ecuador, permitiendo que los diplomáticos y cónsules intervengan en favor de sus connacionales pidiendo la interdicción.

En todo lo demás, no previsto ni por el Código Sánchez de Bustamante ni por otros tratados o por el mismo Código en los títulos relativos a las guardas, se debe estar a los principios generales, y primeramente a los contenidos en el mismo Código Civil, en el Título Preliminar. Por tanto, en términos generales, los ecuatorianos estarán sujetos a las leyes de su patria, aunque estén en el extranjero, en cuanto a su capacidad para los actos que deban surtir efecto en el Ecuador, y en cuanto a las relaciones de familia con el cónyuge o parientes ecuatorianos, y por lo mismo, todo lo que en la interdicción afecta a la capacidad de estas personas, se rige por la ley del Ecuador en cuanto los efectos se produzcan en este país; e igualmente debe aplicarse la

regla a las relaciones de familia que se alteran por la interdicción de una persona: los derechos y deberes del cónyuge o parientes ecuatorianos, se regularán por nuestras propias leyes. Por su parte, los extranjeros se someten a las leyes del Ecuador, mientras residan en nuestro territorio, pero sin perjuicio de que, por reciprocidad, se puedan aplicar leyes extranjeras a sus relaciones con cónyuge o parientes extranjeros, o que deban producir efectos fuera de nuestra patria; en estos puntos, no podría imponerse la ley ecuatoriana, no habría razón ni conveniencia de aplicarla.

CAPITULO XXXI

CURADURIAS DE BIENES

420.— Las curadurías de bienes en general

Dentro de la categoría general de las guardas, hay ciertas especies de curadurías cuya finalidad principal es la protección de los bienes de personas que o bien no pueden cuidar directamente de sus intereses por estar ausentes, o porque se trata de sujetos indeterminados o inciertos, cuya existencia jurídica no es segura o determinada, como es el caso de los posibles herederos de una sucesión todavía no aceptada, o el del que está concebido pero todavía no nace.

En estas curadurías la atención principal del legislador se centra, como es natural, en los bienes que se trata de proteger, en tanto que la persona del pupilo pasa a un segundo plano, se desvanece; y podemos decir que propiamente no existe en algunos casos. Por esta peculiaridad, resulta poco aplicable a estas guardas la definición general de las tutelas y curadurías consignada en el Art. 378.

El Código no define tampoco directamente las curadurías de bienes, pero sí declara en el Art. 385 quienes son curadores de bienes: los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer. Resulta muy difícil dar una definición esencial de esta novedosa figura jurídica, y nuestra ley ha preferido recurrir a la enumeración de los tres tipos de guarda contenidos en el concepto de curaduría de bienes.

A parte de las tres nombradas curadurías de bienes, pueden señalarse otras figuras que no se ajustan rigurosamente a ninguna de las tres, porque tienen especiales características, pero que se asimilan a una de aquellas. Tal es el caso de la tenencia fiduciaria que conforme al Art. 786 corresponde en el fideicomiso en el cual se hubiera dispuesto que se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición adquiera la propiedad absoluta. También se mensiona en el artículo 1285 una curaduría de bienes que por

su peculiaridad se aparta un tanto de los clásicos módulos de que trata el Título XXVII del Libro Primero, y a la cual nos referiremos más adelante.

121.— Curador del ausente.

Trataremos esta materia en el siguiente orden: a) Cuando se organiza esta curaduría; b) quienes pueden pedir el nombramiento de curador de bienes para un ausente; c) quienes deben desempeñar la guarda; d) trámite del nombramiento; e) facultades del curador; f) facultades del curador cuando el ausente es casado; g) figuras análogas a la curaduría de bienes del ausente.

a) Cuando se organiza la curaduría de bienes del ausente.

En nuestro Derecho hay lugar a esta curaduría cuando se cumplen ciertas condiciones independientemente de que se pueda o no seguir el trámite para la declaración de desaparecimiento y muerte presunta. Esta es una notable característica de nuestra institución, ya que la mayoría de los derechos consideran la ausencia como un simple paso o fase transitoria, antes de la declaración de muerte por desaparecimiento, y por esto, muchas veces ni siquiera es un curador quien representa al ausente, sino que intervienen otras personas.

En nuestro derecho la figura jurídica del *ausente* se destaca con claridad de la del *desaparecido*. La desaparición implica transcurso de largo tiempo sin noticias sobre la vida o muerte de un individuo, lo cual culmina, a través de un procedimiento complicado, en la presunción, de muerte por desaparecimiento y en la entrega de los bienes a los herederos presuntivos. En cambio, la simple ausencia no supone transcurso de un tiempo determinado, ni complicados trámites, ni lleva a la presunción de muerte con todas sus graves consecuencias; simplemente, la ley trata de evitar los perjuicios que se siguen para el ausente o para terceros, mediante el nombramiento de un curador con muy limitados derechos o atribuciones.

Desde luego, hay puntos de contacto entre la ausencia y la desaparición. Tanto, que durante el trámite de la presunción de muerte hay también un período llamado de "la mera ausencia". Sin embargo, esta mera ausencia, dentro del trámite de la muerte presunta, exige más requisitos que los que se piden para el nombramiento de curador, pues, para aquella es imprescindible que se desconozca el paradero y la sobrevivencia de un individuo, mientras que para la guarda basta la "falta de comunicación con los suyos", y que de ella "se sigan graves perjuicios"; por consiguiente, puede haber la convicción de que el ausente vive, y aún se puede saber dónde vive, y sin embargo, hay lugar al nombramiento de curador del ausente. Otra profunda diferencia consiste en que la desaparición y el correspondiente trámite de muerte presunta sólo es aplicable a las personas naturales, en tanto que se puede dar curador del ausente también a las personas jurídicas.

Para el nombramiento de curador de bienes del ausente no hay un plazo fijo de ausencia. Por esto, el juez debe disponer de facultades suficientes para conceder o no dicho nombramiento según las circunstancias, y evitar el abuso de quienes pretendieran aprovecharse de una ausencia tal vez transitoria para ingerirse en asuntos ajenos. Efectivamente, corresponde al juez, el apreciar si realmente hay perjuicio grave de la falta de presencia física de una persona y de la falta de representante. Este perjuicio grave puede producirse para el mismo ausente, cuyos negocios queden desatendidos, o bien para terceros.

No habrá perjuicio para el ausente, si ha dejado un mandatario con poder general, o por lo menos con un poder suficiente para atender los asuntos que realmente existan pendientes. En cambio, si habría posibilidad de perjuicios para el mismo ausente o para terceros, si no ha quedado ningún representante ni legal ni voluntario del ausente.

Para que se pueda nombrar curador de bienes del ausente, el Código exige que "no haya constituído procurador, o sólo le haya constituído para negocios especiales". Debemos entender en este caso por procurador, no solamente el que se nombra para representar en un juicio, sino a todo mandatario con poder o mandato generales, ya que el espíritu de la ley es evidente: se trata de proveer de representante a quien no lo tenga para administrar la generalidad de sus negocios. Por esta razón también concluímos que el que está bajo patria potestad o curaduría general o tutela, no puede considerarse como "ausente" para que se le dé curador de bienes; más bien, podría procederse al nombramiento de curador, cuando el que se ausenta es el padre o guardador, pero ya examinaremos qué clase de curador se debe entonces nombrar para el hijo o pupilo desamparado.

Naturalmente, si el que se ha ausentado nombró mandatario con poder general, pero la persona nombrada fallece o se incapacita de cualquier manera, incluso desapareciendo también ella, habrá entonces también lugar al nombramiento de curador de bienes, porque lo mismo es no haber constituído mandatario, que el hecho de que el nombrado no pueda representar al ausente.

En nuestro derecho existió el llamado Defensor de Ausentes, pero en el Código de Procedimiento Civil (que reemplazó al anterior Código de Enjuiciamiento), y en la Ley de Patrocinio del Estado, se suprime este funcionario. Las funciones que desempeñaba pasaron al Ministerio Fiscal, y se ejercen concretamente a través de los Agentes y Ministros Fiscales. Consisten fundamentalmente en intervenir en el nombramiento del curador de bienes del ausente. El Fiscal, sin embargo, puede también representar en algunos casos al ausente, aunque en la Ley de Patrocinio del Estado (Art. 4) se enumera entre los representados por el Fiscal al que está por nacer y a la herencia yacente, y no se dice nada del ausente. En cambio, el Art. 875 del Código de Procedimiento Civil indica que se contará con el fiscal en los juicios

de consignación, si el acreedor estuviere ausente y no tuviere representante; entendemos que el fiscal debe representar en tal caso al acreedor, aunque pueda pedir de inmediato se proceda al nombramiento de curador para ese efecto.

La ausencia puede ser real o aparente. El mismo Código se refiere varias veces a estas dos clases de ausencia (por ejemplo en el artículo 167), y en ambos casos se puede proceder al nombramiento de curador

Un caso específico de ausencia aparente, es la fingida con el fin de perjudicar a terceros: el deudor que se oculta, intenta dificultar el cobro de lo que debe. Por esto la ley asimila al "deudor que se oculta" al verdadero ausente, y se le puede nombrar curador de bienes.

Aún las personas jurídicas pueden considerarse ausentes. El artículo 8 de la Ley de Compañías establece que las personas jurídicas que contrajeren obligaciones en el Ecuador y que deban cumplirse en la República, si no tienen representante pueden ser consideradas como el deudor que se oculta y representadas por un curador dativo, conforme al Art. 514 del Código Civil.

b) Quienes pueden pedir el nombramiento de curador de bienes para un ausente.

Pueden provocar el nombramiento de curador de bienes del ausente, las mismas personas que son admitidas a provocar la interdicción del demente, según prescribe el Art. 515. No es muy técnica esta fórmula, ya que en el Título XXV que trata de la curaduría del demente, no se enumeran directamente las personas llamadas a pedir la interdicción, sino que únicamente el Art. 500 se remite a su vez a las reglas dadas para la guarda del disipador; lo razonable, habría sido, pues, indicar que la curaduría de bienes del ausente puede solicitarse por las mismas personas que pueden pedir la interdicción del disipador. Es verdad que además de los que pueden provocar la interdicción del disipador, pueden pedir la del demente otras personas, pero en casos que precisamente no son aplicables al ausente: "si la demencia fuere furiosa", o si el demente fuere menor de edad, bajo curaduría general.

Además de las personas que pueden pedir la interdicción del demente, también los acreedores del ausente pueden pedir el nombramiento de curador de bienes. Por acreedores, se debe entender, según el espíritu de la ley toda persona que tenga algún derecho que exigir al ausente, en el orden patrimonial.

La diferencia entre la curaduría de bienes que se establece a petición de los parientes o cónyuge, y la que tiene su origen en la iniciativa de los acreedores es muy notable, a pesar de que el Código lo afirma incidentalmente. En efecto, cuando son los acreedores quienes han solicitado la guarda, las atribuciones del curador se restringen únicamente a responder a sus demandas: (Art. 515). El curador así nombrado no podría administrar todos los bienes del desaparecido.

Desde luego que, nada impediría a que cualquiera de las personas autorizadas por el Art. 489, es decir el cónyuge o parientes, pidan también la curaduría, o se adhieran a la petición ya hecha por los acreedores, y en este caso el curador podría administrar los bienes y gozar de las normales facultades de estos curadores de bienes. Este sistema tiene un inconveniente, y es que cualquier tercero que deba realizar un acto o contrato con el curador de bienes tendrá que informarse detalladamente sobre el origen de la curaduría, porque solamente así podrá conocer exactamente cuáles son sus atribuciones, ya que éstas no tienen por qué constar directamente en el nombramiento, según nuestro sistema. Sería, pues, preferible la unificación de las facultades de todos los curadores de bienes de los ausentes, sea quien fuere el que hubiere solicitado el nombramiento.

c) Quienes deben desempeñar esta guarda.

La curaduría de bienes del ausente puede ser legítima o dativa. No lo dice el Código, aunque sí se refiere en igual sentido, pocos artículos más adelante (Art. 522), y declara que la curaduría de la herencia yacente puede ser sólo dativa y la de los derechos eventuales del que está por nacer puede ser testamentaria o dativa (Art. 526). Por su misma naturaleza, la curaduría de bienes del ausente no podría ser testamentaria, ya que si una persona ha hecho testamento y nombrado en él curador, tal nombramiento sólo tendría efecto al abrirse la sucesión por la muerte real o presunta del testador, y entonces los bienes pasan a otras personas que, o son capaces y administran por sí mismas, o bien son incapaces, y entonces deben tener sus propios representantes legales ellos mismos, y no los bienes hereditarios.

También en este punto el Código se remite a las reglas de la curaduría del demente: "Pueden ser nombrados para la curaduría de bienes del ausente las mismas personas que para la curaduría de demente" (Art. 516). Esto es razonable, ya que se trata de un amplio grupo de personas.

Nuestra ley, también en esto con acierto, da al juez una mayor libertad para escoger entre aquel grupo de personas llamadas, a la que, o a las que deben desempeñar la guarda; en esto, la libertad del juez se asemeja a la que le confiere la ley cuando debe nombrar el curador del disipador.

La ley debería impedir que ejerza esta curaduría el cónyuge cuando ha existido separación de bienes o exclusión de bienes, porque estas situaciones indican desconfianza entre los cónyuges u otras circunstancias que han llevado a la administración separada de los bienes, lo cual habría que respetar también en caso de ausencia de uno de ellos. Con mayor razón, todavía, si se ha liquidado la sociedad conyugal, ninguno de los dos cónyuges debería tener facultad de desempeñar la curaduría de bienes del marido o mujer ausente.

En algunos derechos el nombramiento del curador o defensor

del ausente puede ser dativo aunque haya parientes que pudieran desempeñar la guarda. Manresa afirma que en el Derecho español, el juez puede prescindir del orden de llamamientos señalados en el Código y deferir el cargo dativamente, siempre que la persona que designe sea solvente y de buenos antecedentes, y previa audiencia del ministerio fiscal. Nuestra ley no autoriza tal cosa, pero el juez sí puede alterar el orden de las personas llamadas, y sólo a falta de ellas proceder al nombramiento de curador dativo. La alteración del orden legal de llamamiento, tampoco puede producirse en cualquier caso, sino solamente "a petición de los herederos legítimos o de los acreedores".

Pueden nombrarse dos o más curadores de bienes del ausente, y el juez puede dividir entre ellos la administración en el caso de bienes cuantiosos, situados en diversos lugares (Art. 516). Entendemos que esta facultad no solamente se podrá ejercer el primer momento en que se procede a la constitución de la guarda, sino también con posterioridad; no se opone, en efecto, a cuanto establece de forma genérica en el Art. 393, y por tanto, aún el mismo curador primeramente designado podría pedir al juez que se agreguen otro u otros, si la administración resulta demasiado complicada. También cabe pensar que, después de haberse nombrado curador a petición de los familiares del ausente, podrían los acreedores solicitar que se agregue otro curador si no resulta de su confianza el llamado al ejercicio de la guarda, particularmente útil sería esto en el caso del deudor que se oculta, porque el consanguíneo que cuida de sus bienes puede estar fácilmente en connivencia con el supuesto ausente, y entonces interesa que el juez agregue otro curador, dativo si es del caso.

d) Trámite para el nombramiento del curador de bienes.

Pedido el nombramiento por las personas que tienen derecho de hacerlo, o por una de ellas, el Juez debe oir al Ministerio Público antes de proceder a designar o llamar a la persona que deba desempeñar el cargo.

El Ministerio Público debe intervenir por expresa disposición del Artículo 517 del Código Civil y el Art. 4 de la Ley de Patrocinio del Estado. Además, fácilmente habría bienes abandonados si su dueño está ausente, y entonces también dispone esta intervención el Artículo 36 nº 8 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

La intervención del Fiscal tiene por objeto evitar que se nombre precipitadamente curador para los bienes de una persona sin que exista verdadera necesidad, accediendo solamente entonces al deseo de los interesados en inmiscuirse en tal administración. También velará el Ministerio Público porque se nombre a la persona de mejor derecho, se exijan las debidas garantías y se cumpla en general con todas las exigencias de la Ley.

Una sentencia de la Corte Suprema indica que el nombramiento de curador de bienes del ausente no puede hacerse dentro de otro juicio, como por ejemplo en uno de partición; este nombramiento en

tal forma, sería nulo. Debe procederse al discernimiento en juicio independiente; pero el Código de Procedimiento Civil nada indica sobre el trámite del nombramiento de este curador, a diferencia de lo que pasa con otras guardas que están debidamente reguladas. Se deben, pues, aplicar las normas generales relativas al nombramiento de guardadores, y si es preciso, por analogía, se adaptarán las disposiciones relativas a las otras curadurías de bienes.

e) Facultades del curador de bienes del ausente.

El primer deber del curador de bienes del ausente consiste en averiguar el paradero de su representado, y procurar ponerse en comunicación con él. Puede gastar prudentemente bienes del ausente en el cumplimiento de este deber, asi como el curador del demente o del sordomudo deben emplear los bienes de sus pupilos de preferencia en su curación o alivio; cierto que las circunstancias no son tan extremadas y graves en el caso del ausente como en el de los interdictos, pero de todos modos, la regularización de su vida y negocios exige que se investigue sobre su paradero y se establezca el debido contacto con el ausente, gastando lo que sea prudente. Aunque la ley no lo dice, nada impediría que el curador consulte y pida al juez una norma precisa en este punto para salvar su responsabilidad, y el juez, bien podría señalar qué cantidad o proporción de bienes se pueden gastar en la referida investigación.

Además de lo dicho, las facultades del curador de bienes del ausente se reducen a la administración ordinaria del patrimonio del desaparecido, siguiendo en ello las normas que se dan para todos los curadores de bienes, y que analizaremos más adelante. Baste decir de momento, que las facultades de este guardador son puramente conservativas, y más limitadas que las de un tutor o curador general en cuanto a la administración de los bienes .

El principio directivo de toda la administración de estos curadores debe ser el de interpretar lo que razonablemente haría el ausente para conservar y acrecentar sus bienes, sin cambiar su estructura y empleo normales.

El ausente puede haber constituído un procurador sólo para ciertos actos o negocios. El curador tiene entonces facultades más amplias que el procurador; el Código dispone que el mandatario con poder especial queda sometido al curador de bienes. Pero uno y otro deben cumplir las instrucciones del ausente, si dejó algunas. Sólo pueden apartarse de ellas, con autorización judicial. En esta forma se cumple el principio de respetar al máximo la voluntad del dueño en lo referente a la administración de sus bienes.

Las facultades de estos curadores no se extienden a otra cosa que la administración del patrimonio del ausente, y por lo mismo, no puede asumir la representación de la mujer o de los hijos que estén bajo lo potestad del desaparecido. Si se suspende o termina tal potestad, debe reemplazar en su ejercicio la madre o bien se debe nombrar cu-

tador propio para los menores, pero éstos no quedan bajo la guarda del curador de bienes.

f) Facultades del curador cuando el ausente está casado.

Si el ausente es persona casada, se siguen reglas especiales en la administración de los bienes del ausente o que éste administraba (pueden ser los bienes del otro cónyuge y los de la sociedad conyugal).

Cuando el ausente es el marido, se produce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal que corresponde al curador del ausente, sea éste guardador la propia mujer, u otra persona por incapacidad o excusa de la cónyuge.

Si la mujer ejerce la curaduría de bienes del marido ausente, tiene la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y dispone de los mismos poderes que tenía el marido en cuanto a la administración de los bienes sociales, y aún tiene más amplias facultades, ya que no necesita ningún otro consentimiento en aquellos casos en que el mismo marido habría tenido que contar con el consentimiento de la mujer (Art. 1815). La mujer en tales circunstancias tiene también plena libertad para administrar sus propios bienes, que antes estaban bajo la administración del marido. Pero en cuanto a los bienes propios del marido debe ajustarse a las reglas de la curaduría de bienes: no puede enajenar los inmuebles ni gravarlos sin autorización judicial, la misma que también necesita para hacer subrogaciones de inmuebles; y no puede aceptar una herencia deferida al marido sino con beneficio de inventario. También está limitada en la facultad de arrendar, en cuanto al tiempo, como los demás guardadores (Art. 1817).

En cambio, cuando el marido está simplemente no presente, con una ausencia real o aparente y si de la demora se sigue perjuicio, la mujer, que todavía no tiene la administración de la sociedad conyugal ni la curaduría del marido, puede dirigirse al juez y pedir que éste supla el consentimiento del marido para aquellos actos o contratos que la mujer debe realizar contando con la autorización marital (Art. 167).

La mujer que no quisiere tomar la administración de la curaduría de bienes del marido ausente y que por otra parte sea capaz, puede pedir la separación conyugal judicialmente autorizada (Art. 1818), lo cual ya hemos comentado que es injusto y nada razonable porque deja al total arbitrio de una de las partes el poder disolver la sociedad conyugal y atenta sin motivo suficiente a la estabilidad misma del hogar equiparando una causa simplemente económica a los graves motivos que sí justifican la separación conyugal.

