



MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Dr. Juan Larrea Holguín



Derecho de Familia



CORPORACION
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

Edición Corregida y Actualizada

3 vol.2



**MONSEÑOR
JUAN LARREA HOLGUÍN (†)**

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y
Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años
y después se ordenó sacerdote.

Fue Vicepresidente del Tribunal
Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la
República, de la Corte Suprema y
Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro;
Miembro de la delegación del Ecuador
a la Conferencia de Cancilleres de
Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar
Reformas a la Constitución de la
República.

Profesor de las Universidades Central,
Católica de Quito, Católica de
Guayaquil; en el Instituto de Altos
Estudios Nacionales; en la Academia
de Diplomacia; en los seminarios de
Ibarra y Guayaquil; Miembro de la
Junta Consultiva de Relaciones
Exteriores; de las Academias de la
Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de
Jurisprudencia, Derecho Civil,
Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético
y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris
Causa" de la Universidad Católica de
Guayaquil; el Premio "Tobar" de la
Municipalidad de Quito y el Premio
Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo
de Ibarra y Obispo Castrense.



ROES PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO

TA ES PERMANENTE

LEY

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

07

03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

DR. JUAN L. LARREA FALGOUT

UNIVERSIDAD DE
CONTROL DE
ESTUDIOS



P:1

E:07

B:03

Compras	
Procedimientos	
Facturas	
Presupuestos	
Alta	
Biblioteca	



INVENTARIO
FUNDADA EN QUITO

Compra ☒ Donación Canje

Proveedor CEP

Factura 73813 Fecha 29-09-12 Precio 20.25

N° Inf. Recp Fecha inf

N° Alta 5136536

Biblioteca GENERAL

346.
L333
V.2

IO: 1626

Revisado en

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN

UNIVERSIDAD C
CONTROL DE BIE



5136536

**MANUAL ELEMENTAL DE
DERECHO CIVIL DEL
ECUADOR
VOLUMEN II**

DERECHO DE FAMILIA

C:87049

FUNDADA EN 1620
QUITO

QUITO, 2008

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

**MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
DEL ECUADOR**

Volumen II
Derecho de Familia

Dr. Juan I. Larrea Holguín

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres - CEP

Derecho de Autor No. en trámite

ISBN No. en trámite

FUNDADA EN 1620

QUITO

Quito - Ecuador

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

ÍNDICE

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR VOLUMEN II

DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO I	GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA	1
	1. Características del Derecho de Familia	1
	2. ¿Qué es la familia?	2
	3. El matrimonio, base de la familia	7
	4. El matrimonio es institución de Derecho Natural	9
	5. Carácter sagrado del matrimonio	12
	6. Carácter sacramental del matrimonio	13
	7. Efectos civiles del matrimonio. Función del Estado	14
	8. Historia del matrimonio en el Ecuador	15
CAPÍTULO II	EL MATRIMONIO	19
Sección 1a.	Generalidades	19
	9. Definición del Matrimonio	19
	10. Requisitos de existencia del matrimonio	24
	11. Requisitos para la validez del matrimonio	25
	12. Requisitos de licitud del matrimonio	29

Sección 2a.	Vicios de Consentimiento	30
	13. Vicios del consentimiento. Error	30
	14. Vicios de consentimiento. Fuerza	32
	15. El rapto	33
Sección 3a.	Impedimentos Dirimentes	35
	16. Impedimento dirimente: homicidio o asesinato	35
	17. Impedimento dirimente: adulterio	36
	18. Impedimento dirimente: impubertad	36
	19. Impedimento dirimente: vínculo anterior no disuelto	37
	20. Impedimento dirimente: impotencia	38
	21. Impedimento dirimente: demencia	39
	22. Impedimento dirimente: parentesco	40
	23. Impedimento dirimente: falta de asentimiento para los menores de dieciséis años	40
Sección 4a.	Impedimentos Impedientes	41
	24. Impedimento impediante: falta de asentimiento o licencia para los menores	41
	25. Impedimento impediante: incumplimiento de reglas sobre las guardas	45
	26. Impedimento impediante: incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias del varón	47
	27. Impedimento impediante: incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias de la mujer	50
Sección 5a.	Solemnidades del matrimonio	52
	28. Ceremonias civil y eclesiástica	52
	29. Personas que deben intervenir en el matrimonio civil	54

	30. Inscripción del matrimonio	56
	31. El matrimonio celebrado en el exterior	57
CAPÍTULO III	TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO	61
Sección 1a.	Nulidad del matrimonio	61
	32. Causas de nulidad	61
	33. Personas que pueden pedir la nulidad	62
	34. Tiempo en el que se puede demandar la nulidad	63
	35. Irrenunciabilidad de la acción de nulidad	65
	36. Trámite del juicio de nulidad matrimonial	67
	37. Declaración de nulidad en el exterior	68
	38. Efectos de la nulidad	72
	39. Matrimonio putativo	73
Sección 2a.	Terminación del matrimonio por muerte	76
	40. Terminación por muerte natural	76
	41. Terminación por muerte presunta	77
Sección 3a.	El Divorcio	78
	42. Generalidades. Consecuencias	78
	43. Clases de divorcio	82
	44. Causas del divorcio: enumeración y características generales	82
	45. Causales de divorcio: adulterio y otro caso afín	85
	46. Causales de divorcio: varios casos de injurias	87
	47. Causales de divorcio: enfermedades	92
	48. Causales de divorcio: la separación ilegal	94

49.	Extinción de las causales de divorcio	98
50.	Trámite del divorcio por causales	102
51.	Divorcio por mutuo consentimiento	109
52.	Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos	115
53.	Efectos del divorcio respecto de los cónyuges	118
54.	El divorcio en el Derecho Internacional Privado	124

CAPÍTULO IV

	EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO	129
55.	Diversos sistemas de los efectos personales	129
56.	La fidelidad	130
57.	Obligación de cohabitar	131
58.	Deberes de socorro y ayuda mutua	134
59.	Protección del marido a la mujer	135
60.	Obediencia de la mujer	136
61.	Nacionalidad de la mujer casada	137
62.	Nombre de la mujer casada	137
63.	Otros efectos personales del matrimonio	137
64.	Incapacidad contractual de la mujer casada	138
65.	Capacidad para actos testamentarios	140
66.	Comparecencia de la mujer casada en juicio	141
67.	La autorización del marido	143
68.	Ratificación	143
69.	Representación de la mujer por el marido	145
70.	Autorización del Juez	146
71.	Responsabilidad por los actos de la mujer	147

	72. Nulidad de los actos no autorizados	148
	73. Excepciones a la incapacidad de la mujer casada	149
CAPÍTULO V	EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO	151
Sección 1a.	Regímenes Matrimoniales	151
	74. Clasificaciones de los diversos sistemas	151
	75. ★ Nuestro régimen de bienes	153
Sección 2a.	Las Capitulaciones Matrimoniales	154
	76. ★ Definición, objeto, función	154
	77. ★ Requisitos para el otorgamiento	156
	78. ★ Clausulas permitidas y prohibidas	158
	79. Inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales	162
Sección 3a.	Sociedad Conyugal	164
	80. Concepto y naturaleza	164
	81. Establecimiento de la sociedad conyugal	166
	82. Activo absoluto de la sociedad conyugal	167
	83. Activo relativo	178
	84. Bienes propios de los cónyuges	181
	85. Pasivo absoluto	190
	86. Pasivo relativo	194
	87. Deudas personales de los cónyuges	195
	88. Las recompensas	197
	89. Administración ordinaria de la sociedad conyugal	197
	90. Administración de los bienes de la mujer	202
	91. Enajenación de bienes sociales	202

92.	Beneficios y garantías a favor de la mujer	202
93.	Administración extraordinaria de la sociedad conyugal	204
94.	Terminación de la sociedad conyugal	206
95.	Liquidación de la sociedad conyugal	208
96.	Renuncia de gananciales	209
97.	Beneficios de emolumentos y de inventario	211

Sección 4a.

	Situaciones de excepción respecto del régimen de sociedad conyugal	213
98.	Enumeración de los sistemas de excepción	213
99.	Separación de bienes: concepto, historia	213
100.	Separación de bienes: naturaleza, clases, características	216
101.	Causas de la separación de bienes	218
102.	Trámite y oposición a la separación de bienes	220
103.	Efectos de la separación de bienes	221
104.	Terminación de la separación de bienes	224
105.	Exclusión de bienes: concepto; historia	225
106.	Forma de la exclusión	226
107.	Oposición a la exclusión de bienes	226
108.	Efectos de la exclusión de bienes	226
109.	Separación conyugal judicialmente autorizada: concepto, historia	228
110.	Diversas clases de separación conyugal	233
111.	Causas de la separación conyugal	233
112.	Características de la acción de separación conyugal	235
113.	Efectos de la separación conyugal judicialmente autorizada	237

114.	Terminación de la separación conyugal	242
114-	Unión Marital de Hecho	242
A		242
CAPÍTULO VI	LA FILIACIÓN	247
115.	Generalidades sobre la filiación legítima	247
116.	Requisitos de la filiación legítima	250
117.	Prueba presuntiva	252
118.	Prueba Instrumental	256
119.	Prueba en el caso de divorcio o de separación	258
120.	Reglas relativas al hijo póstumo	262
121.	Reglas para el caso de pasar la mujer a otras nupcias	264
122.	Impugnación de la paternidad por parte del marido	266
123.	Impugnación por otras personas	269
124.	Impugnación de la maternidad	272
125.	Impugnación del carácter matrimonial de la paternidad	275
126.	Reclamación por parte del hijo, respecto de su condición de tal	276
CAPÍTULO VII	LA AUTORIDAD PATERNA	277
127.	Concepto. Distinción con la patria potestad	277
128.	Quiénes ejercen la autoridad paterna	278
129.	Quiénes están sometidos a la autoridad paterna	280
130.	Crianza del hijo	280
131.	Cuidado material y moral del hijo	282
132.	Educación de los hijos	284
133.	Obediencia	292
134.	Habitación del menor	293

135.	Corrección y castigo	295
136.	Libertad del hijo	298

CAPÍTULO VIII	LA PATRIA POTESTAD	303
137.	Generalidades	303
138.	Quién ejerce la patria potestad, y respecto de quienes	304
139.	Los peculios del hijo de familia	306
140.	Usufructo del padre o de la madre	309
141.	Administración de los bienes del hijo	312
142.	Representación legal del hijo de familia	317
143.	Autorización al hijo de familia	321
144.	Actos que puede realizar el hijo por sí mismo	325
145.	Responsabilidad del padre y del hijo	327
146.	Suspensión de la patria potestad	330
147.	La emancipación, en general	332
148.	Emancipación voluntaria	334
149.	Emancipación legal	336
150.	Emancipación judicial	338
151.	Terminación de la emancipación	339

CAPÍTULO IX	LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA	343
152.	Concepto DE hijo ilegítimo	343
153.	Evolución jurídica de la filiación ilegítima	344
154.	Reconocimiento voluntario: capacidad activa y pasiva	345
155.	Forma del reconocimiento voluntario	348
156.	Impugnación del reconocimiento voluntario	353
157.	Declaración judicial de la paternidad o maternidad: capacidad activa y pasiva	355

158.	Declaración judicial de la paternidad: Causas	356
159.	Declaración judicial de la paternidad: Casos admitidos en Ecuador	359
160.	Extinción de la acción para declarar la paternidad ilegítima	364
CAPÍTULO X	LA ADOPCIÓN	365
161.	Definición y naturaleza jurídica	365
162.	Capacidad especial del adoptante	368
163.	Requisitos para ser adoptado	371
164.	Consentimientos necesarios	372
165.	Forma de la adopción	373
166.	Efectos de adopción	376
167.	Terminación de la adopción	381
CAPÍTULO XI	EL ESTADO CIVIL	385
168.	Definición	385
169.	Caracteres y efectos del estado civil	386
170.	Fuentes del estado civil	389
171.	El Registro Civil	391
172.	Prueba ordinaria del estado civil	397
173.	Impugnación de las partidas	400
174.	Pruebas supletorias	403
175.	Prueba por la posesión notoria del estado civil	406
176.	Prueba de la edad	408
177.	Prueba de la identidad de las personas	409
178.	Reglas de Derecho Internacional Privado sobre Registro Civil	413
CAPÍTULO XII	LOS ALIMENTOS LEGALES	415
179.	Definición. Antecedentes históricos	415
180.	Condiciones y requisitos para que haya lugar a la obligación de dar alimentos	416