Por su parte, si la mujer está ausente fuera del país por más de tres años (en este caso sí se fija un plazo preciso), el marido puede proceder a la enajenación o gravamen de bienes raíces de la sociedad conyugal sin necesidad de contar con el consentimiento expreso de ella, el mismo que se presume (Art. 1811). Si se trata de enajenar o gravar bienes propios de la mujer, debe el marido contar con el ex-

preso consentimiento de su cónyuge, y si está impedida de darlo —por lo mismo, también en el caso de ausencia— el marido necesita recurrir al juez para que éste supla el consentimiento de la mujer (Art. 1808), de modo que si el marido ejerce la curaduría de bienes de la mujer ausente, sus facultades son mucho más reducidas que las de un curador general respecto de los bienes de su pupilo.

g) Casos especiales de curaduría de bienes del ausente.

El artículo 1285 habla de un curador de bienes que puede nombrarse en caso de que un heredero no acepte su asignación, y que parece ser un caso distinto del de guarda de la herencia yacente. Efectivamente, dice el último inciso del Art. 1285: "Si el asignatario ausente no compareciere por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario". Este curador de bienes no administra la herencia yacente; más aún, puede no haber herencia yacente, porque ésta haya sido aceptada por otro u otros herederos o porque haya albacea con tenencia de bienes. El mencionado curador de bienes representa a una persona concreta: al asignatario ausente, es, pues, un curador del ausente, pero tiene una facultad precisa de la que carece por regla general el curador de bienes del ausente: este curador puede aceptar la asignación hereditaria. Por otra parte, como se le designa para este concreto efecto, entendemos que tampoco debe tener las demás atribuciones y obligaciones de los curadores de bienes de los ausentes, y que por lo mismo, no podría administrar los otros bienes de su representado.

El curador de bienes nombrado a petición de los acreedores del deudor que se oculta o que realmente está ausente, conforme al Art. 515, también dispone de más limitadas atribuciones, porque asume la guarda para "responder a sus demandas" (de los acreedores), y no puede actuar sino en lo que tenga directa relación con los juicios propuestos contra su representado.

Termina esta guarda al regresar al ausente, o cuando se concede la posesión provisional o definitiva de sus bienes a los herederos presuntivos, o si se extinguen dichos bienes.

422.— *Curaduría de bienes de la herencia yacente.*

Trataremos de los siguientes aspectos: a) Cuando hay lugar para esta curaduría; b) naturaleza jurídica de la herencia yacente; c) Quienes pueden pedir que se nombre curador de bienes de la herencia yacente; d) Quienes deben desempeñar esta guarda; e) facultades del curador; f) casos especiales; g) causas especiales de terminación de esta curaduría.

a) Cuando se da curador a la herencia yacente.

El artículo 522 declara escuetamente que "se dará curador a

la herencia yacente, esto es, a los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada". Requiere esta formulación algunas aclaraciones.

El Art. 1293 precisa las circunstancias en que se ha de declarar la herencia yacente, y el trámite para el consiguiente nombramiento de curador. Para ello se requiere que transcurran quince días desde la apertura de la sucesión sin que ningún heredero haya aceptado, ni tampoco exista albacea con tenencia de bienes que acepte el encargo. Todo esto es aplicable tanto en el caso de muerte cierta, como cuando sólo se presume.

Por consiguiente, no hay lugar a la declaración de herencia yacente: a) si aún no han transcurrido 15 días de abierta la sucesión; b) si aceptó la herencia, por lo menos un heredero, aunque los otros no hayan aceptado ni repudiado; c) si aceptó el cargo un albacea con tenencia de bienes; pero si aceptó el cargo un albacea sin tenencia de bienes, igualmente puede declarse yacente la herencia.

Si ha aceptado un legatario su correspondiente asignación o legado, pero ningún heredero ha aceptado, ni tampoco el albacea, sí hay lugar a la declaración de herencia yacente.

El artículo 658 del Código de Procedimiento Civil indica claramente que no hay lugar a la curaduría de bienes de la herencia yacente si es que hay albacea con tenencia de bienes. Más aún: si se ha entregado los bienes a un curador, y después aparece un albacea con tenencia de bienes, termina la curaduría y se entregan los bienes al albacea. Cabe preguntarse: y si el albacea no ha sido designado para tener los bienes, sino como simple ejecutor testamentario...? Entonces, sí habría lugar al nombramiento de curador, pero en principio debe presumirse que a todo albacea le corresponde la tenencia de bienes.

Desde luego, es preciso distinguir la herencia yacente de la herencia vacante. Se entiende por herencia vacante: aquella que corresponde al Fisco como último heredero abintestato y a falta de otros de mejor derecho. Si, pues, solamente el Fisco acepta la herencia, ya no hay lugar a la curaduría de herencia yacente.

Declarada la herencia yacente por el juez, procede él mismo, de inmediato a nombrar curador, oído el agente fiscal sin ningún otro trámite, siempre que sea necesario asegurar los bienes. No habría necesidad de asegurar los bienes si, por ejemplo, todos ellos están depositados en un Banco de reconocida solvencia.

b) Naturaleza jurídica de la herencia yacente.

La figura del curador de la herencia yacente es totalmente singular, porque es la única guarda en la que propiamente no hay pupilo. En las otras curadurías de bienes el guardador tampoco tiene que cuidar de una persona, pero los bienes custodiados pertenecen a un determinado sujeto actual o que se espera; en cambio, en la curaduría de la herencia yacente el titular mismo de los bienes y derechos se desconoce, es incierto. Por esta razón, algunos tratan de explicar el fun-

cionamiento de esta institución recurriendo al concepto de que la herencia yacente es una persona jurídica.

Don Luis Felipe Borja, que considera a las personas jurídicas puros entes ficticios, opina que la herencia yacente pertenece a tal categoría, fundándose en sugestivas razones. También Barros Errázuris sostiene que la herencia yacente es persona jurídica, aduce que el Código (Art. 2525 del nuestro) enumera entre las personas a favor de quienes se suspende la prescripción ordinaria, a la herencia yacente, que se equipara así a otras personas naturales como los dementes, menores, etc. También el Art. 2516 dice que "la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero", luego la misma herencia tiene también una especie de representación a la vez que es representada por el curador.

Naturalmente estos autores sostienen que se trata de una peculiar persona jurídica, ya que no cabe identificar a la herencia yacente con aquellas corporaciones o fundaciones, u otros tipos de asociaciones y sociedades con personalidad jurídica porque tienen una real existencia técnica, jurídica, con bases naturales, sociales innegables: grupos organizados de personas, finalidad propia, medios, estructuras, etc.

Somarriva afirma que la mayor parte de los autores rechazan la interpretación de que la herencia yacente sea una persona jurídica y señala un artículo del Código Chileno, el 2346 (igual a nuestro 2363) que dice: "se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente". Si la herencia yacente fuera persona jurídica, estaría de más la advertencia de que también se la puede afianzar. Claro Solar y Alessandri niegan por parecidas razones que la herencia yacente sea persona jurídica.

La jurisprudencia chilena, según afirma Fueyo está dividida entre ambas tesis: algunas sentencias estiman que la herencia yacente no es persona jurídica, otras lo afirman. Una sentencia de Casación Colombiana sostiene que no hay tal persona jurídica y por ello no se puede citar a la herencia yacente como se hace con las personas inciertas.

Algunos, como Guerra Rojas tratan de concordar ambas tesis y admitir la personalidad jurídica de la herencia yacente cuando no hay en ningún momento herederos que acepten la herencia, porque si llega a haberlos, la ley dispone que se retrotraigan sus derechos al momento en que se abrió la sucesión, de donde el período intermedio carece de toda resonancia jurídica. Pero esta doctrina no satisface porque al investigar la naturaleza jurídica de una institución tratamos de saber precisamente qué principios se deben aplicar a la misma, y principalmente a su funcionamiento, y esto no podría saberse sino después de que ha dejado de existir. Además, no cabe que la naturaleza de una institución jurídica cambie tan radicalmente por un acto individual sobreveniente como sería la aceptación por parte de uno o más herederos.

Considero que más que a los argumentos simplemente literales, hay que atender al concepto mismo de lo que es una persona jurídica, el cual no se compagina con la herencia yacente. Esta no es al fin y al cabo más que un conjunto de bienes y derechos cuyo titular permanece incierto, pero carece de aquella organización, estructura y finalidad que corresponden a las personas jurídicas propiamente dichas. No cabría, pues aplicar supletoriamente el derecho de las personas jurídicas a la herencia yacente. Y un breve análisis de ese derecho nos revela también que sería prácticamente inaplicable: las personas jurídicas de que trata el título XXXIII del Libro Primero se constituyen en virtud de la aprobación de sus estatutos por el Presidente de la República o por la formulación de tales estatutos por su fundador: ¿qué estatutos tendría la herencia yacente?; además si pensamos que cuando se redactó el Código, las personas jurídicas necesitaban permiso del Congreso para retener bienes raíces o para enajenarlos, se ve lo absurdo de considerar a la herencia yacente como persona jurídica, al menos teniendo en cuenta los tipos clásicos de estas personas; y si nos alejamos de los modelos conocidos y perfectamente delineados por el Código, ya no tendría ningún interés práctico llamar (no sería otra cosa que un "llamar"; un nombre) personas jurídicas a masas de bienes dejados por un difunto y que aún no recoge ningún heredero.

La herencia yacente no es, pues, otra cosa, que un patrimonio sin titular cierto, y sometido a la administración de un curador de bienes. Cualquier laguna del derecho debe suplirse recurriendo a las reglas análogas, que en este caso son las de las otras curadurías de bienes, y en último lugar, a las de las guardas en general, pero no a las de las personas jurídicas.

c) Quienes pueden pedir la declaración de herencia yacente.

Pueden pedir esta declaración: el cónyuge del causante, cualquiera de los parientes o dependientes del difunto o cualquiera otra persona interesada en ello, y también puede el juez declararla de oficio.

Entendemos que por "dependientes" se ha de tomar a las personas que vivían a costa del difunto; y no tiene nada que ver esto con el concepto de "dependencia", propio del derecho laboral, extraño a esta materia, y muy posterior en el orden cronológico.

Interesados, serían en primer lugar los legatarios, y las personas que quieran litigar contra los sucesores o continuar una litis iniciada contra el difunto.

Si los herederos no han aceptado ni repudiado la herencia, la persona que quiere litigar puede pedir que se nombre curador de la herencia yacente (Art. 38 del Código de Procedimiento Civil) y contra este guardador puede seguir el juicio. El Juez concede un plazo que normalmente es de 40 días y que puede ampliarse hasta por un año en total, para que los herederos decidan si aceptan o repudian, y durante este tiempo, representa el curador y se litiga contra él (cfr. Art. 1285 Código Civil).

"Si el difunto a cuya herencia es necesario nombrar curador, tuviere herederos extranjeros, el Cónsul de la Nación de éstos tendrá derecho para proponer el curador o curadores que hayan de custodiar y administrar los bienes" (Art. 523). Se confiere al Cónsul extranjero una doble facultad: la de pedir el nombramiento de curador de bienes y la de designar la persona que ha de desempeñar la guarda. La jurisprudencia extiende también a los acreedores y otros interesados esta facultad de designar la persona, a quien el Juez debe nombrar si es idónea.

d) Quienes desempeñan esta guarda.

La curaduría de bienes de la herencia yacente es siempre dativa. No sería razonable que una persona prevea que su herencia no será aceptada y que en cambio sí habrá quien quiera desempeñar la curaduría de su herencia abandonada. Y si el estado del patrimonio de una persona es tan malo que da pie para pensar que nadie querrá hacerse cargo de él, tampoco se podría imponer que alguien se haga cargo de esa administración obligatoriamente en calidad de guardador. Luego, no cabe curaduría testamentaria de la herencia yacente. Y mucho menos cabe curaduría legítima, puesto que las personas llamadas a la guarda son también las que tendrían derecho a la herencia ab intestato; cuando se elaboró el Código coincidían las unas y las otras, ahora se ha restringido el derecho de herencia y no la obligación de desempeñar las guardas legítimas, pero la razón histórica queda en pié. Por consiguiente, sólo puede ser dativa la curaduría de la herencia yacente, y así lo establece el Art. 522.

En cuanto a la curaduría dativa, ya hemos señalado que los Cónsules extranjeros, y por extensión, los acreedores y otros interesados, pueden pedir al juez que nombre a determinada persona para el cargo de curador de bienes de la herencia yacente, y si la persona es idónea, el juez deberá nombrarla. También puede el juez nombrar varios curadores, si así lo solicitan los interesados o acreedores, o bien cuando el cónsul ha pedido un nombramiento y otros piden otro distinto; pero esta provisión plural de guardadores, depende de "la cuantía y situación de los bienes", es decir, que si son muchos o están situados en lugares distantes, se justifica que se nombren varios, de otro modo podría ser contraproducente.

El juez puede también dividir entre los varios curadores la administración de los bienes (Art. 393).

e) Facultades del curador.

Como sucede en general con todos los curadores, el de la herencia yacente debe recibir los bienes previo inventario, en cuya factura debe intervenir el mismo nombrado (cfr. Art. 658 del Código de Procedimiento Civil). Recibidos los bienes, la función principal del curador es la de conservarlos, y la de pagar las deudas hereditarias.

La jurisprudencia chilena ha aclarado algunos puntos sobre la administración del curador de bienes de la herencia yacente tales co-

mo el hecho de que el curador puede reconocer la firma puesta por el causante en un pagaré; que está obligado el guardador a hacer confesión judicial en representación de la herencia yacente, en cambio, que no puede representar en un juicio de nulidad de matrimonio ni intervenir en la discusión sobre la calidad de heredero de uno de los aspirantes a la sucesión. Podría también el curador de la herencia yacente oponerse a que se conceda la posesiión efectiva de los bienes a un falso heredero, porque este es acto de conservación.

Contrasta con la disposición del Art. 435 que restringe las facultades del guardador para enajenar bienes, la regla del artículo 525 que obliga al curador de bienes de la herencia yacente a vender "todos los bienes hereditarios existentes", después de cuatro años transcurridos desde el fallecimiento del causante. Para enajenar bienes pupilares en general, si son raíces o muebles preciosos, se requiere autorización judicial demostrando causa de necesidad o conveniencia, en cambio, en el caso de la herencia yacente, el juez puede ordenar la venta de todos los bienes ,sin necesidad de otra demostración de circunstancias especiales, porque no se quiere inmobilizar indefinidamente la propiedad, y la función del curador es la de liquidar la herencia. Además, la administración de esos bienes que nadie reclama como herencia, puede resultar fácilmente gravosa, pues de otro modo habría interesados en recibirlos; entonces, si hay alguien que tenga derecho a reclamarlos, resultará beneficiado por la simplificación de la administración mediante la conversión de los bienes en dinero.

De todas formas, el juez puede ordenar o no la venta de los bienes según considere que realmente conviene o no. Por ejemplo, si hay fundamento para suponer que el heredero aceptará pronto la herencia, no habría razón para precipitarse a vender los bienes.

Sería tal vez conveniente dar facultad a cualquiera de los interesados si los hay, y al Fiscal, para que ellos pudieran pedir al juez, al igual que el curador (el único que actualmente puede solicitar), la venta de los bienes. Es de suponer que el guardador no pedirá dicha venta si la guarda le trae algún beneficio a él, y entonces precisamente es cuando debería protegerse los intereses de otras personas permitiéndoles dirigirse al juez para que se proceda a la liquidación de los bienes.

Aunque en la curaduría de la herencia yacente propiamente no hay "pupilo", entendemos que es aplicable a la venta de los bienes la disposición del Art. 436 que ordena que se haga en subasta pública.

El depósito del dinero proveniente de la venta de los bienes sucesorios, se debe hacer "en las arcas del Estado", solamente si no es posible "ponerlo a interés con las debidas seguridades"; ahora bien, este supuesto parece absurdo, ya que, por lo menos en el mundo actual siempre es posible lograr una inversión con relativa seguridad.

No ha previsto nuestro Código cómo y ante quien debe dar cuenta de su administración el curador de la herencia yacente. Habría

sido atinado que se estableciera la obligación de presentar las cuentas ante el juez que le discernió la guarda, el cual, oyendo al Ministerio Fiscal las aprobara o estableciera la correspondiente responsabilidad del curador.

Sería igualmente de desear que se precisara el trámite para entregar ese dinero depositado en las arcas del Esatdo, o en alguna institución con las debidas seguridades, una vez que se presente interventga el Juez, con audiencia del Fiscal, para ordenar el pago al heredero siempre que no se perjudique a terceros interesados, ordenando para ello una publicación por la prensa.

f) Casos especiales.

Si después de abierta una herencia en la que no hay albacea y transcurridos más de quince días solamente unos herederos aceptan y otros no han aceptado ni repudiado la sucesión, no hay herencia yacente, pero los herederos aceptantes administran los bienes hereditarios con las mismas facultades que el curador de la herencia yacente, según lo dispone el Art. 1293.

Estos herederos equiparados al curador de la herencia yacente sin embargo, no están obligados a prestar caución, sino cuando "haya motivo para temer que bajo su administración peligren los bienes". Tampoco hay que discernirles la guarda ya que ellos actúan como herederos y no como curadores, aunque sus facultades sean iguales.

El caso previsto en el Art. 786 también presenta una especial figura similar al curador de la herencia yacente, aunque no idéntica. Dice esta disposición legal que: "si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que, en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes". En este caso de propiedad fiduciaria —que muchas veces se constituye mediante testamento, pero que puede también hacerse por acto entre vivos—, el destinatario final de la propiedad no es cierto porque depende de una condición que pasen o no los bienes a él; normalmente los frutos corresponden al fiduciario, pero si se reservan para el fideicomisario, las facultades del primero quedan reducidas al máximo y se equipara prácticamente a un simple curador de bienes.

g) Terminación de esta guarda.

El Art. 532 dice que la curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, o, en el caso del Art. 525, por el depósito del producto de la venta en las arcas del Estado.

No es muy razonable que el depósito en las arcas del Estado haga terminar la curaduría y no termine en cambio si el depósito se realiza en otra institución con las debidas seguridades, por ejemplo en un banco conocido como solvente, y mediando en todo caso la autorización judicial. O bien en ambos casos debería, por igual, terminar la curaduría, o no terminar en ninguno de los dos. Tal vez la última so-

lución sería preferible, pues, aunque el curador no tenga ya que hacer actos de administración, podría conservar el nombramiento con el fin de intervenir eventualmente en la entrega del dinero al heredero que acepte posteriormente la herencia.

Existen también otros casos que, aunque la ley no los enumere, resulta evidente que también producen la terminación de la curaduría de la herencia yacente: si aparece y se posesiona un albacea con tenencia de bienes (Art. 658 del Código de Procedimiento Civil) o si habiéndose abierto la sucesión por muerte presunta, reaparece el desaparecido y recobra sus propios bienes.

Finalmente el mismo Art. 532 señala como causa general de terminación de toda curaduría de bienes, la extinción o inversión completa de los bienes. El caso más frecuente dentro de este concepto será el de que se hayan pagado las deudas hereditarias con los bienes recibidos.

423.— Curaduría de bienes del que está por nacer.

Examinaremos: a) Cuando hay lugar para esta curaduría; b) quién debe pedirla y quien debe desempeñarla; c) las facultades de este guardador; d) la terminación de la curaduría.

a) Cuando hay lugar a la curaduría de bienes del que está por nacer.

Si hay bienes que corresponderían a un hijo póstumo, puede nombrarse curador de bienes del *nasciturus*. Supone, pues, el Art. 526, que se trata de un "hijo póstumo", es decir, que nacerá después de haber muerto su padre, y que existan bienes que le corresponderían "si nace vivo y en el tiempo debido".

El ya concebido puede recibir bienes o derechos, pero sólo en forma condicional, es decir, subordinada a la condición de que llegue a tener personalidad frente a la ley, mediante el nacimiento y la sobrevivencia de veinticuatro horas. Si no nace vivo, o si muere antes de las 24 horas, se reputa no haber existido jamás, y los bienes que le habrían correspondido, pasan a otras personas.

También es preciso que el *nasciturus* nazca en "el tiempo debido", es decir, que por la época del nacimiento se establecerá la de la concepción, según la regla del artículo 68, y solamente se atribuirán los derechos si realmente corresponden al recién nacido por su calidad legal de hijo legítimo. Si un niño nace en un tiempo tal que no permite presumir que es legítimo y que tiene por padre al marido de la madre, lógicamente no puede heredar al que no es su padre, y no puede recibir los derechos que se reservaban para el hijo legítimo que se creía que había de nacer.

Tampoco cabe nombrar este curador, si no hay bienes o derechos que custodiar. Normalmente se tratará de bienes hereditarios dejados precisamente por el supuesto padre, pero también cabe pensar

en otros bienes por ejemplo los provenientes de sucesiones hereditarias de los abuelos u otras personas.