181.	Características del derecho de alimentos	419
182.	Fuentes del deber alimenticio	424
183.	Clases de alimentos	425
184.	Monto de los alimentos	426
185.	Sujetos del derecho de alimentos	427
186.	Capacidad para recibir alimentos	429
187.	Orden en que deben reclamarse los alimentos	430
188.	Trámite	430
189.	Forma y seguridades	431
190.	Duración y fin del derecho	433
191.	Alimentos voluntarios	435
192.	Reglas de Derecho Internacional Privado	436
CAPÍTULO XIII	LAS GUARDAS EN GENERAL	437
193.	Concepto de las guardas	437
194.	Definición de guarda	438
195.	Características de las guardas	439
196.	Clasificación de las guardas	442
197.	División de las guardas por su origen	445
198.	Guarda testamentaria	446
199.	Guarda Legítima	451
200.	Curaduría dativa	455
CAPÍTULO XIV	DILIGENCIAS PREVIAS AL EJERCICIO DE LAS GUARDAS	459
201.	El Discernimiento	459
202.	La caución	463
203.	Obligación de hacer inventario	466
CAPÍTULO XV	ADMINISTRACIÓN DE LAS GUARDAS	473
Parágrafo 1o.	Obligaciones del guardador durante el desempeño de su cargo	473
204.	Representación del pupilo	473

	205. Autorización del guardador al pupilo	477
	206. Administración de los bienes del pupilo	478
	207. Obligación de llevar cuentas de la Administración	480
	208. Responsabilidad genérica de los Guardadores	482
	209. Caso especial de haber un consultor	484
	210. Caso especial de haber varios guardadores	487
Parágrafo 2o.	Administración ordinaria de la guarda	491
	211. Conservación y cultivo de los bienes	491
	212. Inversión del dinero	492
	213. Ventas ordinarias	493
	214. Cobro de deudas	494
	215. Gastos y pagos necesarios	494
	216. Interrupción de prescripciones	495
	217. Arrendamiento por corto tiempo	496
	218. Recibir dinero a mutuo	497
Parágrafo 3o.	Administración extraordinaria	498
	219. Enajenación, hipoteca o servidumbre sobre inmuebles	499
	220. Enajenación y empeño de algunos bienes muebles	503
	221. División de bienes que tenga el pupilo en común con otros	504
	222. Aceptación o repudio de donaciones herencias y legados	506
	223. Transacciones y compromisos	509
	224. Donación de muebles	511
	225. Dar fianza	512
	226. Pagarse a sí mismo	513
	227. Actos en que tengan interés el guardador o sus allegados	514
Parágrafo 4o.	Actos prohibidos al guardador	514

	228. Donación de bienes raíces	515
	229. Arriendos por largo tiempo	515
	230. Compra o arriendo de bienes raíces del pupilo	516
Parágrafo 5o.	Obligaciones del guardador al terminar el cargo	517
	231. Obligación de rendir cuentas	517
	232. Entrega de bienes	520
	233. Pago del saldo e intereses	520
Parágrafo 6o.	Guardador oficioso y falso guardador	521
	234. Guardador oficioso	521
	235. Guardador aparente, de buena fe	522
	236. Guardador aparente, de mala fe	524
Parágrafo 7o.	Prescripción de las acciones contra el guardador	525
	237. Prescripción de la acción	525
	238. Suspensión de la Prescripción	525
CAPÍTULO XVI	REGLAS SOBRE LAS GUARDAS DE MENORES	527
	239. Generalidades sobre la tutela y la curaduría de menores	527
	240. Nombramiento del tutor o curador general	528
	241. Domicilio y habitación del pupilo	530
	242. Obediencia del pupilo al guardador	530
	243. Sustentación del pupilo	531
	244. Crianza y educación del pupilo	532
	245. Trabajo del menor	534
	246. Representación del pupilo	535
	247. Autorización	537
	248. Intervención del Ministerio Público	537

CAPÍTULO XVII	GUARDAS DE LOS INTERDICTOS	539
	249. Concepto y efectos de la interdicción en general	539
	250. Interdicción del disipador	541
	251. Curaduría del ebrio consuetudinario y de toxicómano	542
	252. Interdicción del demente o loco	543
	253. Interdicción del sordomudo que no puede darse a entender por escrito	546
	254. Interdicción por condenas penales	548
	255. Interdicción por concurso de acreedores, quiebra y situaciones similares	550
	256. Quiénes pueden y deben pedir la interdicción	552
	257. Trámite de la interdicción	555
	258. Personas llamadas a la guardad de los interdictos	557
	259. Facultades especiales de los curadores de interdictos	559
	260. Cuidado personal del pupilo	562
	261. Empleo de los bienes del pupilo	564
	262. Valor de los actos del interdicto	565
	263. Responsabilidad del guardador	568
	264. Rehabilitación del interdicto	568
	265. Normas de Derecho Internacional Privado sobre los interdictos	570
CAPÍTULO XVIII	CURADURÍAS DE BIENES	573
	266. Las curadurías de bienes en general	573
	267. Curador del ausente	574
	268. Curaduría de bienes de la herencia yacente	582
	269. Curaduría de bienes del que está por nacer	590
	270. Facultades comunes de los curadores de bienes	593

271. Reglas de Derecho Internacional Privado	595
--	-----

CAPÍTULO XIX CURADURÍAS ADJUNTAS Y ESPECIALES 597

272. Principios generales sobre estas guardas	597
273. En qué casos se nombra curador adjunto	598
274. Quiénes nombran curador adjunto y quién debe desempeñar la guarda	600
275. Atribuciones y responsabilidades de estos curadores	601
276. Quiénes son curadores especiales	602
277. Procedimiento para nombrar estos Curadores	604
278. Facultades y responsabilidades de estos curadores	606

CAPÍTULO XX INCAPACIDADES Y EXCUSAS 609

279. Incapacidades y excusas en general	609
280. Incapacidad por defectos físicos y morales	610
281. Incapacidades por razón de la profesión, empleo o cargo público	613
282. Reglas relativas a la edad	614
283. Reglas relativas a las relaciones de familia	615
284. Reglas relativas a la oposición o intereses o diferencia de religión entre el guardador y el pupilo	617
285. Reglas sobre las incapacidades sobrevenientes	619
286. Incapacidades no previstas en nuestra ley	619
287. Reglas generales sobre las incapacidades	620
288. Causas que justifican la excusa	622

289.	Tiempo en que se deben presentar las excusas	625
290.	Reglas comunes a las incapacidades a las excusas	626

CAPÍTULO XXI

TERMINACIÓN DE LA GUARDA Y REMOCIÓN		629
291.	Terminación de la guarda	629
292.	Causas de la remoción del guardador	631
293.	Quién puede pedir la remoción del guardador	633
294.	Trámite de la remoción	634

CAPÍTULO XXII

REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES		637
295.	Regla general sobre la remuneración	637
296.	Bienes que no entran en el cálculo de la décima	638
297.	Distribución de la décima entre varios guardadores	639
298.	Excepciones a la regla general de la décima	640
299.	Remuneración fijada por testamento	642

FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

1. Características del Derecho de Familia

Las dos grandes instituciones sobre las que se desarrolla el Derecho 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 de Familia 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 México.

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, conviene tener presente su carácter eminentemente relativo, que admite numerosas excepciones o limitaciones:

a) Conviene destacar en primer término el carácter prominentemente 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 fundada 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 característica 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 transferibles por contratos o actos entre vivos y por causa de muerte, sucede, 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 excluida del ámbito del Derecho de Familia, puesto que se trata de derechos de índole muchas veces personalísimos y que por ello sólo pueden ejercerse directamente por su propio sujeto activo; y,
- 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.

2. ¿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”.

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. Aun las constituciones de tipo socialista como la de Weimar de 1919, la española de 1931, o la yugoslava 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, absorber 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 estatal 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 sustituidas, 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 y 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 constituye 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 hombre 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 elección -aun 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 se deriva también la necesidad de la unión 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 lo aconseja la prudencia, para los efectos legales.

Ya hemos visto que nuestro Código Civil no define la familia, (salvo para el derecho de habitación: Art. 829) 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 artículo 27 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 artículo 829 del Código Civil, para los efectos de los derechos de uso y habitación se señala quiénes se comprenden incluidos en la familia de una persona: los cónyuges, los hijos legítimos e ilegítimos actuales o futuros, los sirvientes necesarios, los allegados actuales y los alimentarlos. 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.

3. 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 casi hasta hoy en nuestro Código, a pesar de tantas y tantas modificaciones como ha sufrido este cuerpo de leyes. He aquí como definía el matrimonio, el artículo 81 del Código Civil:

Art. 81.- “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” (La Ley 43 suprimió las palabras “actual e indisolublemente”).

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 a 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 vacío “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 traición de la lealtad a los principios de moral, pero de ningún modo, lo que de hecho es ante todo 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.

Las múltiples reformas al matrimonio civil han ido debilitando progresivamente el sentido de la estabilidad de esta básica institución finalmente la Ley 43, bajo el pretexto de buscar mayor igualdad del marido y la mujer (en los Considerandos de la Ley se declara que ése es su objeto), se reforma de modo injustificado y dañino la definición del matrimonio, como que se quisiera borrar de la ley aun el ideal de un vínculo estable y se ha suprimido el calificativo de “indisoluble y para toda la vida”. Ni siquiera perdura la determinación de que la unión matrimonial ha de ser “actual”, también esto se ha suprimido y por tanto, cabría el matrimonio a plazo o con condición suspensiva, todo lo que hace absurda y degradante la nueva definición, que dice así: Art. 81: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

4. El matrimonio es institución de Derecho Natural

Ya se ha señalado que la familia es anterior al Estado, luego el matrimonio no es una creación del Estado, sino anterior a él e 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 substancialmente 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 raras 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 documentada 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 latan 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 incontestablemente 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 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 ser abandonado "lícitamente" (por el divorcio) en cualquier momento, es decir, cuándo seguramente será abandonado cuando más necesita de apoyo, cuando la 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 quiénes están llamados a tan alta colaboración no pueden desentenderse mutuamente como extraños, tanto más cuanto que les une un vínculo poderoso puesto por la naturaleza para ayudar al cumplimiento de sus fines: el amor. Aquella finalidad de la ayuda mutua, exige frecuentemente renunciamentos 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, participación, ni límite de tiempo.

El hombre halla en el ser amado el complemento de su ser y a su vez 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.

5. 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 carácter 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 cual 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.

6. 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. Eso 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 fue elevado a la dignidad de Sacramento por N.S. Jesucristo, y así fue 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 orde-

nan 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.

7. 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 Estado, ambas potestades 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 eclesásticas 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 abocar con plena responsabilidad la regulación de los efectos civiles del matrimonio -cuestiones patrimoniales, relativas a domicilio y nacionalidad de los cónyuges, parentesco, subordi-

nación, herencias, alimentos, patria potestad, tutelas, adopción, etc., y al mismo tiempo que satisfaga con celo su propia misión, no debe inmiscuirse en lo que no le corresponde, 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 tengan 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.

8. 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 artículo 99 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 contados extranjeros 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. 1 de la Ley, y que reformaba 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 sumarisimo, practicable en un día ante un funcionario de ínfima categoría como el 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 del 9-nov-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 excelentísima Corte Suprema parece que intenta corregir este desatino. Esta misma reforma prohíbe a los divorciados contraer nuevo matrimonio antes de un año, modificando así tácitamente el artículo 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 de absurdo jurídico. Pronto se rebajó este plazo a sólo 4 años.