No encuentro acertada la explicación que da Somarriva en el sentido de que no cabe esta curaduría si el hijo es legítimo, porque, dice, entonces toca a la madre la patria potestad, y ella misma debe administrar los bienes que corresponderán al hijo. Por el contrario, nuestro legislador ha supuesto que esta curaduría corresponde principalmente al hijo legítimo, por esto hace referencia el Art. 526 al nacimiento en "el tiempo debido", es decir el tiempo necesario para que se presuma la legitimidad del hijo; además, el Art. 527 plantea el caso del nombramiento de curador adjunto, el cual normalmente se da a la madre legítima que ejercerá la patria potestad; finalmente, no estableciendo tal distinción el legislador, tampoco el intérprete debe hacerla; por tanto, esta curaduría corresponde principalmente al hijo legítimo, y podría también designarse a favor de un ilegítimo, y en todo caso, la condición misma del hijo no es absolutamente segura hasta que se produzca el nacimiento, a partir del cual se puede calcular el tiempo de la concepción.

b) Quien puede pedir, y quien puede desempeñar la guarda.

El curador de los derechos eventuales del que está por nacer solamente puede ser testamentario o dativo. El testamentario sólo puede ser nombrado por el padre del nasciturus. Sin embargo, la ley debería permitir también que otras personas que hayan dejado libremente bienes a favor de un póstumo, pudieran también nombrar este curador.

El curador dativo es nombrado por el juez, a petición de la madre o de cualquiera de las personas que habrían de suceder en los bienes si no sucede en ellos el póstumo. Convendría dar a todas estas personas el derecho de proponer la persona que el juez daba nombrar, como sucede en el caso de la herencia yacente, pero la ley guarda silencio al respecto, y por tanto, el juez podría nombrar a distinta persona de la que pidan los interesados.

Se produce una forma muy especial de designación de curador de bienes del nasciturus, cuando muere el padre del hijo ya concebido pero no nacido, habiendo dicho padre hecho testamento en el que designa curador adjunto para que ayude a la madre en el cuidado de la persona y bienes del hijo; entonces, por un principio de economía jurídica consignado en el Art. 527, se hace una interpretación extensiva de la voluntad del testador, y el designado para curador adjunto, ejerce también la curaduría de bienes del que está por nacer; naturalmente, necesita discernimiento de la correspondiente guarda, pero considero que una vez obtenido el discernimiento de la curaduría de bienes, podría luego continuar ejerciendo la curaduría adjunta después del nacimiento del pupilo.

Ya que en general para toda guarda ha adoptado nuestra ley el principio de que puedan ser plurales, esto con mayor razón, se admite

en la curaduría de bienes, y expresamente se dice también del caso de los derechos eventuales del nasciturus.

c) Facultades de este curador.

Ninguna disposición especial se señala en el Título de las Curadurías de bienes, con relación a la de los derechos eventuales del nasciturus; las facultades del curador serán por lo tanto meramente conservativas, de custodia de los bienes y derechos que pueden pasar al póstumo o bien a otras personas. Por la naturaleza del cargo, deducimos que este guardador puede intervenir en los correspondientes trámites y juicios sucesorios correspondientes a las herencias que deberá recibir el pupilo si nace con las condiciones debidas.

El derecho Brasileño concede al curador del que está por nacer que sea también curador de la madre interdicta (Art. 462), la disposición es interesante, y podría aplicarse en nuestro derecho teniendo en cuenta que el juez puede tomar todas las medidas oportunas para proteger la vida o derechos del que está por nacer, particularmente si los parientes del marido difunto piden tales medidas; entonces el juez, podría considerar oportuno designar curador de la madre incapaz, a la misma persona designada por el difunto marido para curador de bienes del que está por nacer.

d) Terminación de esta guarda.

Termina la curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, por el parto de la madre, o por la extinción o inversión completa de los mismos bienes.

Si la madre da a luz, y nace vivo y sobrevive las veinticuatro horas el hijo, entonces ya no hay derechos eventuales sino que se consolidan en su respectivo propietario: el mismo hijo si ha nacido en el tiempo debido, o pasan los derechos a otras personas. En cambio si nace muerto o no sobrevive las 24 horas, se reputa no haber existido jamás, pero el parto de la madre señala también el fin de la curaduría de bienes, ya que tales derechos corresponderán entonces a otras personas.

No es muy exacta la ley al decir que cesa la curaduría por la "extinción o inversión" de los bienes. La extinción de los bienes sí justifica la terminación de la guarda; no así la "inversión" porque todavía tienen que ser conservados y protegidos; más aún, bien podría suceder que desde el comienzo solamente existan bienes invertidos en títulos, propiedades raíces, etc., y sin embargo habría lugar a la guarda, como es obvio.

424.— Facultades comunes de los curadores de bienes.

Hemos señalado ya las peculiaridades de cada clase de curaduría de bienes, y corresponde ahora considerar las facultades comunes a todos los curadores de bienes en general.

El Art. 528 señala que estas facultades se reducen fundamentalmente a tres cosas: a) la custodia y conservación de los biense; b) el cobro de los créditos, y c) el pago de las deudas.

Se indica también en la ley que estos guardadores están sujetos "a todas las trabas de los tutores y curadores", en cuanto a la administración de los bienes, es decir, que requerirán de las autorizaciones que ya se han estudiado, y deberán realizar los actos con las formalidades especiales también ya vistas, no podrán arrendar los bienes sino dentro de los plazos señalados por la ley, etc.

Pero, a parte de todo esto, se restringe especialmente las atribuciones de estos curadores en lo que se refiere a la posibilidad de enajenar o gravar los bienes del patrimonio que defienden.

Expresamente se les prohibe (Art. 529) alterar la forma de los bienes, contratar empréstitos y enajenar aún los bienes muebles.

Por consiguiente los actos de administración extraordinaria de los tutores o curadores generales, son actos prohibidos para los curadores de bienes, y si los realizan, son absolutamente nulos, mientras que si los hiciera otro curador general, sin cumplir con todos los requisitos, el acto sería solamente nulo con nulidad relativa, y aún podría ser válido.

El Art. 529 restringe la facultad de enajenar los bienes, no solamente los raíces y preciosos (como a los otros guardadores), sino también prohibe la venta de los muebles, pero en cambio se establecen dos excepciones: se pueden enajenar los muebles corruptibles (por ejemplo, alimentos, o mercancías destinadas a la venta en un almacén), y también, los que sea preciso enajenar para pagar las deudas. En este caso se debe obtener autorización judicial probando la necesidad. Si no hay autorización judicial el acto es nulo. Pero si el juez autorizara sin que realmente existiera verdadera necesidad, el acto sería válido, aunque debe responder el curador de todo perjuicio que se siga de él. El Art. 530 dice que el dueño de los bienes podrá pedir la nulidad de la venta, si se hizo sin autorización, de donde podría deducirse que se trata de nulidad relativa, pero parece que la nulidad es absoluta, dados los términos prohibitivos y la mayor restricción de facultades frente a los otros guardadores; además el hecho de que expresamente se declare que el dueño de los bienes pueda reclamar, no excluye que la nulidad pueda también declararse de oficio por el juez, considerándola absoluta.

A pesar de ser tan limitadas las facultades administrativas de estos curadores, pueden actuar en juicio defendiendo —como actores o demandados—, los intereses de sus representados. Pero solamente se admite su intervención en los juicios relativos a los bienes que deben administrar, y de ningún modo podrían representar en juicios de otra índole, como los relativos al estado civil.

La labor de estos curadores debe desarrollarse en colaboración con los interesados en los bienes que custodian. Así, una de las obli-

gaciones del curador de la herencia yacente es la de permitir que los asignatarios y herederos inspeccionen los bienes hereditarios y los papeles y cuentas de la sucesión para que, precisamente analizando su estado, puedan aceptar o rechazar (Art. 1285). Los asignatarios pueden "implorar las providencias conservativas que les conciernan" (Art. 1285), y el curador de bienes tiene obligación de tomarlas, en cuanto de él dependa, o pedirlas al juez. El curador de la herencia yacente debe intervenir juntamente con el albacea sin tenencia de bienes (ya que si hay tenencia de bienes, no cabe curador), en los juicios que quiera intentar dicho albacea.

425.— Reglas de Derecho Internacional Privado.

El Código Sánchez de Bustamante (Arts. 78-83) declara aplicables a la ausencia dos leyes: la territorial y la personal del ausente.

La ley territorial se aplica: a las medidas provisionales en caso de ausencia; al tiempo en que se debe declarar la ausencia y cuando produce su efecto; a la terminación; a la obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes del ausente.

La ley personal rige: la representación del ausente; a quién compete pedir la declaración de ausencia; el orden y condiciones de los administradores; la declaración de muerte y los derechos eventuales que de ella se desprenden.

La declaración de ausencia y la presunción de muerte así como la terminación de ellas tienen eficacia extraterritorial (Art. 83).

Las reglas de los Arts. 4, 5, 6 y 8 de la Ley de Compañías permiten dar curador del ausente a la compañía extranjera que carezca de domicilio y de representante legal en el Ecuador, equiparándola al deudor que se oculta, y conceden competencia a nuestros jueces para este efecto.

Sobre la curaduría del nasciturus no hay ninguna disposición en el Código Sánchez de Bustamante, de modo que habría que aplicarle las reglas generales de las guardas.

CAPITULO XXXII

CURADURIAS ADJUNTAS Y ESPECIALES

426.— Principios generales sobre estas guardas.

A mi modo de ver, los curadores adjuntos pueden ser especiales o también generales. El Art. 533 parece referirse principalmente a los curadores adjuntos de carácter general, ya que equipara sus facultades a las de los tutores o curadores, y solamente las restringe si fueren agregados a los curadores de bienes. Pero creo que en otros casos el

curador adjunto tiene también sólo las limitadas facultades de un curador especial: si el hijo menor de edad, por ejemplo, tiene un peculio adventicio extraordinario que no debe administrar el padre o madre, necesita un curador, porque es incapaz el menor, y este curador que administra los bienes del hijo de familia, es adjunto, ya que el pupilo está bajo patria potestad, y no puede reconocerse a tal guardador otras facultades que las de un guardador especial: para la concreta administración de ese peculio. Luego es evidente que el curador adjunto puede a la vez ser especial.

Además, en todo caso, aún cuando el curador adjunto deba intervenir en la generalidad de los asuntos administrativos del pupilo, siempre la administración del curador adjunto será una "especial administración" ya que no está solo, sino agregado a otro u otros guardadores o al padre, madre o marido que ejercen su potestad paterna o marital sobre el pupilo, y las facultades del curador adjunto se miden, se gradúan, por las de la persona a quien se agrega y con quien comparte la administración. Podemos, por tanto decir, que en todo caso, el curador adjunto es un peculiar curador especial. Finalmente, hay que tener presente, que el curador adjunto tiene sólo el cuidado de los bienes, más no de la persona del pupilo, mientras que a los curadores generales corresponden ambas cosas.

Para que un curador sea "adjunto" deben reunirse estas dos condiciones: a) que el pupilo está bajo la potestad (paterna o marital) o bajo curaduría general o tutela, y b) que se dé esta guarda para que se ejerza una administración separada. Estos requisitos se recogen en la definición contenida en el artículo 386: "Se llaman curadores adjuntos los que se dan, en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre, madre, o marido, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada". Por consiguiente, el curador adjunto no tiene el cuidado del pupilo, sino solamente de los bienes: de todos los bienes, o de una parte de ellos. Por administración separada, se entiende, la que no depende de la patria potestad, la potestad marital o la tutela o curaduría general, pero que al mismo tiempo no implica la terminación de aquellas, sino que es compatible con su continuación.

"Curador especial es el que se nombra para un negocio particular" (Art. 387). Se entiende; negocio jurídico, asunto legal. Bien puede no ser de índole patrimonial, como el caso previsto expresamente en el Art.98: el curador especial para autorizar el matrimonio de un menor a quien no puede darle el asentimiento ni su padre, madre o ascendientes, ni el curador general, por no tenerlos o estar inhabilitados. Puede el curador especial darse para un negocio puramente patrimonial, como una venta de bienes raíces del menor. Pero el caso más frecuente y conocido de curaduría especial es el de la curaduría para representar al incapaz en un juicio: la curaduría *ad litem*.

427.— En qué casos se nombra curador adjunto.

Según dispone el artículo 392, "generalmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene. Sólo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la ley designa". Pero no tenemos una enumeración legal exhaustiva, ni es preciso que se nombren expresamente todos los posibles casos de curadores adjuntos, como pretenden hacerlo algunos códigos extranjeros, por ejemplo los de Perú y Argentina. Basta que la ley delimite las circunstancias en que cabe esta guarda, y siempre que se reunan las condiciones requeridas por el derecho, se podrá nombrar curador adjunto. La idea fundamental que inspira al legislador con relación a la curaduría adjunta es la de llenar un vacío, una deficiencia o incapacidad parcial, o impedimento de quien tiene la representación general de un incapaz.

Conviene, sin embargo, examinar los principales casos de curadurías adjuntas, que se mencionan en la ley, en diversos lugares.

El artículo 266 considera dos casos en los que cabe curaduría adjunta: cuando el hijo de familia ha recibido una donación, herencia o legado con la condición de que el padre no administre los bienes dejados o donados; y cuando pasa al hijo una herencia o legado por incapacidad o indignidad del padre o por haber sido éste desheredado En tales circunstancias el hijo continúa bajo la patria potestad, pero el padre no puede administrar los bienes del hijo, el cual siendo incapaz, necesita de otro representante para tal efecto, y tal representante es precisamente un curador adjunto.

El artículo 271 agrega otra causa para que se nombre curador adjunto para el hijo de familia: cuando se quita al padre la administración de los bienes del menor por culpa grave o por dolo en esa misma administración. No debe confundirse este caso con el de suspensión de la patria potestad, que puede producirse por la misma causa, o por demencia o larga ausencia del padre, si llega a extremos considerados muy graves para el hijo: si se suspende la patria potestad del padre, sucede en ella la madre, según el artículo 283, y si la madre fuere incapaz o no existiere, se nombraría un curador general y no adjunto.

Según el artículo 285, la madre que pasare a segundas o ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de los bienes de los hijos, pero no los demás derechos de la patria potestad. Y el artículo 553 prescribe que no sólo la madre, sino también la ascendienta que tiene descendientes bajo su guarda o la madre ilegítima que tiene hijos bajo tutela o curaduría, deben denunciar al juez si van a contraer nuevo matrimonio "para que se nombre la persona que ha de sucederles en el cargo". Ahora bien, si pierden todo derecho (lo cual sucede en el caso de que la madre o ascendienta sean sólo guardadoras), el nombrado será un curador general; pero si es la madre legítima la que

se vuelve a casar, conserva la patria potestad, y solamente hay lugar al nombramiento de curador adjunto.

En los casos en que se suspende la patria potestad del padre, conforme al artículo 54 del Código de Menores, por alcoholismo crónico, descuido de la crianza del hijo, etc., si se confía la patria potestad a la madre, se corre el peligro de que el marido ejerza una presión moral sobre su mujer en perjuicio de los hijos, de donde se deduce que debe nombrar curador adjunto a la madre, con el fin de que los hijos queden debidamente protegidos, de otro modo no alcanzaría el fin que la ley persigue.

Si los padres legítimos o ilegítimos han sido privados de la patria potestad o de la tutela o curaduría respectivamente, no pueden nombrar por testamento guardador para sus hijos, salvo que les dejen bienes que no les debían a título de legítimas, pues entonces, según el Art. 402, pueden nombrar curador testamentario, pero esta curaduría "se limitará a los bienes que se donan o dejan al pupilo", luego, tal curaduría será adjunta, ya que otra persona debe desempeñar la guarda general, o la patria potestad.

También cuando una persona cualquiera, no sólo los padres, sino también un extraño, dejan una herencia o legado, o bien hacen una donación bajo la condición de que no administre esos bienes el otro padre que esté ejerciendo la patria potestad o el tutor o curador general del incapaz, hay lugar al nombramiento de un curador adjunto para la administración de dichos bienes.

Respecto de la mujer casada, que se halla bajo la potestad marital, hay lugar al nombramiento de curador adjunto cuando recibe donaciones, herencias o legados que no deba administrar el marido, cuando se ha hecho separación parcial de bienes en las capitulaciones matrimoniales, cuando ha hecho exclusión total o parcial de bienes o se ha liquidado la sociedad conyugal, y en todos estos supuestos, además la mujer no es capaz de administrar tales bienes sea por razón de la edad o por otro impedimento, que no haya dado lugar al nombramiento de curador general.

Con relación a toda guarda, cabe también el curador adjunto cuando los negocios del pupilo son tan complicados que no se alcanza por sí sólo el tutor o curador a cuidar de ellos competentemente; en particular, si los bienes están situados en diversos lugares de la República, se justifica el nombramiento de curador adjunto. Puede el mismo guardador pedir al juez este nombramiento de curador adjunto, u otros interesados, según los casos.

Por la misma razón que se autoriza al guardador a solicitar al juez la ayuda de un curador adjunto, debe admitirse que la madre que desempeña la patria potestad, pueda recurrir al juez y pedir el nombramiento de curador adjunto cuando ella sola no se considera capaz de administrar todos los asuntos de sus hijos.

428.— Quienes nombran curador adjunto, y quien debe desempeñar la guarda.

El nombramiento propiamente dicho, de toda guarda, lo hace el juez, al discernir la tutela o curaduría, pero la designación de la persona llamada (que a veces se dice también nombramiento), corresponde a diversas personas según los casos.

Por su naturaleza misma, estas guardas pueden ser solamente testamentarias o dativas; ninguna referencia hay en la ley que obligue a aplicar el orden de las guardas legítimas, y aún parece que ello sería imposible o muy difícil porque ya está desempeñando la tutela o curaduría general (en muchos casos), el llamado por la ley a ese cargo.

El Art. 284 reconoce, en cambio, al padre legítimo el derecho de nombrar por testamento un curador adjunto a la madre para la administración de los bienes de los hijos menores.

Igual derecho debe admitirse que tiene la madre que ejercer la patria potestad, si los hijos a su muerte quedarán bajo guarda. Y aún debería reconocerse el mismo derecho a la madre a cuya muerte los hijos pasarán bajo la patria potestad del padre o bajo su guarda; este supuesto es posible, ya que por ejemplo los hijos menores varones impúberes o las hijas mujeres, están bajo el cuidado de la madre divorciada o separada judicialmente del marido, y aún los varones púberes pueden estar bajo la patria potestad de la madre en tales circunstancias. Y efectivamente, el Art. 400 reconoce, con ciertas limitaciones, el derecho de la madre de nombrar guardador testamentario, sin que deba excluirse la posibilidad de que éste sea un curador adjunto aunque el mismo padre sea el llamado a la patria potestad o a la guarda general de los hijos que antes estuvieron sometidos a la madre. Naturalmente, si la madre no ejerció la patria potestad, mal podría condicionar ella el ejercicio de la patria potestad del marido, mediante la designación de un curador adjunto.

En cuanto al padre o madre ilegítimos, no parece que del artículo 284 se pueda deducir igual derecho, ya que en todo caso se supone el ejercicio de la patria potestad. Pero, en cambio, el Art. 401 concede al padre y madre ilegítimos los mismos derechos que a los legítimos en cuanto a la designación de guardadores testamentarios, y el Art. 396 expresamente enumera el derecho del padre legítimo de nombrar curador adjunto, de modo que no cabe duda al respecto.

El Art. 396 dice que el padre puede designar en testamento curador adjunto, "no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre de la madre, para el caso de que nazca vivo". Este curador adjunto, tiene su nombramiento pendiente de la referida condición, y no puede actuar sino después del nacimiento del pupilo, en la condición de adjunto; pero, mientras no nazca la criatura, el designado puede ejercer la guarda en otra calidad, siempre que haya fallec

el padre, pues, según el Art. 527 se presume nombrado para la curaduría de bienes del que está por nacer.

El derecho de la madre de nombrar curador por testamento, está limitado por estas circunstancias, en las cuales no puede hacer tal designación: a) Si puede nombrarlo el padre (pues el Art. 400 dice: "a falta de padre"), pero bien podría una mujer hacer testamento con tal designación cuando todavía vive el padre de sus hijos, de modo que la designación solamente tendría valor en caso de morir la madre después que el padre, bastando, como es evidente que no haya padre, el momento en que sea necesario conferir la guarda al menor o incapaz; b) "si ha estado divorciada por adulterio" (adulterio de ella, debe entenderse, mas no, si el adulterio fué cometido por el marido. Y no vemos la razón de no privar también al marido de la facultad que se quita a la mujer cuando él provocó el divorcio por su culpa); c) Si se le ha quitado la patria potestad por disposición judicial; y d) si ha pasado a otras nupcias (Art. 400), siendo esto último evidentemente injusto con la mujer.

Si no hay designación testamentaria válida, hecha por quien tenía tal derecho, el juez nombrará el curador adjunto dativo. Desde luego, nada impide que el juez nombre para esta guarda a un pariente del pupilo, es lógico, más bien, que primeramente escoja de entre los consanguíneos más próximos al pupilo, a la persona más apta, pero sin que tenga que sujetarse a un orden riguroso.

429.— Atribuciones y responsabilidades de estos curadores.

Las facultades de los curadores adjuntos se reducen a la administración de los bienes pupilares, y a la representación del pupilo en los actos y contratos relativos a dicha administración, dentro y fuera de juicio. No tiene en ningún caso, el curador adjunto, atribución alguna sobre la persona del pupilo; el cuidado, crianza, educación, etc. del pupilo corresponde a otras personas.