Aunque la Ley 256 permite a cualquiera de los cónyuges pedir la terminación y la liquidación de la sociedad conyugal, se quiso poner en duda que pudieran hacer esa petición los dos conjuntamente, y para evitar cualquier dificultad, el legislador declaró, mediante la Ley 73, que ambos pueden

solicitar de consumo la terminación y la liquidación (de la sociedad conyugal. (RO 58 del 14-ago-1981).

La Constitución de 1978 prescribió que la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio (concubinato), debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115, promulgada en Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, aunque en otros incurre en graves errores que deben muy pronto ser a su vez reformados por la Ley 88 publicada en el Registro Oficial 492 del 2 de agosto de 1990. La primera de estas dos citadas leyes, da nuevas facilidades para el divorcio, reduciendo hasta lo increíble el tiempo de separación o abandono ilegal como causa de ruptura del vínculo. Sin razón ni motivo alguno, comete el grave error de suprimir la separación conyugal judicialmente autorizada, regresando así a la situación que tuvimos en 1935, y dejando sin protección a los cónyuges y a los hijos de los cónyuges que no puedan mantener la vida común. Hay un contrasentido total en reconocer efectos jurídicos a las uniones de hecho y en cambio desconocer todo efecto jurídico a las separaciones, no regularlas, dejando a los cónyuges y a los hijos sin protección legal. La Ley 88 corrigió algunos errores técnicos de la Ley 43, pero no enmendó lo más grave: lo relativo al divorcio ni la supresión injustificada de la Separación Conyugal judicialmente autorizada, de este modo, se ha consumado la máxima degradación de nuestra legislación matrimonial.

FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO II EL MATRIMONIO

Sección 1a. Generalidades

9. 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 Capítulo. I, IX, de las Instituciones de Justiniano.

Y el Digesto recoge la definición de Modestino: “El matrimonio es la unidad 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.

Nuestro Código Civil definía muy acertadamente el matrimonio en el artículo 81: "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 sacramento y al desconocer 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 práctico: "¿A qué poner como leyes las que no dirigirían a la autoridad eclesiástica, única competente en materia de matrimonio? Esta autoridad se regiría siempre por las disposiciones del Derecho Canónico y el texto del Código Civil sería para ella letra muerta".

Las desafortunadas reformas introducidas en el Código, han llegado a cambiar la definición misma del matrimonio. El artículo 81 dice actualmente: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente". Se han suprimido las palabras: "se unen actual e indisolublemente y por toda la vida", reemplazadas por: "se unen", sin otro calificativo.

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. 1454).

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; y, 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 constitutivo es un contrato, y en cuanto estado civil es institución.

La definición que estamos comentando (Art. 81), agrega que este contrato es "solemne". Recordemos que el artículo 1459 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 en 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 lo son, lo más probable es que el contrato 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, sean 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 a 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 peculiar 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 artículo 81, 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.

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. Sin embargo, la Ley 43 suprimió la palabra "actual".

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 artículo 81, 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 decía 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 generali-

dad de los casos, los fines propios del mismo. Mal hizo la Ley 43 al suprimir la palabra “indisoluble”.

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. También estas expresiones fueron eliminadas por la reforma de 1989.

Desgraciadamente, como hemos dicho, esta realidad no es respetada por nuestra ley. Aunque se declaraba 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 declaraba 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.

Finalmente, es interesante señalar que hasta un defensor del divorcio, como lo fue 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. Sin embargo, la Ley 43 suprimió la separación judicialmente autorizada.

Los fines del matrimonio están claramente expresados en la última parte de la definición del matrimonio, del artículo 81: “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 dimanen 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.

10. 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 aun 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 Zachariac se requiere una situación de hecho (*quæstio 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 (*quæstio 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; y, 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: 1. 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 la prole; 2. 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; 3. 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; y, 4. 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.

11. Requisitos para la validez del matrimonio

La regla más general sobre la validez y nulidad de los actos, es sin duda la del artículo 9. Los actos que la ley prohíbe 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 1697 la necesidad de que se cumplan los requisitos exigidos por la ley a fin de que sean válidos, en caso contrario serán requisitos exigidos por la ley a fin de que sean validos; en caso contrario serán nulos. “Es nulo todo acto o contrato al 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 del Matrimonio Civil de 1884, aunque aquella no reconocía ni reconoce ningún género de divorcio vincular y la nuestra parece que fue 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 manifestamente sin entenderlas, de donde se siguen numerosas incongruencias que desdichan de la majestad y corrección de la Ley.

El artículo 109 de nuestro Código, introducido por la Ley de 1902, era copia servil del artículo 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". Este artículo se suprimió en 1970.

La expresión demasiado absoluta de dicho artículo, podría conducir a que 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.

La Ley 256 de 1970 derogó dicho artículo 109 y clasificó mejor las causas de nulidad.

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 dirimientes, 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 artículo 95 de nuestro Código recoge casi todos los impedimentos dirimientes de nuestra legislación civil". Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:

1. El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o mujer;
2. El hombre o mujer, con su correo en el delito de adulterio (derogado por la Ley 43);
3. Los impúberes;
4. Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;
5. Los impotentes;
6. Los dementes;
7. Los parientes por consanguinidad en línea recta;
8. Los parientes colaterales y en el segundo grado civil de consanguinidad; y,
9. Los parientes en primer grado civil de afinidad.

Según el artículo 89 además resulta impedimento dirimente para el menor que no haya cumplido 16 años, la falta de licencia de sus padres, ascendientes o guardadores. Podemos, pues, decir que son diez los impedimentos dirimientes contenidos en nuestro Código. Los estudiaremos separadamente más adelante.

Los vicios del consentimiento están enumerados en el artículo 96, y se reducen al error esencial; la enfermedad mental que prive del uso de la razón; el rapto de la mujer y las amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible. Todas estas causas deben existir el momento de la celebración del matrimonio, para que puedan producir su nulidad.

En cuanto a las solemnidades o requisitos formales, las esenciales se enumeran ahora en el artículo 101: 1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente; 2. La constancia de carecer de impedimentos dirimientes; 3. La expresión del libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes; 4. La presencia de dos testigos hábiles; y, 5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.

Otras reglas sobre las solemnidades se desarrollan en los artículos siguientes del Código.

En cuanto a los requisitos de validez formales o consistentes en ceremonias o solemnidades, aparte de lo que acabamos de leer en el numeral 4 del artículo 96, 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 que ahora es artículo 100 decía: "El matrimonio civil debe celebrarse ante el Jefe de Registro Civil, 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 la 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".

Al decir que se debían llenar las demás formalidades expresadas en este título, se prescribía la nulidad del matrimonio, en caso de faltar cualquier solemnidad, lo que no era razonable; por esto se reformó en 1970, suprimiendo tales palabras, y la parte final del artículo quedó así: "En todo caso el funcionario competente puede delegar sus funciones a cualquier otro funcionario administrativo y siempre se requiere la presencia de dos testigos".

Una nueva reforma ha introducido la Ley 43, de 1989, consistente en suprimir las palabras "o los tenientes políticos en las parroquias rurales". Considero muy inconveniente esta modificación, puesto que se hace más difícil la celebración del matrimonio y se restringe la legítima libertad de escoger entre dos funcionarios. En lugares pequeños puede tener mucha importancia esta ilegítima restricción de la libertad, ya que suelen ser frecuentes las enemistades entre algunas personas y por lo menos el poder acudir tanto al Teniente Político como al funcionario de Registro Civil, significaba una razonable opción que ahora ya no existe.

12. 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 impediante; b) Se debe cumplir con todas las solemnidades legales, aún aquellas que no sean esenciales para la validez.

a) Impedimentos impeditores (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; y, 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.

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.

Sección 2a. Vicios del Consentimiento

13. Vicios del consentimiento. Error

Al definir el artículo 81 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.

La Ley 256 procuró sistematizar las causas de nulidad del matrimonio, y para esto reformó profundamente el antiguo artículo 111; su equivalente, el actual artículo 96 dice así: “Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de uno o ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas: 1. Error en cuanto a la identidad del otro contrayente; 2. Enfermedad mental que prive del uso de razón; 3. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y 4. Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible”.

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 peculiar 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 artículo 1471, 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 1 del artículo 96. 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 agota 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”.

El actual texto legal sólo admite como causa de nulidad el error en cuanto a la identidad, no respecto de las cualidades de la persona.

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.

14. 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 artículo 1472 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 alguno 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 hasta 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 artículo 1473 del Código Civil.

También estas disposiciones hay que aplicar con la debida cautela al caso del matrimonio.

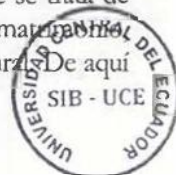
En realidad, una cosa es la fuerza y otra el miedo. La fuerza física no puede alterar el consentimiento por sí misma, aunque produzca una manifestación de algo que no es consentimiento: como cuando a alguien se le mueve la mano para que escriba o la cabeza para que asienta; en estos casos no hay consentimiento, 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, reúna ciertas condiciones para que anule el matrimonio. La doctrina enumera estas: que sea grave, injusto y provocado por causa externa libre.

15. El rapto

El artículo 96 señala como causa de nulidad: “3. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la 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



17. Impedimento dirimente: adulterio

El segundo impedimento dirimente enumerado por el artículo 95 era el proveniente de adulterio. Decía así: No podrán contraer matrimonio: “2. El hombre o mujer, con su correo en el delito de adulterio”.

El Código Penal castigaba el adulterio, pero no lo había 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 están casados con otra persona.

El Código Penal limitaba en ciertos casos el derecho del marido para proponer la acción de adulterio contra su mujer. “no podrá (decía el Art. 480) el marido proponer acción de adulterio contra la mujer si ha consentido el trato lícito 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.

La Ley 43 del año 1989 derogó el numeral 2 del artículo 95, de modo que ya no hay este impedimento dirimente. También se reformó el Código Penal, suprimiendo la pena por este delito. Todo lo cual no contribuye a robustecer el vínculo matrimonial, sino a debilitarlo.

18. Impedimento dirimente: impubertad

“No pueden contraer matrimonio: “3. Los impúberes”, dice el artículo 95. 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 mínimo de edad para el matrimonio. Ese límite se ha pretendido que coincida con el de la general capacidad fisioló-

gica 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 o 14 años, pero muy difícilmente puede poseer la suficiente 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 México; 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 prohíbe 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 artículo 16 reconoce el derecho de **contracer matrimonio** a partir de la edad de la pubertad.

19. Impedimento dirimente: vínculo anterior no disuelto

“Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto”, no pueden contracer matrimonio (Art. 95 Num. 3). 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, 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.

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, porque 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 esa 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".

20. Impedimento dirimente: impotencia

Escuetamente enumera el artículo 95, 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 contraer 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 permanentes 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 oscura, 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 imprevisiones.

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 esta, sí es antecedente y perpetua, ocasiona la nulidad del matrimonio. Varias imprevisiones y contradicciones sobre esta materia se corrigieron en la Ley 256 del año 1970.

21. Impedimento dirimente: demencia

También la enunciaci3n de este impedimento en el numeral sexto del artículo 95, es excesivamente escueta. No puede contraer matrimonio: "5. Los dementes".

Como el artículo 96 señaala que es causa de nulidad "tambi3n": "La falta de libre y espontáneo consentimiento", hay que concluir, que la demencia, seg3n nuestro legislador es otra causa distinta de nulidad. Sin embargo, m3s l3gico 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 expresi3n de la ley es tan sint3tica, debemos entender que bajo la palabra "demencia", se comprende a todas las enfermedades mentales capaces de privar del uso correcto de la raz3n, y as3 se corrigi3 el texto legal en 1970.

Es muy dudoso, en cambio, si el demente podr3a contraer matrimonio v3lido en un intervalo l3cido.