Respecto de la administración de los bienes, varía notablemente la función del guardador adjunto, según que estén agregados a unas u otras personas. Si el curador adjunto se agrega al padre, madre, marido o tutor o curador general que ejercen la principal guarda del pupilo, el adjunto tiene una administración similar a la del tutor o a la del curador general. En cambio, si el adjunto se agrega a una curaduría de bienes, sus facultades son iguales a las de los simples curadores de bienes, y por lo mismo, más restringidas.

La administración de los curadores adjuntos es independiente de la que ejerzan los respectivos, padres, marido, o guardador general. No deben, por tanto, obrar de consuno con ellos, como se prescribe para el caso genérico de haber varios tutores o curadores. Su situación es más bien, como la de los guardadores cuyas distintas administraciones fueron señaladas por el testador o por el juez.

El curador adjunto representa al pupilo en los asuntos estrictamente relacionados con su administración separada. Por tanto, es preciso contar con el curador adjunto en los juicios que se sigan con el pupilo sobre tales asuntos, y si el pupilo estuviera representado en esos juicios sólo por su padre, o guardador general, etc., el juicio sería nulo, ya que ellos no tienen personería para representar al pupilo en los asuntos que son de competencia del curador adjunto.

Pero la independencia del guardador adjunto no obsta a que el padre, madre, marido o guardador general recurran al juez cuando consideran que peligran los intereses del menor, y pidan la exhibición de las cuentas juntamente con el inventario, para controlar la administración que se supone que perjudica al incapaz. Si los principales representantes del incapaz, no ejercen esta atribución que es también un deber, y de la falta de vigilancia e intervención se sigue un perjuicio para el pupilo, ellos se hacen responsables como los demás guardadores son responsables de no vigilar a sus colegas en el cargo.

430.— Quiénes son curadores especiales.

Curador especial es el que se nombra para un negocio particular (Art. 387), es decir, un asunto jurídico concreto, específico, y no para la generalidad de los asuntos de un incapaz.

En principio, hay lugar al nombramiento de curador especial cuando una persona carece de representante legal y hay urgencia de que actúe jurídicamente (dentro o fuera de juicio), sin que sea posible el nombramiento inmediato del representante general; o bien, cuando una persona tiene representante pero éste no quiere o no puede representar al incapaz en un determinado asunto, el caso más típico será precisamente cuando haya oposición de intereses entre el representante y el pupilo, o tenga el incapaz que litigar con su propio padre, madre, marido o guardador.

Son casos en que debe intervenir un curador especial, entre otros: a) para autorizar el matrimonio de un menor que no tiene padres, ascendientes ni curador general (Art. 98); b) para que el menor pida al juez la calificación del disenso paterno para su matrimonio (Art. 100 Código Civil y 787 Código de Procedimiento Civil; c) para el divorcio consensual o para el juicio de divorcio, del cónyuge menor de 18 años (Arts. 131 y 133), aunque no se ve la razón de que los demás menores de edad —los que ya han cumplido 18 años— no lo necesiten, y desde luego, siempre que no tengan curador general; d) para la formación del inventario de los bienes del hijo, o para certificar que no hay bienes que inventariar, cuando el padre que tiene la patria potestad o curaduría de los menores se quiere volver a casar (Art. 150); e) para que la mujer menor de edad pida la separación conyugal judicialmente autorizara (Art. 186); el varón también necesita de curador si es menor de edad, pero el Art. 186 se refiere sólo

a la mujer, porque el marido, emancipado por el matrimonio, necesitaba desde antes un curador general para administrar la sociedad conyugal, de modo que de ordinario sí tendrá representante legal, en cambio la mujer está representada por el marido que no puede seguir actuando en su nombre en este juicio por la oposición de intereses; f) para notificar al menor la voluntad de legitimarle y que acepte o repudie aquel beneficio (Art. 229); g) cuando el padre no quiere o no puede representar al hijo en juicio con un tercero (Art. 278), y se presume que concurre una de esas dos circunstancias siempre que el padre debidamente notificado de hecho no interviene en el juicio; h) para la declaración de la paternidad o maternidad ilegítimas, si no hay padre que pueda representar al menor (Art. 303); la madre ilegítima no representa al hijo sino en el caso de que el hijo haya aceptado el reconocimiento y no tenga padre hábil para representarlo; sin embargo, en las reclamaciones de alimentos —que suelen ser los juicios en que más frecuentemente intervienen estos menores—, la madre ilegítima puede representar a los hijos, aunque no haya habido notificación y aceptación del reconocimiento, por cuanto dispone el Art. 65 del Código de Menores y porque sólo los mismos hijos podrían impugnar tal reconocimiento y representación en virtud del Art. 238 del Código Civil, de modo que en tales casos no se requiere de curador especial; i) en general cuando el hijo debe litigar con el padre o madre, si el otro progenitor no puede representarle (Art. 35 del Código de Procedimiento Civil); según el Art. 1121 no se puede representar a dos o más personas entre las cuales haya oposición de intereses; ni puede representar aquel que tiene oposición de intereses con el representado; j) para que un menor de 18 años y mayor de 14 años pueda declarar en juicio penal, se le nombra un curador especial (Art. 79 del Código de Procedimiento Penal y 36 del Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional).

Si el padre no comparece en un juicio, declara la jurisprudencia, se le debe nombrar al hijo menor de edad, un curador *ad litem*, es decir, especial para la litis; y si no se cumple con este requisito, se anula el juicio. Si muere el padre durante el juicio, debe continuarse el litigio con la intervención del curador ad litem, aunque, podría también comparecer el que sea nombrado curador general del menor.

431.— Procedimiento para nombrar estos curadores.

Las curadurías especiales son dativas, como declara el Art. 535. Sin embargo, en casos excepcionales cabría la curaduría especial testamentaria: nada impide, en efecto que el testador que designa tutor o curador para su hijo también señale la persona que ha de desempeñar la guarda relativa a un asunto particular; y como ya hemos dicho, en muchos casos las curadurías adjuntas tienen carácter especial, y entonces pueden ser también testamentarias.

Pero el Título XXIX del Libro I del Código Civil se refiere a las más típicas curadurías especiales, y por ello dice simplemente que son dativas, y esto como introducción para señalar el peculiar modo de conferir esta guarda cuando se trata de las curadurías ad litem: el caso más saliente de las curadurías especiales.

En las curadurías *ad litem* no se procede como para las demás guardas, al discernimiento, es decir a un trámite judicial especial solamente para nombrar y posesionar al guardador, cumpliéndose una serie de requisitos. El discernimiento se reemplaza en el caso de las curadurías *ad litem* por el simple nombramiento expedido por el mismo juez que conoce del asunto principal que se discute, haciendo constar la aceptación del cargo por parte del guardador; estas dos simples diligencias "valen por discernimiento" (Art. 800 del Código de Procedimiento Civil). No se requiere ninguna otra solemnidad ni antecedente ni como consecuencia, por tanto, no se requiere escritura o protocolización del nombramiento.

Si el menor con quien se quisiere litigar es adulto, el juez debe ordenarle que designe el nombre de la persona que ha de desempeñar su curaduría *ad litem*, y si es idónea, el juez la nombrará; si el menor no designa o designa a persona que no es apta para desempeñar ese cargo, el juez procede libremente a nombrar a otro, en todo caso, oyendo a los parientes cercanos del menor y al fiscal (Arts. 801 y 802 Código de Procedimiento Civil).

Si el menor adulto designara una persona idónea para desempeñar su curaduría *ad litem*, y el juez no nombrara al designado sino a otro, los actos en que éste interviniera serían nulos, como se desprende del inciso segundo del Art. 801 del Código de Procedimiento Civil.

Pero si el menor no quiere designar a nadie, o designa a quien no es apto, el juez nombra a otro (Art. 478 del Código Civil), y lo actuado por éste resulta válido; de otro modo, el menor tendría un arma obstruccionista de cualquier juicio, sumamente peligrosa. Por otra parte, el menor que no usa su derecho o que lo usa mal, denota no estar suficientemente dotado para ejercerlo.

El curador *ad litem* no está obligado a hacer inventario, según expresa disposición del Art. 536, pero tampoco debe rendir fianza, puesto que esta guarda no se discierne (Art. 415), y la exigencia de fianza o caución es requisito previo del descernimiento (Art. 416); además el Art. 417 exonera de la fianza a los guardadores que se dan "para un negocio particular sin administración de bienes", como precisamente lo es la curaduría *ad litem*.

Existe un trámite más simplificado aún, de nombramiento de curador ad litem. Los menores de 18 años y mayores de 14 pueden declarar en juicios penales con la intervención de un curador (Art. 79 del Código de Procedimiento Penal y 36 del de Policía); entonces el mismo juez nombra y posesiona en la misma diligencia, sin cumplir

necesariamente el requisito de que el menor adulto presente el candidato, ni el de oir a los parientes del menor y al fiscal; solamente, debe el juez exigir a este curador especialísimo que se posesione jurando desempeñar fiel y legalmente su cargo (Art. 121 del Código de Procedimiento Penal).

También es un caso muy especial el del curador que se nombra para contestar la demanda que se dirige contra un ausente; este curador del ausente nombrado a petición del que tiene que litigar con el ausente (o deudor que se oculta, equiparado el ausente), es propiamente un curador *ad litem;* sin otras facultades que la de representar en el juicio al ausente que carece de otro representatne legal o voluntario, y por lo mismo, no cabe exigirle ninguna otra solemnidad para ser nombrado.

Todo curador especial, no sólo el que se da para la litis, no está obligado a hacer inventario (Art. 536), pero sí debe conferir un recibo de los documentos, cantidades o efectos que se le entreguen para el desempeño de su cargo, de todo lo cual ha de rendir cuenta fiel y exacta.

432.— Facultades y responsabilidad de estos curadores.

Los curadores especiales solamente pueden actuar en los asuntos para los que han sido nombrados, y en ellos exclusivamente pueden representar al pupilo. En el caso de los curadores *ad litem,* sus funciones se restringen rigurosamente a lo comprendido en el juicio para el cual y dentro del cual han sido nombrados.

La existencia de curador especial no obsta, por lo dicho, a que se proceda válidamente a nombrar curador general al mismo pupilo, para que se haga cargo de todos los demás asuntos.

Respecto de los curadores adjuntos, que muchas veces se deben considerar curadores especiales porque su administración se concreta a determinados bienes, se ha planteado la cuestión de si representan o no al pupilo. En el caso del adjunto a la madre que ejerce la patria potestad y que ha perdido solamente la administración (Art. 285), evidentemente ella conserva la representación del hijo; pero también puede representar al pupilo el curador adjunto en los asuntos específicos de su guarda, pues el curador adjunto es "independiente de los respectivos padres, etc..." como lo dice el Art. 534.

Un punto que se ha discutido es el de si un curador *ad litem* puede representar al pupilo en juicio de divorcio. Hay algunas sentencias en el sentido afirmativo, con votos salvados, y también negativos. Pero el actual tenor de la ley, parece excluir toda duda, porque los Arts. 131 y 133 exigen que el menor esté representado en esos juicios por "su curador general o, a falta de éste, por un curador especial", y el *ad litem* es especial.

Naturalmente, el designado para un juicio no puede representar al pupilo en otro litigio, aunque sea consecuencia del primero. Así, una sentencia de la Corte Suprema declara que el curador *ad litem* para un juicio de partición no puede iniciar un recurso de queja, o de acuerdo con el actual Código de Procedimiento un juicio de indemnización de perjuicios contra el juez.

Las facultades del curador *ad litem* además, tienen las restricciones propias de los guardadores también en lo relativo al juicio. De este modo, como declara una sentencia, no pueden desistir del juicio, como tampoco pueden comprometer en árbitros, y así lo prohibe el Art. 1013 del Código de Procedimiento Civil.

En lugar de pedir el nombramiento de curador *ad litem* también cabe que se designe y nombre curador especial para un asunto antes de que surja la litis, y con el fin de que el curador intervenga en ella; este es el procedimiento más lógico cuando el pupilo va a ser el actor.

La responsabilidad de los curadores especiales es igual a la de los demás guardadores, pero circunscrita a su propio mandato. Los curadores *ad litem* están sometidos al trámite previsto en la Sección 36ª del Código de Procedimiento Civil —propio para los empleados de la Función Judicial—, para exigirles las indemnizaciones de perjuicios a que se hubieren hecho responsables.

No es preciso decir, que terminan estas guardas cuando el asunto para el cual fué nombrado el curador, queda concluído.

CAPITULO XXXIII

INCAPACIDADES Y EXCUSAS

433.— Incapacidades y excusas en general.

En nuestro Derecho solamente pueden desempeñar las guardas personas naturales, a diferencia de lo que se ha establecido no hace muchos años en algunos países como Argentina y Chile, en los que también ciertas instituciones de beneficencia, y aún los bancos privados pueden desempeñar algunas guardas.

Las personas naturales, además, para poder desempeñar el cargo de tutor o curador deben ser capaces, dotadas de una capacidad especial. La ley exige estos requisitos peculiares por un sentido de protección al incapaz. No siempre el que puede desempeñar competentemente sus propios asuntos, resulta apto para manejar los ajenos. se exige, pues, algo más. De aquí que existan incapacidades especiales para el ejercicio de las guardas.

Las incapacidades para el ejercicio de las guardas, como dice Fueyo, son de orden público, por su propio fundamento, y por tanto,

de aplicación en todo evento. En ningún caso y bajo ningún pretexto, podría nombrarse válidamente a quien no cumpla las condiciones exigidas por la Ley. Los jueces no tienen potestad para dispensar de estos impedimentos legales.

Por otra parte, las guardas son "cargos impuestos a ciertas personas", según expresa el Art. 378; luego, la aceptación y desempeño de las tutelas y curadurías resultan obligatorios, y solamente pueden excusarse las personas a quienes la ley autoriza para ello.

Naturalmente, todo el que tiene una causa de incapacidad, puede y debe excusarse. Pero, además, las personas capaces, pueden tener motivos razonables para eximirse del desempeño del cargo que normalmente es obligatorio: tienen una causa de excusa, aprobada por la ley.

"Entiéndese por excusa —dice Manresa—, en el lenguaje común y corriente, todo motivo o causa que alega una persona para dejar de cumplir o para explicar el incumplimiento de un acto prometido o debido. El Código acepta este modo usual y estricto de entender la palabra, y rompe, por tanto, con la amplia significación jurídica que hubo de darle el Derecho Romano, según cuya doctrina eran *excusas*, tanto las causas de inhabilitación o incapacidades para la tutela, como estas otras, llamando a las primeras *necesarias*, y voluntarias a las segundas".

Nuestro Código resulta muy claro, por cuanto divide con precisión en el Título XXX: "De las incapacidades y excusas para la tutela o curaduría", un primer párrafo que trata de las "incapacidades" y otro párrafo "de las excusas", reservándose para el tercer párrafo las reglas comunes a unas y otras.

El párrafo 1º, que trata de las incapacidades, se subdivide en unas partes numeradas con signos romanos, y que distinguen las diversas clases de incapacidades: I. Las provenientes de defectos físicos o morales; II, las relativas a profesiones, empleos y cargos públicos; III, las relacionadas con el sexo; IV, las provenientes de la edad; V, de las relaciones de familia; VI, las originadas por oposición de intereses o diferencia de religión entre el guardador y el pupilo; VII las incapacidades sobrevenientes; y VIII reglas generales sobre las incapacidades.

434.— Incapacidad por defectos físicos y morales.

Es lógico que si la tutela y la curaduría están organizadas en interés y para protección del pupilo, el guardador debe tener plena capacidad jurídica y solvencia moral. Por esto, normalmente, los Códigos son minuciosos en este punto señalando numerosas causas de incapacidad especial. En nuestro Código se enmeran en el Art. 538 estas causas de incapacidad:

Art. 538: Son incapaces de toda tutela o curaduría:
1º Los ciegos:
2º Los mudos;
3º Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;
4º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores;
5º Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;
6º Los que carecen de domicilio en la República;
7º Los que no saben leer ni escribir;
8º Los de mala conducta notoria;
9º Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el Art. 390, número 4º, aunque se les haya indultado de ella;
10º La mujer que ha sido condenada o divorciada por adulterio;
11º El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el Art. 290;
12º Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

Los ciegos y los mudos tienen capacidad jurídica general, pero se les excluye de ciertos cargos que requieren una más precisa aprehensión de las cosas, por ejemplo, no pueden ser jueces. Tales defectos físicos hacen también necesarias formalidades especiales en el caso de testamento hecho por estas personas. Resulta muy razonable que no puedan ser guardadores. El mudo, si además, no oye y no sabe leer ni escribir, es absolutamente incapaz y necesita de curador.

Los dementes "aunque no estén bajo interdicción", dice con presición el Art. 538. Pero nuestro artículo 1500 declara absolutamente incapaces a los dementes, y el Art. 538, quita toda duda al afirmar que "aunque no estén en interdicción, no pueden ejercer la guarda; efectivamente, se pone en interdicción sólo al "habitualmente demente", pero el demente, aunque tenga intervalos lúcidos, no puede ejercer la tutela o curaduría de otra persona; el juez debe, pues, apreciar al discernir la guarda si la persona nombrada usa correctamente de su razón; y si posteriormente se volviere demente, debe ser removido tal guardador, aunque no esté todavía interdicto.

Respecto de los fallidos observa Borja con razón, que debería distinguirse el caso de la quiebra fraudulenta del de la fortuita; en el primer caso no cabe que se confíe la guarda al que actuó dolosamente, aunque haya satisfecho después a sus acreedores, mientras que sí es excusable el que cayó en insolvencia por un caso fortuito y ha pagado todo cuanto debía. En igual sentido se expresan Egon Lueg y Fueyo.

El numeral 5º parece supérfluo, porque el disipador que está privado de la administración de sus propios bienes es incapaz relativo, en general para todo acto o contrato. Habría sido preferible referirse

genéricamente a todos los que no son plenamente capaces, con capacidad jurídica general.

Los que carecen de domicilio en la República, no pueden desempeñar una guarda en el país. Pero nada impide para que sean nombrados en el extranjero de conformidad con leyes extranjeras o por disposición de jueces extranjeros, aunque apliquen las leyes ecuatorianas, si van a desempeñar tales guardas fuera del Ecuador. Tampoco creo que habría inconveniente para que un juez ecuatoriano confiera la guarda de un ecuatoriano residente en el extranjero a otro ciudadano de nuestro país que también tenga el domicilio en esa misma Nación, aunque sea, pues, "fuera de la República", aplicando el Art. 14 por el cual están sometidos a las leyes de su Patria los ecuatorianos aunque se hallen en el extranjero, en lo relativo al estado, la capacidad y las relaciones de familia. Merecería, por tanto, aclararse este numeral; o mejor dicho, ampliarse.

La incapacidad especial de los que no saben leer ni escribir, me parece muy justa: no podría desempeñar competentemente la guarda. Además es un estímulo más para la alfabetización, como lo es también la exigencia de saber leer y escribir, para ser ciudadanos y poder votar.

A propósito del numeral décimo, hay que decir, que igualmente el marido por cuyo adulterio se ha pronunciado el divorcio debería también ser incapaz: así lo exige la equidad y el principio de igualdad fundamental de los cónyuges. También hay que tener en cuenta que como actualmente sólo se puede acusar penalmente el adulterio después de pronunciado el divorcio, resulta redundante la ley al decir "o divorciada".

Al tratar del divorcio vimos que los padres pueden convenir libremente respecto de cuál de ellos queda con el cuidado de los hijos, y a este cuidado va anexo el ejercicio de la patria potestad; pero si se priva de la patria potestad al padre y a la madre, debe nombrarse un guardador. Sería razonable que no fuera capaz para la gurda, en genrl todo padre que dé motivo para el divorcio.

El que ha sido removido de una guarda por torcida o descuidada administración no merece la confianza de desempeñar otra guarda. Pero también aquí cabría matizar la ley, permitiendo que el padre o madre que hayan descuidado la administración de la guarda de un extraño, puedan sin embargo desempeñar la del propio hijo. Pero la ley no hace esta conveniente distinción.

435.— Incapacidades por razón de la profesión, empleo o cargo público.

El Art. 539 enumera tres categorías de personas que por su dedicación al servicio de los demás no podría cuidar de un pupilo en concreto:

Art. 539: Son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría:

1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas, podrán ser tutores o curadores de sus parientes;

2º Los individuos de la fuerza pública, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de líneas o a las naves del estado;

3º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano.

Estas personas, además, normalmente no tendrán su domicilio fijo, o podrá cambiar fácilmente al ser destinados a otro sitio, y aún pueden no tenerlo en el territorio de la República, todo lo cual haría difícil o imposible el buen desempeño de la guarda.

Las personas comprendidas en el número tercero son principalmente los agentes diplomáticos y empleados consulares o de organismos internacionales. Pero tratándose de la guarda de sus propios hijos, debería ser solamente causa de excusa y no de incapacidad, porque pueden tener al hijo consigo y llevarlo al exterior, en cuyo caso, no habría obstáculo real para el ejercicio de la tutela o curaduría; caso distinto es el del extraño, o del padre ilegítimo que por estar casado y no consentirlo el otro cónyuge, no tiene consigo al hijo-pupilo.

436.— Reglas relativas al sexo.

Conviene recordar que en nuestro derecho la mujer en cuanto tal es tan capaz jurídicamente como el varón, a pesar de que existen unas pocas restricciones a esta capacidad. La mujer casada, en cambio, en principio, se ha considerado relativamente incapaz, y desde la Constitución de 1967 se equipara al varón.

Haciendo una excepción al principio de la capacidad jurídica de la mujer, se le prohibe el desempeño de las guardas, salvo el caso de las personas más vinculadas con ella: hijos, descendientes y marido.

Además, la prohibición de ejercer guardas es más severa en el caso de la mujer viuda o divorciada que se vuelve a casar, pues esta ya no puede ser tutora o curadora de sus hijos o descendientes, ni mucho menos, de su ex-marido; solamente podría ejercer la guarda del actual cónyuge.

Estas reglas están recogidas en el Art. 540 y 553:

Art. 540. "Las mujeres son incapaces de toda tutela o curaduría; salvas las excepciones siguientes:

1ª La mujer que no tiene marido vivo puede ser guardadora de sus descendientes legítimos o de sus hijos ilegítimos;

2ª La mujer puede ser curadora de su marido demente o sordomudo;

3ª La mujer, mientras vive su marido, puede ser guardadora de los hijos comunes, cuando en conformidad al Art. 1814, se le confiere la administración de la sociedad conyugal.

Estas excepciones no excluyen las inhabilidades provenientes de otra causa que el sexo."

Art. 553: "Si la ascendiente legítima o madre ilegítima, tutora o curadora, quisiere casarse, lo denunciará previamente al juez, para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aún a los actos de la tutora o curadora anteriores al matrimonio.

La disposición comprende el caso en que la madre, que tiene hijos bajo su potestad, pasare a segundas nupcias."

Estos artículos tendrán que reformarse, para ponerlos de acuerdo con la Constitución.

Un problema se crea en cuanto a la primera excepción señalada en el Art. 540, desde que existe la institución de la separación conyugal judicialmente autorizada (desde 1958). La mujer en esa situación sigue casada, tiene marido, pero para todos los efectos jurídicos se considera como si fuera soltera, de donde debe deducirse que también podría ejercer la guarda de un hijo o descendiente.

Ya hemos dicho en otro lugar que es muy razonable que la mujer ejerza la guarda del marido demente o sordomudo, pero no la del disipador, ebrio, o toxicómano, tal como nuestra ley lo dispone.

También es muy lógica la disposición del inciso tercero del Art. 540: cuando la mujer asume la guarda del marido y la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, también tiene la guarda de los hijos comunes. Pero las más de las veces, tendrá más bien la patria potestad de estos hijos, en virtud de la reforma introducida en el Código y que figura en el actual Art. 285.

La mujer que se vuelve a casar, en cambio, pierde toda guarda que excepcionalmente haya estado desempeñando, y no puede recibir en adelante la tutela o curaduría de sus hijos o descendientes del primer matrimonio. Podría sí ser guardadora del segundo marido o de los hijos o descendientes del nuevo matrimonio, al enviudar o divorciarse nuevamente.

La Ley toma una serie de precauciones en favor de los hijos en el caso de la madre que pasa a nuevas nupcias, porque al quedar ella sometida a la potestad del marido, difícilmente podría gobernar con independencia los intereses de sus hijos. Así, el Art. 154 obliga a la viuda que se quiere casar a recurrir al juez para que él guardador a los hijos del anterior matrimonio; el Art. 223 sanciona a la mujer que se casa antes del tiempo de espera ordenado, y da así lugar a dudas sobre la paternidad de los hijos; el Art. 400 quita a la madre que se vuelve a casar el derecho de nombrar guardador testamentario a los hijos; el Art. 130 priva a la madre o al padre divorciados que se vuel-

van a casar, del derecho de retener bajo su cuidado a los hijos si el otro cónyuge lo pide. En otro orden de asuntos, la viuda albacea de su marido, si se vuelve a casar pierde el albaceazgo (Art. 1327). Todo esto demuestra la severidad de la ley con la mujer que se vuelve a casar. Este es el espíritu de la ley, y por consiguiente, la duda que se ha suscitado sobre si podrá la mujer que vuelve a enviudar, ejercer la guarda de los hijos o descendientes del primer matrimonio, parece que debe resolverse en sentido negativo.

La prohibición de que la madre o ascendientes que se vuelve a casar continúe desempeñando la tutela o curaduría, (Art. 553), sin embargo, a mi modo de ver no es una prohibición absoluta; es decir, que no significa una incapacidad propiamente dicha, que obligue a remover a la madre del cargo, de modo que si no se lo hiciera, los actos hechos por ella fueran nulos. Efectivamente, la ley no enumera esta circunstancia como una incapacidad, sino que impone a la madre el deber de denunciar al juez su próximo matrimonio, y si no cumple la prescripción legal, el efecto es distinto del de nulidad: "ella y su nuevo marido quedarán solidariamente responsables. . "; por tanto, considero, que queda en pié la excepción a la incapacidad, que concede el Art. 540, y la madre que retuviera ilegalmente la tutela o curaduría de sus hijos, continuaría representándoles legalmente y obrando válidamente por ellos. Esto, con mayor razón bajo la nueva Constitución.

Otro tanto, debe decirse de la madre que ejercía la patria potestad y se vuelve a casar: ella pierde el derecho de administrar los bienes de los hijos, pero si continúa actuando, obra válidamente, sólo que asumen ella y el nuevo marido la responsabilidad solidaria. Recuérdese además, que el Art. 2497 concede al pupilo privilegio de cuarta clase contra el que se casa con la madre o abuela tutora o curadora contra lo dispuesto en el Art. 553; de modo que estas otras sanciones legales, eliminan la nulidad, conforme a lo dicho en el Art. 9 del Código Civil.

438.— Reglas relativas a la edad.

Los principios que inspiran nuestra legislación al respecto son estos: a) no pueden ser guardadores los incapaces por razón de la edad: menores de veintiún años; b) hay que procurar que desempeñe la guarda el llamado con mejor derecho (ascendientes y descendientes, o personas designadas en testamento); c) si estas personas no tienen aún la edad necesaria (21 años), se debe nombrar un guardador interino, para que al llegar a la mayoría los principalmente llamados desempeñen la guarda; d) pero se deben evitar cambios frecuentes de guardador, para que desempeñe un corto tiempo el principal llamado: por esto si sólo fuera a desempeñar la guarda un período menor a dos años, se considera inválido su nombramiento; e) el error inculpable

en cuanto a la edad no anula el nombramiento y desempeño de la guarda por parte de quien es realmente menor de edad. Esto es dice con mucha precisión en los Arts. 541 y 542:

Art. 541: No pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido veintiún años.

Sin embargo, si es llamado a una tutela o curaduría el ascendiente, legítimo o ilegítimo, que no ha cumplido veintiún años, se aguardará a que los cumpla para conferirle el cargo, y se nombrará un interino para el tiempo intermedio.

Se aguardará de la misma manera al tutor o curador testamentario que no ha cumplido veintiún años.

Pero será inválido el nombramiento del tutor o curador menor, cuando, llegando a los veintiuno, sólo tendría que ejercer la tutela o curaduría por menos de dos años.

Art. 542: Cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el Art. 353; y si en consecuencia se discierne el cargo al tutor o curador nombrado, será válido y subsistirá, cualquiera que sea realmente la edad.

Nótese que el Art. 541 da el derecho de que se reserve el cargo a los tutores o curadores legítimos, sólo en el caso de ascendientes o descendientes del pupilo, en cambio, si la guarda es testamentaria, esta reserva del cargo —con nombramiento provisional solamente de guardador interino—, se extiende a cualquier designado por testamento; esto se debe a la primacía que tiene el guardador testamentario dado el altísimo respeto a la voluntad del causante que nuestra ley tiene en general.

Si no hay prueba directa de la edad del guardador mediante la partida de nacimiento o declaraciones de testigos del nacimiento o de la inscripción de la partida correspondiente, se apreciará la edad según el desarrollo físico (Art. 353). Evidentemente se puede errar, y nombrar así a quien todavía no cumple veintiún años, pero el nombramiento es válido (Art. 542). Ahora bien, si el mismo guardador conoce que es menor y se finge mayor de edad, obra fraudulentamente, y entonces podría ser removido de la guarda según ordena el Art. 468. Solamente la buena fe, la ignorancia invensible sobre la edad del guardador, justifica su continuación en el cargo y da validez a los actos (Art. 542), y si no la tiene, el guardador es responsable de los perjuicios que ocasione, pierde todo derecho a remuneración y debe ser removido (Art. 554).

439.— Reglas relativas a las relaciones de familia.

Las guardas se fundamentan normalmente en las relaciones de familia: el principio de la solidaridad moral de la familia obliga a que unos miembros velen por otros. Pero esas mismas relaciones, en ciertos casos, pueden oponer a unas personas frente a otras, o impedir

que una de ellas ejerza autoridad sobre otra porque precisamente se pondría en peligro el principio de autoridad, o finalmente, porque el sentido protector de la guarda se viera frustrado.

Los casos de incapacidades por estos motivos están formulados en los siguientes artículos:

Art. 543: El padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado.

Art. 544: El marido no puede ser tutor o curador de sus hijos ilegítimos, sin el consentimiento de su mujer.

Art. 545: El hijo no puede ser curador del padre disipador.

Art. 546: El cónyugo separado judicialmente no puede ser curador del otro.

Si el padrastro no puede ser guardador de los entenados, mucho menos podría serlo la madrastra, ya que ella tiene doble incapacidad: por ser mujer, y por estar en la misma relación de parentesco que el padrastro, respecto de los entenados.

Es razonable que el marido no pueda ser guardador de sus hijos ilegítimos sin el consentimiento de la mujer. Si se llega a suprimir la incapacidad de la mujer para ejercer guardas, habrá que disponer en forma similar para la mujer casada, que necesitaría el consentimiento del marido para asumir o desempeñar esas cargas.

El hijo no puede ser curador del padre disipador, y tampoco puede serlo del ebrio consuetudinario, o del toxicómano, que se asimilan al disipador. Resulta, en cambio, dudoso si esta incapacidad deba extenderse al hijo del padre interdicto por sentencia penal, ya que nada dice la ley, y las incapacidades, en principio son de estricto derecho.

440.— Reglas relativas a la oposición de intereses o diferencia de religión enrte el guardador y el pupilo.

El principio directivo de estas reglas consiste en que no puede representar y cuidar debidamente de los intereses del menor, quien tenga sus propios intereses cotnrapuestos a los del pupilo. Aún en el caso de la persona extraordinariamente honrada que cuidara más de los derechos del pupilo que de los propios, la oposición sería inconveniente, ya porque causaría perjuicio al guardador, ya porque daría origen a suspicacias y resquemores inconvenientes.

Por otra parte, debiendo el guardador en muchos casos cuidar de la crianza y educación del pupilo, es lógico que se exija que tenga la misma religión que su protegido.

Art. 547: No podrá ser tutor o curador de una persona el que le dispute su estado civil.

Art. 548: No pueden ser solos tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella por intereses propios o ajenos.

El juez, según le pareciere más conveniente, les agregará otros tutores o curadores, que administren conjutnamente, o les declarará incapaces del cargo.

Al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo.

Art. 549: Las disposiciones del precedente artículo no comprenden al tutor o curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda o litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor o curador.

Ni se extienden a los créditos, deudas o litis que fueren de poca importancia, en concepto del juez.

Art. 550: Los que profesan diversa religión que la católica no pueden ser tutores ni curadores de los pupilos católicos.

Un juicio sobre el estado civil entraña particular gravedad, por esto se excluye absolutamente de la guarda al que estuviera litigando con el pupilo en esta clase de juicios; a diferencia de otros pleitos, que pueden ser considerados de poca gravedad por el juez, y en consecuencia no impedir el desempeño de la tutela o curaduría.

La oposición de intereses puede asumir dos formas muy típicas a las que el Código dedica especial atención: o bien el guardador es deudor o acreedor del pupilo, o bien tiene un juicio pendiente con el pupilo.

El ser acreedor o deudor del pupilo se prestaría a que se pague antes de tiempo o de preferencia a otros acreedores, o bien que retarde el pago de su propia deuda. Pero no toda deuda o crédito pueden incapacitar al guardador, ya hemos visto que la ley le autoriza a llevar una especie de cuenta corriente, pudiendo él anticipar ciertos gastos necesarios, y luego cobrarse de los bienes del pupilo; lógicamente estas deudas y créditos que surgen de la administración normal y ordinaria de la guarda no producen incapacidad. Además, el juez puede apreciar de poca importancia, en relación a los respectivos patrimonios, ciertos créditos y deudas.

Si el crédito no consta mas que en el testamento, se considera legado (Art. 1119), y por lo mismo, la persona beneficiada sí puede desempeñar la guarda. Pero si el pupilo tiene que dar la posesión de la cosa legada, o de algún derecho como el de usufructo, etc. se requiere necesariamente que intervenga otro curador.

En cuanto a la apreciación por parte del juez de la importancia o poca importancia de la deuda o del juicio entre el guardador y su pupilo debe tener en cuenta el magistrado, dentro de lo posible, la intención del testador, si lo hay, porque la ley procura poner a salvo dicha voluntad siempre que se pueda (Art. 1126).

Por la misma razón, si el testador nombró guardador a una persona conociendo la oposición de intereses con el pupilo, es decir conociendo la causa de dicha oposición, el nombramiento es válido. Pe-

ro no lo sería si después de hecho el testamento surgió nueva causa de oposición, o si existía otra más que el testador desconocía.

La incapacidad por deudas o juicios no se extiende a los ascendientes o descendientes del pupilo (Art. 548). En cambio, no se ha puesto esta excepción a la incapacidad en el caso de que la oposición provenga de la distinta religión (Art. 550), y es lógico, dada la mayor trascendencia de los bienes tutelados con esta última incapacidad: la fe, y la libertad de las conciencias.

Encuentro acertada la reforma introducida en el Código Colombiano (Art. 596) que generaliza a favor de los individuos de toda religión la incapacidad que en nuestro Código proteje solamente a los católicos.

441.— Reglas sobre las incapacidades sobrevenientes.

Ya tratamos sobre un caso muy importante de incapacidad sobreveniente: el de la madre o ascendiente que se vuelve a casar. Valga añadir aquí, a propósito de ese caso, solamente, que el juez no siempre "nombra" a la persona que ha de suceder en el cargo a la madre, sino que a veces simplemente debe llamar y posesionar a la persona ya nombrada por la ley, o designada por el testador, ya que no toda guarda es únicamente dativa; además, si la madre ejercía la patria potestad, la continúa ejerciendo, y no hay reemplazo en el "cargo" sino sustitución en la administración, y la madre conserva la potestad.

Las otras reglas sobre las incapacidades sobrevenientes son bastante distintas, pues tienen un carácter más radical: la incapacidad da fin a la guarda, y anula los actos que eventualmente realice el titular. En cambio, ya hemos visto la distinta solución dada en el caso de la mujer que se vuelve a casar.

Art. 551: Las causas antedichas de incapacidad, que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela o curaduría, darán fin a ella.

Art. 552. La demencia del tutor o curador viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubieren ejecutado, aunque no hayan sido puestos en interdicción.

De todas formas, no debe olvidarse que el guardador que incurre en causas de incapacidad para el ejercicio de su cargo, puede obrar válidamente, y aún tener los derechos de guardador, inclusive a la remuneración, si actúa de buena fe, ignorando la causa de incapacidad. Y en cuanto al caso del demente, desde luego, debe probarse, que realmente carecía del uso de la razón para que anulen sus actos. Nos remitimos a cuanto se dijo a propósito de la curaduría del demente.

442.— Incapacipades no previstas en nuestra ley.

Si el guardador tiene pupilos cuyos intereses están opuestos entre sí, tampoco puede representarlos debidamente. Lo mismo diríamos

si la oposición de intereses se presenta en un pupilo y un hijo que esté bajo la patria potestad del mismo que desempeña la guarda del primero. El Código de Procedimiento Civil prohibe que una persona represente al mismo tiempo a dos o más personas entre las cuales haya oposición de intereses (Art. 1121), pero esta regla se refiere sólo a los juicios, y debería extenderse, en general a todo negocio jurídico.

El Código Peruano permite a los padres excluir de la guarda de sus hijos a alguna persona. Esta disposición sería muy útil en nuestra legislación, porque evitaría, por ejemplo, el tener que probar algunas incapacidades lo que puede resultar ofensivo, y simplificaría trámites de discernimiento de guardas.

Los Códigos de Brasil y Perú, cuentan entre los incapaces a los enemigos del menor o de sus ascendientes, también es una notable regla que falta en nuestra ley (Art. 413 de Brasil y 490 de Perú).

Finalmente considero que se debería excluir de toda guarda al divorciado que se hubiere vuelto a casar, ya que este mal ejemplo no conviene al incapaz; y también debe excluirse de las guardas a todos los que han dado motivo para un divorcio.

443.— Reglas generales sobre las incapacidades

Las reglas que se dan en la VIII parte d el párrafo 2º del Título XXX, se inspiran en estos principios: a) el guardador incapaz debe ser removido; b) la actuación ilegal del guardador no debe perjudicar al pupilo; c) el guardador no puede beneficiarse por una actuación ilegal; d) se protege la buena fe, dando efectos a favor del guardador y del pupilo a las actuaciones de buena fe.

Art. 554: Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de conferírselos el cargo, o que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo.

Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero, sabidas por él, darán fin a la tutela o curaduría.

Art. 555: El guardador que se creyere incapaz de ejercer la tutela o curatela que se le confiere, tendrá, para provocar el juicio sobre su incapacidad, los mismos plazos que para el juicio sobre sus excusas se prescriben en el Art. 562. Sobreviniendo la incapacidad durante el ejercicio de la tutela o curaduría, deberá denunciarla al juez dentro de los tres días subsiguientes a aquel en que dicha incapacidad haya empezado a existir o hubiere llegado a su conocimiento; y se ampliará este plazo de la misma manera que el de treinta días que en el Art. 562 se prescribe. La incapacidad del tutor o curador podrá también ser denunciada al juez por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aún por cualquiera persona del pueblo.

Con relación a la curaduría putativa, es decir a la aparente, de-

sempeñada de buena fe, por el que no tiene en el fondo derecho de ejercerla, me remito a lo ya explicado.

Téngase en cuenta que el Art. 554, lo mismo que el 468 admite la validez de los actos realizados por el guardador de buena fe que actúa en nombre del pupilo ignorando la causa de incapacidad. Lo lógico sería concluir que si conoce dicha causa de incapacidad, y por tanto, desaparece la buena fe, los actos fueran automáticamente nulos. Y así lo sostiene algún comentarista. Pero este artículo señala otro efecto para el descubrimiento de la causa de incapacidad: se da fin a la tutela o curaduría, mediante el trámite normal; lo cual equivale a lo dicho en el Art. 468: el guardador debe ser removido; y esto no quita que, mientras no se produzca la remoción el guardador que conoce ya su incapacidad, pueda realizar válidamente actos urgentes, que de no hacerse ocasionarían perjuicio al pupilo. En esta forma se suaviza el rigorismo legal, en beneficio del pupilo. Si los actos del guardador no urgentes o necesarios, resultaren perjudiciales al pupilo, el guardador deberá indemnizarle.

Una excepción al Art. 554 tenemos en el Art. 542. Si se ha nombrado guardador a un menor, ignorando su edad, y después se descubre él mismo que es menor de edad y por tanto incapaz, debe continuar ejerciendo la guarda. La ley quiere evitar cambios que serían perjudiciales al menor; y si alguien se creía mayor, realmente debe estar muy cerca de cumplir los 21 años.

El Art. 573 dice que los guardadores pierden "todo derecho a la asignación" de la décima cuando se descubre una incapacidad preexistente; pero en concordancia con el Art. 554, debe entenderse que los términos demasiado absolutos empleados en el Art. 573, se refieren solamente al tiempo que corre desde que el guardador descubre su incapacidad.

La incapacidad del guardador puede ser denunciada por un consanguíneo del pupilo o "por otro que tenga derecho para ello" (Art. 828 del Código de Procedimiento Civil). También el incapaz puede recurrir al fiscal para que provoque la remoción del guardador (Art. 834 del Código de Procedimiento Civil), la cual, entre otras causas puede ser por incapacidad del tutor o curador. Según el Art. 583 "cualquier persona del pueblo" puede pedir la remoción del guardador que ha sido separado de otra guarda por dolo o por culpa grave. Y respecto de otras curadurías, particularmente de las de bienes, hay otras personas específicamente llamadas a pedir la terminación de la guarda, como por ejemplo los herederos presuntivos.

El plazo para alegar las excusas es de treinta días, más cuatro días adicionales por cada cincuenta kilómetros de distancia (Art. 562). Ese mismo plazo se da para alegar la incapacidad por parte del mismo guardador, que entonces usa la incapacidad como causa de excusa, en realidad. Es pues muy lógica la regla. En cambio, no se ha establecido en qué término deberán denunciar los consanguíneos y otros llamados a hacerlo; no habiendo plazo, se entiende que en cualquier

tiempo mientras dure la guarda y la causa de incapacidad del guardador; pero no podrían pedir la remoción por una causa que ya se subsanó o desapareció, sin causar perjuicio al pupilo.