Para poner en interdicci3n a un demente, requiere el artículo 496 que su estado de privaci3n de la raz3n sea, "habitual", pero para varios efectos jur3dicos, sobre todo de 3ndole 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 est3 en interdicci3n, por ejemplo, es incapaz del ejercicio de una guarda el demente, aunque no est3 interdicto. A su vez, el interdicto, en un intervalo l3cido si puede hacer v3lidamente ciertos actos jur3dicos, por ejemplo, testar.

22. Impedimento dirimente: parentesco

No podrán contraer matrimonio: "6. Los parientes por consanguinidad en línea recta; 7. Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; 8. Los parientes en primer grado civil de afinidad" (Art. 95).

En todas partes del mundo se prohíbe el matrimonio a las personas vinculadas por estrecho parentesco de consanguinidad, y casi siempre también en los casos de afinidad. Comúnmente 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 el caso de la afinidad, parece muy recomendable la regla del derecho francés, que prohíbe 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 prohíben las leyes de los países el matrimonio entre el adoptante y el adoptado. En el Código español se prohíbe 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, México, etc.

Nada se encuentra en nuestra legislación sobre el matrimonio del adoptado.

23. Impedimento dirimente: falta de asentimiento para los menores de dieciséis años

En cuanto al requisito del asentimiento o licencia de los padres, ascendientes o guardador, para el matrimonio de los menores, sostuve en la Comisión Legislativa, que no debería producir la nulidad del matrimonio la falta

de tal requisito, por ser extrínseco y de menor importancia. No cabe someter la validez de un acto tan importante como el matrimonio, a la voluntad de otras personas, aunque sean los padres de los contrayentes. Sin embargo, la Comisión se aferró al antiguo criterio y mantuvo el impedimento, sólo con la variación relativa a la edad: los mayores de 18 años no requieren de ese asentimiento o licencia; los que han cumplido 16 y aún no llegan a 18, requieren del asentimiento, pero su falta no ocasiona nulidad del matrimonio; en tanto que, si aún no han cumplido 16 años, sí se produce la nulidad del matrimonio por la falta de asentimiento paterno. Este sistema queda actualmente consagrado en el artículo 89. Aunque no estoy de acuerdo con el sistema, lo considero menos perjudicial que el anterior, porque los casos de matrimonios de menores de 16 años son relativamente raros, y porque, además de la falta de asentimiento, se sumaría en tales casos, el hecho objetivo de una extremada juventud.

Sección 4a.
Impedimentos Impedientes

24. Impedimento impediente: falta de asentimiento o licencia para los menores

Acabamos de estudiar que en el caso de los que aún no hayan cumplido 16 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 16 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 ejemplo, 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.

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 artículo 154 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 distinguía el caso de los hijos legítimos y el de los ilegítimos. Como la Ley 256 eliminó no solamente las diferencias de derechos en tres los hijos legítimos e ilegítimos, sino hasta las mismas calidades de filiación -legítima e ilegítima-, en consecuencia, se reformó esta materia de modo que el orden de las personas llamadas a dar el asentimiento para el matrimonio de los menores es único: primero el padre o madre que ejerce la patria potestad, luego los ascendientes de más próximo grado, y finalmente el guardador general o especial.

En cuanto a los padres, también se innovó la materia en el sentido que queda indicado: el primero llamado es el padre o madre que esté ejerciendo la patria potestad. No se prefiere, como antes, al padre. Parece lógico que, quien tenga la responsabilidad de la patria potestad ejerza también este derecho de guiar en cuanto al matrimonio del menor.

Respecto de los ascendientes resulta que la reforma legal mencionada ha venido a extender el grupo de personas que pueden ser llamadas a dar su asentimiento, al no hacer distinciones sobre la legitimidad de éstas. Antes de la reforma, dentro de los ilegítimos, solamente los padres tenían el derecho de intervenir, pero no los abuelos; etc.; ahora, no se distingue y, en general, todo ascendiente de cualquier condición, es igualmente llamado a opinar sobre el matrimonio del descendiente; solamente se excluyen unos a otros por la proximidad de grado; los abuelos excluyen a los bisabuelos, etc.

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 señalaba con meticulosidad cuándo se “entiende faltar”, es decir, cuándo se ha de pasar a la siguiente persona llamada a dar el permiso.

Se ha simplificado notablemente este tema con la reforma en el sentido de que “se entiende faltar el padre o madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino en todo caso de incapacidad legal”. Toda incapacidad legal comprende, en efecto, tanto la demencia, como otras incapacidades, y, en cambio, se eliminó el caso de quien “se hallare fuera del territorio de la República y no se espere su pronto regreso”, ya que no se justificaba que esa circunstancia quitara a un padre el derecho de interesarse e intervenir en el matrimonio de su hijo, y por las demás razones que se expresan en este libro.

En el caso de los divorciados o separados, normalmente ejercerá la patria potestad aquel padre a cuyo cuidado está el hijo, y entonces él mismo será el llamado a darle el asentimiento para el matrimonio. En esto se ha seguido también lo sugerido en el texto.

En cuanto a la negativa del asentimiento, -esto es sí hay disentimiento-, la ley distinguía dos clases de efectos según la edad del menor, y después de la reforma se sigue haciendo dicha distinción solamente con variación de edades: si ya cumplió 16 años, el menor puede recurrir al Juez para que califique el disenso, en tanto que si aún no llega a los 16 años, no puede recurrir al Juez. Esta distinción es razonable porque considera la extrema-inmadurez del menor que aún no tiene 16 años. En cambio el otro efecto señalado por la ley a base de esta misma clasificación de edades, ya queda dicho que es excesivo: nulidad del matrimonio de los menores que no hayan cumplido 16 años, si no obtienen el asentimiento de estas otras personas.

Art. 87.- "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 16 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 la madre tienen derecho y deber de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad", dice el artículo 278 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 artículo 88: "Las razones que justifiquen el disenso no podrán ser otras que éstas:

1. La existencia de uno o más impedimentos legales;
2. El no haberse practicado alguna de las diligencias previstas para el caso en el Título de las segundas nupcias o para el matrimonio de los guardadores con sus pupilos;
3. Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole;

4. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse;
5. Haber sido condenada esa persona a cualquiera de las penas indicadas en el artículo 311 ordinal 4; y,
6. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio”.