444.— Causas que justifican la excusa.

Como acabamos de señalar, la primera causa que justifica la excusa de un guardador es su propia incapacidad legal, sobre ello, no insiste siquiera la ley, pues es obvio. Por el contrario, se señalan expresamente otros motivos razonables por los cuales el obligado a desempeñar una guarda puede eximirse:

Art. 556: Pueden excusarse de la tutela o curaduría:

1º— El Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los Fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público y los Jueces del Crimen;

2º— Los administradores y recaudadores de rentas fiscales;

3º— Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público a considerable distancia del lugar en que se ha de ejercer la guarda;

4º— Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho lugar;

5º— Las mujeres;

6º— Los que adolecen de grave enfermedad habitual, o han cumplido sesenta y cinco años;

7º— Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario;

8º— Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados o teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales.

Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa;

9º— Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos; contándose también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República;

10º— Los que tienen en propiedad un empleo en un establecimiento público de instrucción primaria, secundaria o superior; pero no pueden alegar esta excusa para separarse de la tutela o curaduría anterior, o admitida después voluntariamente.

Art. 557. En el caso del artículo precedente, Nº 8º, el que ejerciere dos o más guardas de personas que no son hijos suyos, legítimos o ilegítimos, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas, a fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo legítimo o ilegítimo; pero no podrá excusarse de ésta.

Art. 558: La excusa del Nº 9º, del Art. 556, no podrá alegarse para no servir la tutela o curaduría de un descendiente legítimo o ilegítimo.

Art. 559: No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega tiene bienes raíces. En este caso será obligado a constituir hipoteca sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de la administración.

Art. 560: El que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, como tutor o curador, o como tutor y curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio del cargo; pero no podrán alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente o descendiente legítimo, ni un padre o hijo ilegítimo.

Las mencionadas excusas se pueden resumir en causas provenientes de profesiones, cargos u oficios que requieren gran dedicación; dificultades derivadas de la distancia del domicilio, de la pobreza, la inexperiencia que se supone propia de la mujer, la enfermedad o la avanzada edad, la multiplicación de cargas familiares o tutelares o su larga duración. Tal vez habría sido preferible una formulación genérica de estas causas dejando amplitud al juez para aceptar o no las causas sopesando debidamente las circunstancias porque éstas pueden hacer variar mucho el valor de las razones de caso a caso.

Como principio directivo de los artículos transcritos podemos señalar sobre todo el de establecer una jerarquía de importancia entre unos y otros deberes. Más obligados están los padres y ascendientes y cónyuges a cuidar de sus hijos, descendientes o cónyuges, que las demás personas, por esto, para ellos normalmente no valen las excusas que sí valdrían para otros, y puestos a escoger entre la guarda del propio o la del extraño, deben preferir la de aquella persona más íntimamente vinculada por la naturaleza misma. Esta obligación natural de cuidar de los hijos está recogida por varios artículos del Código, por ejemplo el 242 y el 315.

En la enumeración de personas que por su cargo pueden excusarse deberían incluirse ahora algunos altos magistrados que no existían en la época en que se redactó el Código, como los Ministros del Tribunal Fiscal. Pero mejor sería dejar esto al libre criterio judicial.

Como ha señalado con mucho acierto Fueyo, la exención a las autoridades judiciales, más que por lo abrumador de su trabajo —que a veces no lo es—, se justifica por la necesidad de una máxima independencia que se vería comprometida por el desempeño de una guarda.

La excusa de las mujeres es razonable, y debería permanecer aunque se suprima su incapacidad. Se entiende que pueden excusarse, aquellas mujeres que por excepción sí pueden ejercer la guarda.

La expresión del Nº 7º del Art. 556, es poco feliz; responde a una época en que el trabajo personal era considerado como cosa poco digna, hoy día ¿quién no tiene que trabajar para vivir?

El Art. 418 permite sustituir la fianza por hipoteca. Luego, si una persona no puede constituir fiador pero sí puede dar hipoteca, evidentemente no está imposibilitado de cumplir la exigencia legal, y por tanto, no cabe excusa por tal motivo. En cambio, implícitamente se viene a decir que el que no consigue ni fiador ni puede establecer

hipoteca, tiene en ello causa legal de excusa; aunque la prueba de estos hechos negativos sea realmente difícil. Debe entenderse, en todo caso, que no es preciso no tener bienes raíces para poder excusarse, basta que éstos no puedan hipotecarse, lo cual puede depender de múltiples causas legales o convencionales.

445.— Tiempo en que se deben presentar las excusas.

La ley distingue dos clases de excusas para este efecto de regular el tiempo en que deben presentarse: las que provienen de causas que existen inicialmente, y las que derivan de causas supervenientes durante el desempeño de la guarda.

El principio que domina esta materia es el de procurar la estabilidad del guardador. Por esto se le concede un plazo suficientemente amplio al principio del cargo y si no se presenta la excusa dentro de dicho plazo caduca el derecho de excusarse por dichas causas voluntarias (ya que si se trata de incapacidad, no hay tal caducidad). Por el mismo motivo, no se pone plazo para presentar las excusas voluntarias por causas supervenientes; así no se presiona al guardador a abandonar rápidamente la tutela o curaduría, sino que puede continuar en su ejercicio todo el tiempo que quiera, sin que caduque su derecho a excusarse, mientras subsista la causa.

Art. 561: Las excusas determinadas en los artículos precedentes deberán alegarse por el que quiera aprovecharse de ellas, al tiempo de conferirse la guarda; y serán admisibles si durante ella sobrevienen.

Art. 562: Las excusas deben alegarse dentro de los plazos siguientes: Si el tutor o curador nombrado se halla en la provincia en que reside el juez que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicha provincia, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicha provincia y la residencia actual del tutor o curador nombrado.

Art. 563: Toda dilación que exceda del plazo legal y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor o curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela o curaduría; y hará además inadmisibles sus excusas voluntarias, a no ser que, por interés del pupilo convenga aceptarlas.

Art. 564: Los motivos de excusa, que durante la tutela sobrevengan, no prescriben por ninguna demora en alegarlos.

Art. 565: Si el tutor o curador nombrado está en nación extranjera y se ignora cuando ha de volver, o si no se sabe su paradero, podrá el juez, según las circunstancias, señalar un plazo dentro del cual se presente el tutor o curador a encargarse de la tutela o curaduría, o a excusarse; y expirado el plazo, podrá, según las circunstancias, am-

pliarlo o declarar inválido el nombramiento; el cual no convalecerá, aunque después se presente el tutor o curador.

Las reglas transcritas son aplicables a las excusas voluntarias, pero el guardador está obligado a excusarse cuando conoce que tiene una causa de incapacidad; entonces los plazos son iguales si se trata de causas que le afectan desde el momento en que es llamado a hacerse cargo de la guarda; pero si se trata de incapacidades sobrevenientes, solamente se le conceden tres días contados a partir de cuando conoce la causa de incapacidad (Art. 555).

El juez debe correr traslado a dos de los parientes más próximos del pupilo y al agente fiscal. Si éstos convienen en la verdad de la incapacidad o justicia de la excusa, se pronunciará sentencia, pero si hay oposición, se concede término de diez días para prueba y se dicta sentencia. Mientras tanto debe nombrarse un guardador interino (Arts. 825 a 827 del Código de Procedimiento Civil).

Entre las causas de excusa se echa de menos una que existe en varias leyes extranjeras: pueden excusarse los extraños al pupilo, cuando en el lugar hay un consanguíneo del pupilo que sea idóneo para la guarda.

446.— Reglas comunes a las incapacidades y a las excusas.

El tutor o curador que nombrado por el testador se excusa sin motivo, se hace indigno de suceder al testador pero "no se extiende esta indignidad a los asignatarios forzosos, en la cuantía en que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa entren a servir el cargo. Es decir que solamente se hacen indignos si engañan al juez para que les acepte la excusa, o si nombrados por éste rehusan posesionarse y ejercer la guarda.

En todo caso, la indignidad no opera, no puede alegarse, si el testador hizo su disposición después de conocer la negativa del beneficiado para ejercer la guarda (Art. 1042), aunque el caso es muy difícil de producirse en la práctica (se supone que puede haber sido llamado por la ley o el juez a desempeñar la misma guarda para la cual se le nombró por testamento, ya que el testamento sólo tiene efecto después de la muerte del testador).

Art. 566: El juicio sobre las incapacidades o excusas alegadas por el guardador deberá seguirse con intervención del Ministerio Público.

Art. 567: Si el juez, en la primera instancia, no reconociere las causas de incapacidad alegadas por el guardador, o no aceptare sus excusas, y si el guardador no apelare, o por el Tribunal Superior se confirmare el fallo del juez *a que*, será el guardador responsable de cualesquiera perjuicios que, de su retardo en encargarse de la guarda, hayan resultado al pupilo.

No tendrá lugar esta responsabilidad, si el tutor o curador,

para exonerarse de ella, ofreciere encargarse interinamente de la tutela o curaduría.

Por todos los medios se trata de evitar que el pupilo quede sin representante. El juez debe nombrar guardador interino, cuando inicialmente se excusa el titular por incapacidad o por excusa voluntaria. En cambio, si la excusa es superveniente, según el Art. 827 del Código de Procedimiento Civil, el guardador debe continuar en el ejercicio de su cargo, hasta que se pronuncie sentencia y asuma la guarda el nuevo nombrado, si lo hubiere.

En cuanto al guardador interino, puede ser nombrado para esto el mismo titular cuya excusa inicial se está tramitando. No será, sin embargo, prudente designarle para la guarda interina al que alega incapacidad, porque si realmente tiene razón, puede resultar un perjuicio para el pupilo; y tanta mayor prudencia se debe tener, si se considera que el interino ni siquiera está obligado a prestar caución, de modo que al momento de exigirle sus responsabilidades puede resultar difícil o imposible el hacerlo cumplidamente.

También hay que notar que el guardador que se excusa por una u otra causa puede liberarse de la responsabilidad que eventualmente cause el retraso por la tramitación del juicio de excusa, ofreciendo hacerse cargo de la guarda interinamente. Pero esta oferta, no obliga al juez a nombrarle, y bien puede designar a otra persona para ese cargo provisional; de todas formas el guardador titular ya no respondería por los prejuicios producidos por el retraso. Naturalmente, si ofrece hacerse cargo del interinazgo y luego no cumple su oferta al ser nombrado por el juez, también sería responsable de los perjuicios.

No encuentro lógica la disposición de que sea responsable el guardador cuya excusa negada en primera instancia se ejecutoría porque él mismo no apela. Al no apelar, se somete a lo dispuesto por el juez, y esta disposición de acatar lo resuelto en primera instancia debería más bien eximir al guardador de responsabilidad por el retardo; mayor retraso se produce, efectivamente si apela, y se sentirá estimulado a apelar, el guardador que pierde la primera instancia, en virtud de la inconsulta disposición del Art. 567.

CAPITULO XXXIV

TERMINACION DE LA GUARDA Y REMOCION DEL GUARDADOR

447.— Terminación de la guarda.

No contiene nuestra ley una regla general sobre los motivos o circunstancias en que termina toda guarda. En cambio, hay numerosas disposiciones sobre la terminación de los diversos tipos de curadurías: el disipador puede ser rehabilitado, con lo que termina su inca-

pacidad y la correspondiente guarda (Art. 495), cosa semejante sucede con el demente (Art. 509), el sordomudo sale de la curaduría no sólo cuando llega a hablar u oír, sino también si aprende a leer y escribir (513), las curaduría de bienes terminan por la extinción de los mismos bienes o por su entrega a las personas que deben recibirlos en calidad de propietarios, herederos, mandatarios generales, etc. (Art. 532).

Pero la enumeración no es exhaustiva. Respecto de algunas guardas no se indica cómo o cuándo han de terminar, si bien, por sentido común, y de conformidad con las reglas generales o la analogía se puede llegar a una conclusión segura. Termina la tutela cuando el menor deja de ser impúber, es decir, si el varón cumple catorce años o la mujer llega a los doce. La curaduría general del menor termina al cumplir la mayoría de edad. Las curadurías derivadas de la interdicción por ebriedad o toxicomanía deben terminar al levantarse la correspondiente interdicción; la interdicción del penado y su consiguiente guarda, deben terminar al cumplirse la pena, o al recibir indulto o rehabilitación de la condena. Las guardas especiales se terminan al cumplirse el negocio o asunto para el cual se dieron. Las adjuntas, como las especiales, pueden terminar por haberse cumplido ya el específico cometido que se encomendó al guardador, o también porque termina la razón de ser de toda guarda, conforme a las normas antes expuestas.

Además de las reglas expresamente señaladas por la ley para una clase concreta de guarda, y de las otras reglas que se deducen de ellas, para las otras curadurías no enumeradas, hay también razones de índole general que pueden hacer terminar toda tutela o curaduría.

Entre estas razones generales, hay que distinguir las que afectan al pupilo, y las que afectan al curador o tutor. Las primeras se reducen a las causas de recuperación o adquisición de la plena capacidad o a la extinción de la personalidad, y en ambos casos, el efecto es absoluto: termina la guarda misma. En cambio, las razones que se refieren al guardador, generalmente sólo le hacen cesar a él en sus funciones, pero el pupilo, que sigue siendo incapaz, necesita de otro tutor o curador que continúe con la guarda; probablemente la única excepción a este principio se daría en el caso de que perecieran juntamente el guardador y el pupilo, o los bienes que deban ser administrados, en el caso de las curadurías de bienes.

No es aplicable a nuestro sistema el caso de la habilitación de edad, que existe, por ejemplo, en el Código Colombiano, y que tanta falta hace en nuestro país.

Nuestro Código admite el nombramiento, al menos en el caso de guarda testamentaria, para un período fijo, con plazo, o bajo condición resolutoria (también suspensiva, pero no viene al caso), por tanto, al llegar el tiempo prefijado o al cumplirse la condición, terminan las funciones del curador, mas no la guarda si el pupilo sigue siendo incapaz.

Otra característica de nuestro sistema consiste en que generalmente se requiere formalidades judiciales, semejantes a las de nombramiento y posesión de la guarda, para la terminación de la misma; el caso más notable es el de los puestos en interdicción, que requieren de la rehabilitación judicial. En cambio, en el caso de la tutela y de la curaduría del menor adulto, basta el cumplimiento de la edad adulta o de la mayoría, respectivamente, para que termine la guarda.

La terminación de las funciones del guardador por remoción, es sin duda el caso más grave, revestido por lo mismo de solemnidad judicial, y al que dedica el Código Civil un completo título, que estudiaremos a continuación.

448.— Causas de la remoción del guardador.

En principio, la remoción supone un juicio contra el guardador, quien o es incapaz, o se ha hecho culpable de esta sanción. En otros derechos, se habla, a veces de "destitución".

El Art. 581 enumera las causas de remoción:

Art. 581: Los tutores o curadores serán removidos:

1º— Por incapacidad;

2º— Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los Arts. 420 y 476;

3º— Por ineptitud manifiesta;

4º— Por actos repetidos de administración descuidada;

5º— Por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.

Por la cuarta de las causas anteriores no podrá ser removido el tutor o curador que fuere ascendiente o descendiente, o cónyuge del pupilo; pero se le asociará otro tutor o curador en la administración.

Además, en el caso del Art. 410, serán removidos el padre o madre ilegítimos, por las causas, en la forma y con los mismos efectos determinados en el Art. 290.

De estas diversas causas, la primera tiene un carácter más rígido, pues las causas de incapacidad están precisamente señaladas por la ley, y el Nº 1º del Art. 581 se refiere exclusivamente a ellas, y no, como han querido interpretar algunos, a la incapacidad a que se refiere el artículo es la jurídica especial para el ejercicio de la guarda, porque de otro modo no tendría explicación que en el mismo artículo, se hable en el número 3º de la ineptitud.

En cambio, las causas señaladas en los Nos. 2º y 4º tienen que ser apreciadas por el juez con algo más de libertad, ya que no se fija precisamente el número de actos de administración descuidada, y el apreciar la gravedad de la culpa también compete al juez. Téngase en cuenta, esto sí, que mientras basta un acto doloso, para la remoción, se necesita no uno sino varios actos de carácter culposo, para igual efecto.

En un tercer grupo, en cuanto que admiten una interpretación

más flexible aún, agrupamos a las causas 3ª y 5ª. En estos casos, hay que juzgar sobre la inconveniencia de que continúe el guardador, y el juez deberá tener en cuenta todo el conjunto de circunstancias, inclusive la posibilidad de que sustituya el actual otro guardador más eficaz o de mejor conducta moral.

Es lógica la disposición que beneficia a los ascendientes y descendientes así como al cónyuge del pupilo, quienes merecen mayor confianza, y aunque hayan incurrido en descuidos en la administración de los bienes, pueden cumplir mejor que nadie lo relativo al cuidado personal del pupilo, de tal manera que la agregación de otro curador o tutor, resulta muy oportuna, y mejor solución que la remoción.

La negligencia en cuanto a la factura del inventario es causa de remoción, siempre que haya transcurrido el plazo concedido para hacerlo, y que no haya mediado alguna circunstancia grave que pueda justificar del incumplimiento de este deber. En tal caso, el guardador puede pedir una ampliación del plazo, porque la ley se manifiesta flexible en tal punto.

Tampoco se puede remover al guardador por negligencia en proveer a la cóngrua sustentación del pupilo (Art. 476), sino cuando ésta fuere "continuada", y por lo mismo, hubiere durado algún tiempo. Si no hay medios económicos para sustentar al pupilo, el guardador debe recurrir a los jueces en demanda de alimentos, contra quienes estén obligados a dárselos al pupilo; y si no cumpliere esta obligación que marca el Art. 475, incurrirá el guardador en un específico caso de negligencia por el que debe ser removido.

El Art. 582 establece una presunción sumamente útil para facilitar el trámite de la remoción, en beneficio del pupilo:

Art. 582: Se presumirá descuido habitual en la adminstración por el hecho de deteriorarse los bienes, o disminuirse considerablemente los frutos: y el tutor o curador que no desvanezca esta presunción, dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, será removido.

La más razonable excusa del guardador en cuanto a la disminución de los frutos o el deterioro de los mismos capitales, será la que demuestre que se han debido a un caso fortuito, o bien que se han empleado en los objetos que la misma ley señala como preferenciales: la curación del incapaz (si se trata de demente, sordomudo, etc.), su educación o sostenimiento. Desde luego, que si los gastos o inversiones fueron autorizados por el juez, el guardador tendrá mucho más fácil disculpa.

Una causa especial de remoción de una guarda consiste en que el guardador haya sido removido de otra tutela o curaduría por fraude o culpa grave. En tales casos, es natural que ya no se confíe en tal persona para el desempeño de ninguna otra guarda. Pero debería existir un tiempo de prescripción de esta causal, pues si ha transcurrido un lapso, por ejemplo de cuatro años, durante el cual el guardador que fue removido de una guarda, sin embargo ha adminis-

trado debidamente otra u otras, no parece acertada la disposición que manda remover a tal guardador.

Art. 583: El que ejerce varias tutelas o curadurías y es removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho, removido de otras, a petición del Ministerio Público, o de cualquiera persona del pueblo, o de oficio.

449.— Quien puede pedir la remoción del guardador.

El pupilo puede directamente pedir al juez la remoción de su guardador, o también cabe que se dirija al Ministerio Público para que éste tome la iniciativa de la remoción (Art. 834 del Código de Procedimiento Civil); y aunque en el Art. 584 ya se señalan de modo genérrico estas facultades, se insiste sobre ellas en varios lugares, como en el Art. 493 a propósito del puesto en interdicción por disipador, o en el Art. 583, en el caso de haber sido removido el guardador de una guarda y estar desempeñando también otra de la que también debe ser removido. He aquí el Art. 584.

Art. 584: La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aún por cualquiera persona del pueblo

Podrá provocarla el pupilo mismo que haya llegado a la pubertad, recurriendo al Ministerio Público.

450.— Trámite de la remocion.

Queda dicho quienes pueden iniciar el juicio de remoción. Téngase presente, además, que en todo caso debe intervenir el Ministerio Público, como lo dicen tanto el Código Civil como el de Procedimiento.

Este trámite puede iniciarse ante los juzgados provinciales ordinarios, como cuestión que es de cuantía indeterminada, y fundándose en cualquiera de las causas expresamente señaladas por el Código Civil. Pero también puede solicitarse al Tribunal de Menores, si el pupilo es un menor de edad, y alegando que el pupilo ha cometido un delito o que ha sido víctima de un delito (Art. 53 del Código de Menores), estas causas son ampliamente interpretadas por el referido Tribunal.

Durante el juicio, se nombra un curador interino para que represente y proteja al pupilo, hasta que se dilucida si el titular debe ser removido o continuar en el cargo. Las facultades de este curador interino varían según quien sea el titular: si éste es ascendiente, descendiente o cónyuge del pupilo, el interino actúa como agregado, obrando conjuntamente con el titular, excepto en el juicio, en que el agregado representará al pupilo frente al titular; en cambio, si el titular es cualquier otra persona, el interino le sustituye totalmente en sus funciones, mientras dure el juicio de remoción.

Ante los jueces civiles se tramita la remoción en juicio ordina-

rio, y el magistrado debe dictar todas las providencias necesarias para asegurar la persona y bienes del pupilo (Art. 831 del Código de Procedimiento Civil). En este orden de cosas podría, por ejemplo, ordenar que la custodia del incapaz se confíe a determinada persona o institución, también puede ser útil ordenar que inscriba la prohibición de enajenar bienes del pupilo, o bienes del guardador, con los que ha de responder de los resultados de la litis, etc.

Si, una vez pedida la remoción, el guardador acepta que hay razón para ella, el juez pronuncia inmediatamente sentencia (Arts. 826 y 828); si hay oposición se abre la causa a prueba y sigue el trámite ordinario, encargándose el guardador interino del cuidado provisional del pupilo y sus intereses en la forma ya dicha (Art. 831 del Código de Procedimiento Civil).

Inmediatamente después de removido el guardador, se debe establecer las indemnizaciones a que esté obligado hacia el pupilo, y, si es del caso, se ordenará el enjuiciamiento penal.

Art. 585: Se nombrará tutor o curador interino mientras dure el juicio de remoción. El interino excluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente o cónyuge; y será agregado al que lo fuere.

Art. 586: El tutor o curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo.

Será asimismo perseguido penalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo.

Un punto discutido es el referente a si puede pedirse la remoción del guardador, antes de que entre en sus funciones. Considero que si se pidiera la remoción por incapacidad, una vez que se ha discernido la guarda, sí habría razón en ello, aunque todavía no haya comenzado el guardador a ejercer el cargo; en los demás casos no tendría razón de ser tal juicio. Escobar de la Riva refiere dos sentencias del Tribunal Supremo español en las que se declara que sí puede remover al que todavía no entra en funciones; en nuestra jurisprudencia, en cambio, encontramos una sentencia inédita de la Corte Suprema, en sentido contrario, y que se aviene mejor con nuestro sistema legal, exceptuado el caso que dejo indicado de haber causa de incapacidad.

Los principales efectos de la remoción son los siguientes: a) cesa el guardador en su cargo; b) debe nombrarse otro guardador para el pupilo o bienes que quedan sin protección; c) hecha la nueva designación, cesa también en su cargo el guardador interino; d) el removido debe pagar las correspondientes indemnizaciones, y gastos, entre los que se contarán las costas del juicio si ha sido condenado en ellas; e) si el guardador ha sido removido por dolo o culpa en la administración, será también removido de otras guardas; f) en el anterior supuesto, el removido se hace incapaz de ejercer nuevas guardas; g) en muchos casos el removido pierde el derecho a su remuneración, salvo que se deba a incapacidades inculpables y haya administrado correctamente; h) los padres removidos de la guarda de sus hijos, pierden el derecho de nombrarles guardador testamentario.

CAPITULO XXXV

REMUNERACION DE LOS GUARDADORES

451.— Regla general sobre la remuneración.

Como hemos estudiado, el guardador tiene muchos deberes y responsabilidades y el desempeño de su cargo puede significarle una dedicación de abundante tiempo; en compensación de su trabajo tiene derecho a una remuneración.

Hay mucha variedad en las legislaciones en cuanto a esa remuneración. En el Derecho Romano se consideraba un cargo gratuito, pero se llegó a autorizar al juez para determinar una remuneración en proporción al trabajo y responsabilidades del tutor o curador. El Código de Napoleón no trató de este asunto, y Don Andrés Bello se inspiró principalmente en las antiguas leyes españolas. En el viejo derecho foral de la península ibérica se encuentra ya la remuneración equivalente a la décima parte de los frutos líquidos de los bienes que administra el guardador; esta norma se recogió en el Art. 342 del Código de la Luisiana, y pasó al nuestro, que la contiene en el Art. 568.

Es frecuente que al señalar tarifas de honorarios, u otro género de remuneración se establezca una tasa regresiva, que disminuye a medida que las cantidades que sirven de base son más altas; así por ejemplo, el honorario de los síndicos (Art. 581 del Código de Procedimiento Civil), es del 10% si manejan bienes hasta por diez mil sucres, si pasan de esta cantidad, tienen derecho al 7%, si exceden de los 20.000 sucres los bienes, el porcentaje es del 5%, etc. Pero para los guardadores se ha preferido el porcentaje constante del 10%.

La décima se calcula sobre los frutos líquidos, es decir, que hay que deducir previamente lo que se haya gastado en producirlos. Esto da lugar a algunas cuestiones dudosas, que requieren precisión. Una sentencia argentina incluye entre los gastos deducibles las sumas empleadas en refacciones necesarias en las fincas del pupilo; si se trata realmente de gastos necesarios, deben descontarse, pero si constituyen mejoras que aumentan el valor de la cosa, y que no era imprescindible para que siga produciendo, entiendo que no deben disminuir el monto sobre el cual se calcule la décima del guardador.

Nuestra ley indica, además, con exactitud, que deben descontarse de los frutos "no sólo las expensas invertidas en la producción, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias a que esté sujeto el patrimonio" (Art. 577). Precisamente el usufructuario debe conservar la cosa y repararla, en caso necesario, disminuyéndose así su provecho; y el guardador tiene también aquella obligación. Igualmente, si el pupilo debiera alimentos a otras personas, el monto de esas pensiones se disminuyen para el cálculo y pago de la décima.

Los intereses de capitales prestados, deben también descontarse, pero no las sumas con las cuales se amortiza el capital adeudado, ya que esto supone un enriquecimiento del patrimonio del pupilo.

Desde luego que hay que descontar los impuestos, cargas laborales e indemnizaciones provenientes de la producción.

La décima se cobra no al final de la guarda, sino como ordena el Art. 577 "a medida que se realicen los frutos". El Código distingue frutos "pendientes", "percibidos" y "consumidos" (Art. 685), pero en el Art. 577 se dice "a medida que se realicen". Entendemos que frutos "realizados" serán muchas veces los percibidos, pero en ocasiones solamente lo serán cuando se enajenen, es decir, cuando ya sean "consumidos". En una palabra, realizados, deben considerarse los frutos cuando se reducen a dinero o se incorporan ya al capital del pupilo o se consumen materialmente.

Si una nueva ley alterare la remuneración de las guardas, se produciría su inmediato efecto :los nombrados antes, percibirían por el tiempo anterior la recompensa entonces vigente, pero para lo venidero se regirían por la nueva legislación.

Los gastos que el guardador haga para cumplir sus obligaciones, se le deben restituir, y no forman parte de su décima, los recibe a parte de la décima. Pero mientras que el Art. 456 se refiere a "gastos", en general, el Art. 570 dice "gastos necesarios". Entiendo que el guardador tendría derecho también al pago de los gastos útiles, fundándose en el carácter especial del Art. 456. Solamente los gastos superfluos, perderá el guardador.

452.— Bienes que no entran en el cálculo de la décima.

La décima se calcula sobre los bienes "pupilares que administre" el guardador. Por consiguiente, no se consideran los administrados por otra persona, por ejemplo por el padre o madre, ejerzan o no la patria potestad. Tampoco son bienes administrados, o provenientes de la administración del tutor o curador, los ganados por sueldos o salarios del pupilo, o provenientes de pensiones de orfandad, retiro, viudez, etc. Ni mucho menos, los alimentos que reciba el pupilo.

Lo dicho no puede llevar a la conclusión de que solamente se remunera la administración del guardador; como justamente observa Guillermo Borda, la tarea principal del guardador suele ser el cuidado de la persona del pupilo, la de mayor responsabilidad y dificultad; por esto, el guardador que no tiene administroción de bienes también es remunerado, pero no con la décima, como veremos más adelante.

Por otra parte, el guardador recibe la décima de los "frutos" en estricto sentido, y se excluyen los "productos". Entendemos por productos, aquellos especiales frutos que disminuyen el valor de la cosa que los produce, cuando se separan de ella: son frutos que no renacen, que no se multiplican. Si se tala un bosque en forma que no renacerá, tenemos un producto, en tanto que si se podan los árboles y se saca leña, tenemos un fruto; el guardador puede cobrar la décima de estos frutos, pero no del corte total de los árboles.

A los guardadores se aplica la regla del usufructo, como lo ordena el Art. 578, y conforme a ella, tienen derecho de recibir la décima sobre los frutos pendientes cuando comienza a ejercer su cargo, pero no perciben la décima de los frutos que queden pendientes cuando terminan la guarda. Esta regla aparece muy lógica, si se tiene en cuenta que se trata de frutos líquidos y netos, es decir, que requieren el descuento de los gastos y más cargas a que esté sujeto el patrimonio, de modo que su liquidación impone la mencionada regla.

Respecto de los intereses ya devengados cuando el guardador se hace cargo de la guarda, y que él solamente cobra, la Corte de Santiago resolvió en una sentencia que el tutor o curador no percibe décima. Acertada se encuentra la sentencia, porque el guardador realmente no ha administrado, solamente ha cobrado. Según otras sentencias chilenas tampoco cobra el guardador sobre rentas anticipadas de inversiones, que todavía no estén devengadas cuando termina la guarda; menos razonable me parece esta resolución, porque queda sin remuneración el trabajo de colocar esos capitales y cobrar su rendimiento, con lo que no se estimula debidamente el guardador.

453.— Distribución de la décima entre varios guardadores.

Si hay varios guardadores, nuestro Código dispone un sistema muy adecuado de distribución de la décima. Hay una regla general: se divide por partes iguales entre los varios tutores o curadores; pero el juez puede alterar ese reparto si fuere manifiestamente desproporcionado al trabajo de cada uno; y se tomará también en cuenta el trabajo del guardador que no tenga parte en la administración de los bienes.

Esa distribución puede hacerse en cualquier tiempo. Por tanto, nada impide para que se altere o modifique cuando cambien las circunstancias y aconsejen una mejor distribución.

Además, puede alterarse la distribución por acuerdo entre las partes (Art. 569). En todo caso cualquier acuerdo u orden judicial rige para lo futuro.

No podría modificarse por el juez, lo convenido por las partes, salvo que alguien hubiera procedido con dolo, o que el acuerdo no fuera válido, por ejemplo por falta de consentimiento de uno o varios guardadores.

454.— Excepciones a la regla general de la décima.

a) En primer lugar, los padres ilegítimos que ejercen la guarda de sus hijos, en lugar de la décima, tienen derecho a recibir el usufructo de los bienes de los hijos ilegítimos (Art. 410), lo cual aproxima muy notablemente esta guarda a la patria potestad que ejercen los padres legítimos. Cuando éstos, en cambio, ejercen la guarda de sus hijos, entran en la regla general respecto de la remuneración, y lo mismo debemos pensar en el caso de los padres ilegítimos que ejerzan

una curaduría de sus hijos que no sea por razón de la menor edad, ya que si así no fuera, quedarían en una situación de privilegio, que evidentemente la ley no ha querido establecer.

b) Los curadores de bienes no tienen derecho a la décima, sino a una "remuneración equitativa, de los frutos de los bienes que administran"; el juez debe fijarla, y se entiende que normalmente será inferior a la décima, puesto que no tienen el cuidado de la persona del pupilo. También podría determinarse por testamento, en los casos en que tales guardas pueden ser testamentarias (Art. 580).

c) Los curadores especiales, no reciben una parte o proporción de los frutos, sino "una cantidad determinada", puesto que muchas veces, ni siquiera tendrán administración de bienes, y los asuntos en que intervienen pueden ser o no ser de índole patrimonial.

d) El guardador que se excusa pierde el derecho a la remuneración desde que deja de ejercer la guarda (Art. 572). Si la remuneración ha sido fijada por testamento, pierde el guardador que se excusa, la parte proporcional al tiempo que le falta para completar el total desempeño de la guarda. Borja encuentra que esta regla no es justa porque puede burlarse la voluntad del testador, y cree que en tales casos debería darse el guardador solamente la décima correspondiente al tiempo que desempeñó la tutela o curaduría. Pero tampoco esta solución satisface, y podría ser más injusta que la primera, según los casos; la única solución razonable es la de dejar al juez amplia facultad para regular equitativamente los honorarios del guardador.

e) El guardador incapaz pierde también el derecho a la remuneración; pero es preciso distinguir el que tuvo causa de incapacidad desde el principio de su cargo, y el que llegó a ser incapaz; el primero, dice el Código que pierde toda remuneración, mientras que el segundo no está obligado a devolver lo que ya recibió (Art. 573). Más exactamente, hay que tener en cuenta también la culpabilidad de la incapacidad en el caso de las sobrevenientes, porque sólo si el guardador no tiene culpa, tiene derecho a percibir la décima de los frutos hasta que cesa en sus funciones; pero si el tutor o curador que conoce de su incapacidad continúa ejerciendo la guarda, sin excusarse, se hace de hecho culpable. Según el Art. 554, se supone que pierde el derecho a la remuneración, desde el momento en que descubre la incapacidad.

f) El guardador interino que reemplaza en todas sus funciones al principal, recibe la décima, en lugar del principal; si solamente le reemplaza en algunas funciones, se le asigna una parte proporcional. Cuando para el principal se ha hecho una asignación testamentaria, hay que distinguir el caso de que se haya tenido que nombrar guardador interino por culpa del principal, o sin su culpa; en el primer caso, se debe deducir de la asignación del principal lo que haya que pagar al interino; pero si no tuvo culpa el principal, continúa recibiendo su asignación y al interino se le da la décima, de los frutos correspondientes a los bienes que administre (Art. 574). La solución es justa.

g) El guardador que administra fraudulentamente pierde todo

derecho a remuneración, debiendo aún restituir lo que haya recibido ya (Art. 575).

h) El guardador que administra descuidadamente, pierde el derecho a la décima, pero solamente sobre los bienes cuya administración descuidó. La ley se muestra en este punto suficientemente flexible y no excesivamente severa con el guardador. Queda la duda de si es aplicable esta regla también en el caso de haberse fijado la remuneración por testamento; a mi modo de ver, también en tal caso se aplica la regla, porque la intención del testador no pudo ser otra que la de recompensar sólo al guardador que cumpliere bien sus obligaciones, y en proporción a su cuidado de los bieness del pupilo.

i) El guardador que se casa con su pupila antes de rendir cuentas de la administración, y de que éstas hayan sido aprobadas, pierde el derecho a la remuneración. Pero esta sanción será poco eficaz, porque al convertirse en marido seguirá administrando los bienes de la mujer. También si permite el matrimonio del pupilo o pupila con un descendiente suyo (del guardador), incurre en igual sanción (Art. 103), y será también de difícil aplicación, porque el marido de la pupila es descendiente del ex-guardador, o el pupilo se casa con una descendiente del guardador.

j) Como afirma una sentencia colombiana "el curador que aún de buena fe, aunque contra él no se haya deducido cargo alguno doloso en el juicio de administración, haya dejado de llevar la cuenta exacta y detallada que exige la ley, no tiene derecho a reclamar la décima parte de los frutos, y esto porque la liquidación de la décima parte depende de la cuenta que el curador presente y no podrá deducirse al tanteo".

k) Si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia, el tutor o curador esta obligado a servir el cargo gratuitamente. Si el pupilo adquiere después más bienes, el guardador no puede cobrar la décima correspondiente al tiempo anterior (Art. 576). Más urgente es la subsistencia del pupilo; además, si los bienes son tan escasos, poco o ningún trabajo tendrá el guardador, o bien si las cosas no son tan escasas y sin embargo no producen lo que sería de esperar, ello denotaría mala adminstración, y el guardador no tendría tampoco derecho a remuneración.

Demasiado severa parece la ley en el punto relativo a que si el pupilo llega a tener bienes, nada deba pagar al guardador por el tiempo que sirvió gratuitamente. Sería preferible que el juez fije equitativamente una suma, si parece razonable, pues, incluso el pupilo puede haber adquirido esos bienes gracias a las gestiones del guardador.

455.— Remuneración fijada por testamento.

El testador, dentro de la mitad o cuarta de libre disposición, puede asignar como remuneración al guardador por él designado la

cantidad que crea conveniente. Tampoco se ve dificultad para que el testador disponga la retribución a favor de otro guardador que él no nombró, es decir que ya esté en funciones, o que eventualmente sea designado por el juez o llamado por la ley a ejercer el cargo.

Si la cantidad asignada por el testador es inferior a la décima, el guardador tiene derecho a que se le complete, porque el testador no puede disminuir el derecho ajeno arbitrariamente. En cambio, si lo dejado por testamento, supera a la décima, el guardador puede recibir el exceso, porque se debe considerar como liberalidad del causante; naturalmente, el exceso no puede pasar de los límites señalados por la ley en cuanto a la parte de bienes de que puede disponer libremente el testador.

No ha considerado la ley el caso de que el testador nombre guardador a un descendiente que puede recibir el todo o una parte de la porción llamada de "mejoras", y que el testador haya asignado como remuneración una suma imputable a mejoras. Pero aunque el Código no lo diga de modo expreso, parece que no hay inconveniente, ya que, al fin, es una parte de la que el testador puede disponer con libertad a favor de un descendiente.

Se presenta un problema si el testador ha asignado legalmente a un guardador una cantidad que excede de la décima, o que coincide con la décima o absorbe la mayor parte de ella, por ejemplo, equivale a un 80% de la décima; si en estas circunstancias es preciso nombrar además otro guardador, ¿qué remuneración deberá recibir este último? No cabe remunerarle con el saldo de la décima (que puede ser ínfimo o nulo); tampoco cabe duplicar la remuneración asignándole la décima íntegra al nuevo guardador, porque pesaría ello demasiado sobre el patrimonio del pupilo. El Art. 574 resuelve esta cuestión distinguiendo el caso de que el nombramiento del nuevo guardador se deba a una causa justificable, o cuando hay culpa por parte del primero. Si no depende del primer guardador el que tenga que nombrarse otro, conserva íntegra su asignación, y el nuevo tutor o curador recibirá la décima, pero sólo de los bienes que administre. Considero adecuada la solución, pero habría sido preferible, dejar en estos casos más libertad para que el juez, consideradas todas las circunstancias pueda regular la remuneración de uno y otro, interpretando, siempre que sea posible la voluntad del testador, y pudiendo incluso reducir el monto de la asignación hereditaria, o de la décima, si el perjuicio para el pupilo, resulta notable.

Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción del derecho (Art. 1137), de modo que no hay dificultad alguna para que el testador señale una cantidad que pueda variar según la duración de la guarda, el hecho de que se desempeñe exclusivamente por el nombrado, o en concurso con otros, etc.

INDICE

PRIMERA PARTE

Pág.

CAPITULO I.— *NOCIONES GENERALES.*— 1. Derecho.— 2. Derecho subjetivo y objetivo.— 3. Divisiones del Derecho.— 4. Derecho Civil.— 5. Derecho Civil del Ecuador.— 6. Breve Historia del Derecho Civil en nuestra Patria.— 7. Observaciones generales sobre nuestro Código Civil.— 8. Estructura del Código Civil 7

CAPITULO II.— *FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.*— 9. Fuentes del Derecho.— 10. Definición de la Ley en el Código Civil.— 11. Otras definiciones de Ley.— 12. Cualidades de la Ley.— 13. Clases de leyes.— 14. Constitucionalidad de la Ley.— 15. Otras reglas jurídicas.— 16. Carácter general de la Ley Civil.— 17. La costumbre.— 18. La jurisprudencia.— 19. La cosa juzgada. 29

CAPITULO III.— *VIGENCIA DE LA LEY.*— 20. Formación de las leyes.— 21. Entrada en vigencia de la Ley.— 22. Vacancia de la Ley.— 23. Presunción de conocimiento de de Ley.— 24. Vigencia de la Ley en el extranjero, y de leyes extranjeras.— 25. Derogación de las leyes.— 26. Otras formas de terminación de la Ley. 53

CAPITULO IV.— *EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO.*— 27. Efecto normal de la Ley en el tiempo.— 28. El legislador y el juez ante la retroactividad.— 29. Teoría clásica de la irretroactividad de la Ley.— 30. Teoría de Roubier.— 31. Aplicación de los principios a diversas materias. 67

CAPITULO V.— *EFECTOS DE LA LEY EN EL ESPACIO.*— 32. Efecto normal de la ley en el espacio.— 33. Equiparación de nacionales y extranjeros.— 34. Estado y capacidad de las personas.— 35. Relaciones de familia.— 36. Derechos reales.— 37. Las obligaciones.— 38. Forma de los actos.— 39. Prueba de los actos. 81

Pág.

CAPITULO VI.— LA LEY Y LA LIBERTAD.— 40. Presunción de libertad.— 41. Ciertas limitaciones de la libertad.— 42. Valor de los actos prohibidos por la ley.— 43. El Juez frente a los actos nulos.— 44. Renuncia del Derecho. 113

CAPITULO VII.— INTERPRETACION DE LA LEY.— 45. Objeto y necesidad de la interpretación.— 46. Clases de interpretación.— 47. Métodos de interpretación de la Ley.— 48. Procedimientos de interpretación.— 49. Las reglas del artículo 18.— 50. Lagunas de la Ley— 51. Denegación de justicia.— 52. Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes.— 53. Género y edad de las personas.— 54. Parentesco.— 55. Representantes.— 56. responsabilidad Civil.— 57. Exención de responsabilidad.— 58. Garantías.— 59. La presunción.— 60. Plazos y medidas de tiempo.— 61. Otras medidas. 125

CAPITULO VIII.— DIVISION DE LAS PERSONAS.— 62. Definición de persona.— 63. Persona natural y jurídica.— 64. División en ecuatorianos y extranjeros.— 65. Principios generales sobre la nacionalidad.— 66. La naturalización.— 67. Personas domiciliadas y transeúntes.— 68. Clasificaciones inaceptables.— 69. Clasificaciones relativas.— 70. Identificación de las personas. 176

CAPITULO IX.— EL DOMICILIO.— 71. Concepto.— 72. Importancia del domicilio.— 73. Domicilio político.— 74. Domicilio Civil.— 75. Domicilio Presunto.— 76. Domicilio legal.— 77. Domicilio especial.— 78. Domicilio voluntario contractual 189

CAPITULO X.— PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.— 79. Existencia natural de la persona.— 80. Principio de la existencia legal.— 81. Protección de la vida del que está por nacer.— 82. Derechos eventuales del no nacido.— 83. Presunción de la época de la concepción.— 84. Fin de la existencia.— 85. El problema de los conmurientes.— 86. Concepto de muerte presunta por desaparecimiento. 87. Juez competente.— 88. Períodos del trámite.— 89. Efectos de la presunción.— 90. Efectos de la posesión provisional.— 91. Efectos de la posesión definitiva.— 92. Quién debe probar la muerte.— 93. Revocación y sus efectos. 204

Pág.

CAPITULO XI.— DE LAS PERSONAS JURIDICAS.— 94. Definición.— 95. Naturaleza de las personas jurídicas.— 96. El reconocimiento de las personas jurídicas.— 97. División de las personas jurídicas en públicas y privadas.— 98. Clasificación de las personas jurídicas de Derecho Privado.— 99. Nacionalidad de las personas jurídicas.— 100. Representación de las personas jurídicas.— 101. Derechos de las personas jurídicas.— 102. Disolución de las personas jurídicas. 228

SEGUNDA PARTE

CAPITULO XII.— GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA.— 103. Características del Derecho de Familia.— 104. Contenido del Derecho de Familia.— 105. Qué es la familia.— 106. El Matrimonio, base de la familia.— 107. El Matrimonio es institución de Derecho Natural.— 108. Carácter sagrado del matrimonio.— 109. Carácter sacramental del matrimonio.— 110. Efectos civiles del matrimonio.— 111. Breve recuento histórico del matrimonio civil en el mundo.— 112. Historia del matrimonio en el Ecuador.— 113. Diversos tipos de legislación matrimonial.— 114. Síntesis de los principios fundamentales sobre el matrimonio 253

CAPITULO XIII.— LOS ESPONSALES.— 115. Concepto.— 116. Naturaleza de los esponsales en nuestra legislación.— 117. Multa por incumplimiento de los esponsales.— 118. Donaciones con motivo de los esponsales.— 119. Consecuencias penales de los desposorios 273

CAPITULO XIV.— EL MATRIMONIO.— SECCION PRIMERA: GENERALIDADES.— 120. Definición del Matrimonio.— 121. Requisitos de existencia del matrimonio.— 122. Requisitos para la validez del matrimonio.— 123. Requisitos de licitud del matrimonio 279

SECCION SEGUNDA.— VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.— 124. Visios del consentimiento: Error.— 125. Fuerza.— 126. El rapto. 291

SECCION TERCERA.— IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.— 127. Asesinato.— 128. Adulterio.— 129. Impubertad.—

Pág.

130. Vínculo anterior no disuelto.— 131. Impotencia.— 132. Demencia.— 133. Parentescos.— 134. Plazo para la viuda.— 135. Falta de asentimiento para los menores de diez y ocho años 295

SECCION CUARTA.— IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES.— 136. Falta de asentimiento o licencia para los menores.— 137.— Incumplimiento de las reglas sobre las guardas.— 138. Incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias del varón.— 139. Incumplimiento para las segundas nupcias de la mujer 304

SECCION QUINTA: SOLEMNIDADES DEL MATRIMONIO.— 140. Ceremonias civil y eclesiástica.— 141. Personas que deben intervenir en el matrimonio civil.— 142. Diligencias preparatorias.— 143. Oposición al matrimonio.— 144. Ceremonia principal del matrimonio civil.— 145. Inscripción del matrimonio.— 146. El matrimonio celebrado en el exterior.— 147. El matrimonio de los extranjeros en el Ecuador 319

CAPITULO XV.— TERMINACION DEL MATRIMONIO.— SECCION PRIMERA: NULIDAD DEL MATRIMONIO.— 148. Causas de la nulidad.— 149. Personas que pueden pedir la nulidad.— 150. Tiempo en que se puede demandar la nulidad.— 151. Irrenunciabilidad de la acción de nulidad.— 152. Trámite del juicio de nulidad matrimonial.— 153. Declaración de nulidad en el exterior.— 154. Efectos de la nulidad.— 155. Matrimonio putativo 333

SECCION 2ª.— TERMINACION DEL MATRIMONIO POR MUERTE.— 156. Terminación por muerte natural.— 157. Terminación por muerte presunta 347

SECCION 3ª.— EL DIVORCIO.— 158. Generalidades y Consecuencias.— 159. Clases de divorcio.— 160. Evolución del divorcio en el Ecuador.— 161. Causas del divorcio: enumeración y características.— 162. Adulterio y otro caso afín.— 163. Varios casos de injurias.— 164. Ciertos defectos físicos y morales.— 165. La separación ilegal.— 166. Extinción de las causales de divorcio.— 167. Trámite del divorcio por causales.— 168. Divorcio por mutuo consentimiento.— 169. Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos.— 170. Efectos del divorcio respecto de los cón-

Pág.

yuges.— 171. El divorcio en el Derecho Internacional Privado. 348

CAPITULO XVI.— EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.— 172. Diversos sistemas respecto de los efectos personales.— 173. Definición de potestad marital.— 174. La fidelidad.— 175. Obligación de cohabitar.— 176. Deberes de socorro y ayuda mutua.— 177. Protección del marido a la mujer.— 178. Obediencia de la mujer.— 179 Nacionalidad de la mujer casada.— 180. Nombre de la mujer casada.— 181. Otros efectos personales del matrimonio.— 182. Incapacidad relativa de la mujer casada.— 183 Incapacidad contractual de la mujer casada.— 184. Capacidad para actos testamentarios.— 185. Actos personalísimos de la familia.— 186. Comparecencia de la mujer casada en juicio.— 187. Autorización del marido.— 187. Ratificación.— 189. Representación de la mujer por el marido.— 190. Autorización del juez.— 191. Responsabilidad por los actos de la mujer.— 192. Nulidad de los actos no autorizados.— 193. Excepciones a la incapacidad de la mujer casada. 396

CAPITULO XVII.— EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.— SECCION 1ª.— REGIMENES MATRIMONIALES.— 194. Clasificación de los diversos sistemas.— 195. Regímenes de comunidad.— 196. Régimen sin comunidad.— 197. Régimen de participación de gananciales.— 198. Régimen de separación.— 199. Bienes reservados de la mujer.— 200. Régimen dotal.— 201 Nuestro sistema de bienes.— 202. Posibles reformas. 422

SECCION 2ª— CAPITULACIONES MATRIMONIALES.— 203. Definición, objeto, función.— 204. Requisitos para el otorgamiento.— 205. Cláusulas permitidas y prohibidas.— 206. Inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. 432

SECCION 3ª— SOCIEDAD CONYUGAL.— 207. Concepto y naturaleza.— 208. Establecimiento de la sociedad conyugal.— 209. Reglas de Derecho Internacional Privado.— 210. Activo absoluto de la sociedad conyugal.— 211. Activo Relativo.— 212. Bienes propios de los cónyuges.— 213. Pasivo absoluto.— 214. Pasivo relativo.— 215. Deudas personales de los cúnyuges.— 216. Las recompensas.— 217. Administración ordinaria de la sociedad conyu-

Pág.

gal.— 218. Administración ordinaria de los bienes de la mujer.— 219. Enajenación de los bienes sociales.— 220. Beneficios y garantías a favor de la mujer.— 221. Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.— 222. Terminación de la sociedad conyugal.— 223. Liquidación de la sociedad conyugal.— 224. Renuncia de gananciales.— 225. Beneficios de emolumento y de inventario. 441

SECCION 4ª— SITUACIONES DE EXCEPCION RESPECTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.— 226. Enumeración de los sistemas de excepción.— 227. Separación de bienes: concepto e historia.— 228. Separación de bienes: naturaleza, clases, características.— 229. Causas de la separación de bienes.— 230. Trámite y oposición a la separación de bienes.— 231. Efectos de la separación de bienes.— 232. Terminación de la separación de bienes.— 233. Exclusión de bienes: concepto e historia.— 234. Bienes que se pueden excluir.— 237. Efectos de la exclusión de bienes.— 238.— Separación conyugal judicialmente autorizada: concepto e historia.— 239. Diversas clases de separación conyugal.— 240. Causas de la separación conyugal.— 241. Características de la acción de separación conyugal.— 242. Efectos de la separación conyugal.— 243. Terminación de la separación conyugal.— 244. Situación especial de al mujer casada que trabaja.— 245. Mujer que ejerce una profesión liberal.— 246. La mujer que ejerce una profesión y oficio no liberales.— 247. La mujer casada comerciante.— 248. Algunas leyes especiales. 492

TERCERA PARTE

CAPITULO XVIII.— FILIACION LEGITIMA.— 249. Generalidades sobre filiación legítima.— 250. Requisitos de la filiación legítima.— 251. Prueba presuntiva.— 252. Prueba instrumental.— 253. Prueba en caso de divorcio o de separación.— 254. Reglas relativas al hijo póstumo.— 255. Reglas para el caso de pasar la mujer a otras nupcias.— 256. Impugnación de la legitimidad por parte del presunto padre.— 257. Impugnación por otras personas.— 258. Impugnación de la maternidad.— 259. Impugnación del carácter matrimonial de la paternidad.— 260. Reclamación del hijo sobre su calidad de legítimo. 531

Pág.

CAPITULO XIX.— LA LEGITIMACION.— 261. Concepto y origen histórico de la legitimación.— 262. Clases de legitimación.— 263. Personas que pueden ser legitimadas.— 264. Quienes pueden legitimar.— 265. Clases de matrimonio apto para legitimar.— 266. Instrumentos de la legitimación y de su aceptación o repudiación.— 267. Inscripción de la legitimación.— 268. Efectos de la legitimación.— 269. Impugnación de la legitimación.— 270. Regla de Derecho Internacional Privado. 558

CAPITULO XX.— LA AUTORIDAD PATERNA.— 271. Concepto. Distinción de la Patria potestad.— 272. Quiénes ejercen la autoridad paterna.— 273. Quiénes están sometidos a la autoridad paterna.— 274. Crianza del hijo.— 275. Cuidado material y moral del hijo.— 276. Educación.— 277. Obediencia.— 278. Habitación del menor.— 279. Corrección y castigo.— 280. Libertad del hijo. 570

CAPITULO XXI.— LA PATRIA POTESTAD.— 281. Generalidades.— 282. Quien ejerce la patria potestad.— 283. Los peculios del hijo de familia.— 284. Usufructo del padre o de la madre.— 285. Administración de los bienes del hijo.— 286. Representación legal del hijo de familia.— 287. Autorización al hijo de familia.— 288. Actos que puede realizar el hijo por sí mismo.— 289. Responsabilidad del padre y del hijo.— 290. Suspensión de la patria potestad.— 291. La emancipación en general.— 292. Emancipación voluntaria.— 293. Emancipación legal.— 294.— Emancipación judicial.— 295. Terminación de la emancipación. 591

CAPITULO XXII.— LA FILIACION ILEGITIMA.— 296. Concepto de hijo ilegítimo.— 297. Evolución jurídica de la filiación ilegítima.— 298. Actual clasificación de los hijos en el Ecuador.— 299. Reconocimiento voluntario: capacidad activa y pasiva.— 300. Forma del reconocimiento voluntario.— 301. Impugnación del reconocimiento voluntario.— 302. Declaración judicial de paternidad o maternidad.— 303. Causas de la declaración de paternidad.— 304. De la maternidad disputada.— 305. Declaración judicial de la paternidad: generalidades.— 306. Casos admitidos en el Ecuador.— 307. Naturaleza jurídica del reconocimiento y de la declaración de hijo ilegítimo.— 308. Extinción de la acción para declarar la paternidad ilegítima.—

Pág.

309. Derechos y deberes de los hijos ilegítimos, respecto de sus padres. 625

CAPITULO XXIII.— LA ADOPCION.— 310. Definición y naturaleza jurídica.— 311. Capacidad especial del adoptante.— 312. Requisitos para ser adoptados.— 313. Consentimientos necesarios.— 314. Forma de la adopción.— 315. Efectos de la adopción.— 316. Terminación de la adopción.— 315. Efectos de la adopción.— 316. Terminación de la adopción.— 317. Reglas de Derecho Internacional Privado 664

CAPITULO XXIV.— EL ESTADO CIVIL.— 318. Definición.— 319. Caracteres y efectos del estado civil.— 320. Fuentes del estado civil.— 321. El Registro Civil.— 322. Prueba originaria del estado civil.— 323. Impugnación de las partidas.— 324. Pruebas supletorias.— 325. Prueba de la posesión notoria del estado civil.— 326. Prueba de la edad.— 327. Prueba de la identidad de las personas.— 328. Reglas de Derecho Internacional Privado sobre el registro civil. 682

CAPITULO XXV.— ALIMENTOS LEGALES.— 329. Definición.— Antecedentes históricos.— 330. Condiciones y requisitos para que haya lugar a la obligación de dar alimentos.— 331. Características del derecho de alimentos.— 332. Fuentes del deber alimenticio.— 333. Clases de alimentos.— 334. Monto de los alimentos.— 335. Sujetos del del derecho de alimentos.— 336. Capacidad para recibir alimentos.— 337. Orden en que deben reclamarse los alimentos.— 338. Trámite.— 339. Forma y seguridades.— 340. Duración y fin del derecho.— 341. Alimentos voluntarios.— 342. Reglas de Derecho Internacional Privado. 709

CUARTA PARTE

CAPITULO XXVI.— LAS GUARDAS EN GENERAL.— 343. Concepto de las guardas.— 344. Definición de guarda.— 345. Características de las guardas.— 346. Reformas de índole general que convendría introducir.— 347. Clasificación de las guardas.— 348. Unidad o pluralidad de las guardas.— 349. División de las guardas por su origen.— 350. Guarda testamentaria.— 351. Guarda legítima.— 352.

Pág.

Curaduría dativa.— Reglas de Derecho Internacional Privado. 730

CAPITULO XXVII.— DILIGENCIAS PREVIAS AL EJERCICIO DE LAS GUARDAS.— 353. El discernimiento.— La caución.— 355. Obligación de hacer inventario. 760

CAPITULO XXVIII.— ADMINISTRACION DE LAS GUARDAS.— 356. Representación del pupilo.— 357. Autorización del guardador al pupilo.— 358. Administración de los bienes del pupilo.— 359. Obligación de llevar cuentas de la administración.— 360. Responsabilidad genérica de los guardadores.— 361. Caso especial de haber un consultor.— 362. Caso especial de haber varios guardadores.— 363. Conservación y cultivo de los bienes.— 364. Inversión del dinero.— 365. Ventas ordinarias.— 366. Cobro de deudas.— 367. Gastos y pagos necesarios.— 368. Interrupción de prescripciones.— 369. Arrendamiento a corto tiempo.— 370. Recibir dinero a mutuo.— 371. Enajenación, hipoteca o servidumbre sobre inmuebles.— 372. Enajenación y empeño de algunos muebles.— 373. División de bienes que tenga el pupilo en común con otros.— 374. Aceptación o repudio de donaciones, herencias y legados.— 375. Transacciones y compromisos.— 376. Donación de muebles.— 377. Dar fianza.— 378. Pagarse a sí mismo.— 379. Actos en que tengan interés el guardador o sus allegados.— 380. Donación de bienes raíces.— 381. Arriendos por largo tiempo.— 382. Compra o arriendo de bienes raíces del pupilo.— 383. Obligación de rendir cuentas.— 384. Entrega de los bienes.— 385. Pago del saldo e intereses.— 386. Guardador Oficioso.— 387. Guardador aparente, de buena fe.— 388. Guardador aparente, de mala fe.— 389. Prescripción de la acción.— 390. Suspensión de la prescripción. 772

CAPITULO XXIX.— REGLAS SOBRE LAS GUARDAS DE MENORES.— 391. Generalidades.— 392. Nombramiento del tutor o curador general.— 393. Domicilio y habitación del pupilo.— 394. Obediencia del pupilo al guardador.— 395. Sustentación del pupilo.— 396. Crianza y educación del puilo.— 397. Castigos.— 398. Trabajo del menor.— 399. Representación del pupilo.— 400. Autorización.— 401. Intervención del Ministerio Público.— 402. Guarda del hijo ilegítimo. 819

Pág.

CAPITULO XXX.— GUARDAS DE LOS INTERDICTOS.— 403. Concepto y efectos de la interdicción en general.— 404. Interdicción del disipador.— 405. Curaduría del ebrio consuetudinario y del toxicómano.— 406. Interdicción del demente o loco.— 407. Interdicción del sordomudo.— 408. Interdicción por condenas penales.— 409. Interdicción por concurso de acreedores, quiebra y situaciones similares.— 410. Quienes pueden y deben pedir la interdicción.— 411. Trámite de la interdicción.— 412. Personas llamadas a la guarda de los interdictos.— 413. Facultades especiales de los curadores de interdictos.— 414. Cuidado personal del pupilo.— 415. Empleo de los bienes del pupilo.— 416. Valor de los actos del interdicto.— 417. Responsabilidad del guardador.— 418. Rehabilitación del interdicto.— 419. Normas de Derecho Internacional sobre los interdictos..... 832

CAPITULO XXXI.— CURADURIAS DE BIENES.— 420. Las curadurías de bienes en general.— 421. Curador del ausente.— 422. Curaduría de bienes de la herencia yacente.— 423. Curaduría de bienes del que está por nacer.— 424. Facultades comunes a los curadores de bienes. 863

CAPITULO XXXII.— CURADURIAS ADJUNTAS Y ESPECIALES.— 426. Principios generales sobre estas guardas.— 427. En qué casos se nombra curador adjunto.— 428. Quienes nombran curador adjunto y quien debe desempeñar la guarda.— 429. Atribuciones y responsabilidades de estos curadores.— 430. Quienes son curadores especiales.— 431. Procedimiento para nombrar estos curadores.— 432. Facultades y responsabilidad de estos curadores. 882

CAPITULO XXXIII.— INCAPACIDADES Y EXCUSAS.— 433. Incapacidades y excusas en general.— 434. Incapacidades por defectos físicos y morales.— 435. Incapacidad por razón de la profesión, empleo o cargo público.— 436. Reglas relativas al sexo.— 438. Reglas relativas a la edad.— 439. Reglas relativas a las relaciones de familia.— 440. Oposición de intereses o distinta religión.— 441. Incapacidades sobrevenientes.— 442. Incapacidades no previstas en nuestra Ley.— 443. Reglas generales sobre las incapacidades.— 444. Causas que justifican la excusa.— 445. Tiempo en que deben presentarse las excusas.— 446. Reglas comunes a las incapacidades y a las excusas. 892

Pág.

CAPITULO XXXIV.— TERMINACION DE LA GUARDA Y REMOCION DEL GUARDADOR.— 447. Terminación de la guarda.— 448. Causas de remoción.— 449. Quien puede pedir la remoción.— 450. Trámite de la remoción. 909

CAPITULO XXXV.— REMUNERACION DE LOS GUARDADORES.— 451. Regla general sobre remuneración.— 452. Bienes que no entran en el cálculo de la décima.— 453. Distribución de la décima entre varios guardadores.— 454. Excepciones a la regla general de la décima.— 455. Remuneración fijada por testamento. 915

INDICE. 921

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

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

Se terminó de imprimir esta obra en los
Talleres Gráficos de la Editorial
"L A U N I O N", C. A.
el día 5 de Agosto de 1968.
Quito - Ecuador.

OTRAS OBRAS DEL AUTOR:

Iglesia y Estado en el Ecuador.

El Matrimonio en los Regímenes Concordatarios.

Manual de Derecho Internacional Privado.

Derecho Civil del Ecuador; 4 volúmenes publicados, y otro en prensa.

Igualdad de los Cónyuges e Igualdad de los Hijos.

Constitución Política de 1967 con títulos, concordancias e índices.

Ley de Elecciones de 1968, con títulos, concordancias e índices.

Código Civil, con concordancias y Jurisprudencia de la Corte Suprema: 4 volúmenes, en colaboración con los Doctores Eduardo Carrión Eguiguren, Alejandro Ponce y Carbo, y René Bustamante Muñoz.

Recopilación de Leyes Económicas y Sociales, en colaboración con los Doctores Eduardo Burneo Burneo y Francisco Jordana Bertrán.

Recopilación de Leyes Constitucionales y Administrativas (en prensa).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

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

Precio S/. 150.00