La enumeración de razones contenida en el artículo 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. 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.

La autoridad ante quien se hubiere celebrado un matrimonio de menor no autorizado será destituida del cargo (Art. 89).

25. Impedimento impedito: 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.



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, prácticamente no cabrían cuentas. 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, 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.

Art. 90.- “Mientras que una mujer no hubiere cumplido dieciocho 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 contrarlo”. La Ley 43 sustituyó en el primer inciso “mujer” por “persona”.

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 artículo 90, el artículo 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.

26. Impedimento impedito: incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias del varón

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. La Ley 256 del año 1970 unificó las normas aplicables al varón y la mujer, pero desafortunadamente no las extendió para el caso de los divorciados.

Las obligaciones del viudo o viuda 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. 291), 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 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 obtiene 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 aunque 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 (scrá frecuente que provengan de herencia de uno de los padres), 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 artículo 134 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.

Véase a continuación el texto de los artículos comentados:

Art. 131.- "El viudo o la viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, quisiera 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" (La Ley 43 extiende la norma al divorciado y al soltero con hijos).

Art. 132.- "Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o la madre. Cuando así fuere deberá el curador especial testificarlo".

Art. 133.- "La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del viudo o viuda 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". (También este artículo es ahora aplicable a los divorciados y solteros con hijos bajo su potestad).

Art. 134.- "El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 131, perderá el derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado".

Acertadamente la Ley 43, del año 1989, recogió la crítica que habíamos hecho a los artículos 131 a 134, que solamente se referían al viudo o viuda, y que debían extenderse al caso de los divorciados y solteros con hijos bajo su patria potestad. La finalidad de la ley es idéntica en los diversos casos: proteger los intereses de los menores, evitando la confusión de patrimonios. Naturalmente, cuando el Código habla de viudo, soltero o divorciado, se entiende tanto hombre como mujer según la regla del artículo 20, y es lógico que se imponga a uno y otro las obligaciones de que se trata en estos artículos porque tanto el hombre como la mujer pueden ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal.

27. Impedimento impediante: incumplimiento de las reglas para las segundas nupcias de la mujer

En cuanto a la prohibición del matrimonio dentro de los trescientos días, el artículo 105 contenía prohibición para la divorciada, pero sin que la violación de esa disposición cause nulidad del matrimonio, y el Decreto Legislativo que entró en vigencia el 9 de febrero de 1962, impide tanto al varón como a la mujer divorciados, contrar nuevo matrimonio antes de un año.

Antes de la reforma de 1970, por la Ley 256, la mujer que se volvía a casar perdía la administración de los bienes de sus hijos; la Ley derogó esta prohibición.

El requisito para la mujer que quiere volverse a casar consistía en que hayan transcurrido por lo menos trescientos días desde la disolución del anterior matrimonio.

Se remedió buena parte de las injusticias que existían en esta materia mediante la Ley 256. Efectivamente, ésta derogó el numeral 10 del artículo 109, equivalente al 95 actual, de modo que la viuda no debe esperar los trescientos días para volverse a casar.

Subsiste la prohibición por el caso de la divorciada, lo cual es lógico, tanto porque la confusión sobre la paternidad es más posible en estos casos, cuanto porque hay otra razón de orden técnico para esta espera en el caso

de divorcio: la posibilidad de que se declare la nulidad de la sentencia de divorcio.

La reforma de 1961 ya estableció que ninguno de los cónyuges divorciados, ni el varón ni la mujer, pudiera casarse dentro del año siguiente al divorcio, por esta razón legal evidente: dentro de ese año sería posible intentar la acción de nulidad de la sentencia de divorcio, y si se obtuviera sentencia favorable -que declare la nulidad de la sentencia de divorcio-, obviamente el nuevo matrimonio sería nulo por el impedimento de vínculo anterior no disuelto. En otras palabras, a partir de la reforma de 1961, la sentencia de divorcio no adquiere plena e indiscutible solidez sino después de un año, y durante ese año los divorciados no pueden volverse a casar.

La Comisión Legislativa no quiso aceptar plenamente las consecuencias de la reforma de 1961, y así estableció una nueva distinción que figuraba en el actual artículo 106, mediante la cual la prohibición del nuevo matrimonio, al marido afecta solamente cuando él ha sido el actor en el juicio de divorcio y éste se produjo en rebeldía de la mujer. En rigor, sólo en estas circunstancias cabe que la mujer demande la nulidad de la sentencia de divorcio, y no se considera el caso inverso: que la mujer sea la actora en el juicio de divorcio, porque entonces la demanda de nulidad de la sentencia correspondería al marido, y la mujer debe esperar 300 días antes de contraer nuevo matrimonio, pero por causa diferente: para evitar la confusión respecto de la paternidad de un hijo que nazca en período tal que dé margen para presumir que pudo tener por padre tanto al primer marido como al segundo.

La reforma de 1989 deja así el artículo 106: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las regulaciones establecidas para la mujer en este mismo Código". Resulta sorprendente que la Ley 43, dictada con la intención de lograr la máxima igualdad de los cónyuges, en este punto representa un retroceso y establece una desigualdad más en perjuicio de la mujer, ya que se remite a las normas que sólo a ella pueden obligar, y no al marido; esto es absurdo. Tácitamente se ha derogado así la obligación del divorciado o divorciada, de esperar un año para poder contraer nuevo matrimonio, aunque subsiste el derecho de impugnar durante ese año la validez de la sentencia de divorcio y eventualmente puede llegarse a dar sentencia de

nulidad, en este caso, el segundo matrimonio sería nulo por vínculo anterior no disuelto. La Ley 88, un año después, corrigió estos errores y establece que el artículo 106 dirá: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorie la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.- Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúe con el último cónyuge". De esta forma se vuelve a establecer la igualdad de los cónyuges en este aspecto, y se restablece la espera de un año, en el caso de divorcio seguido en rebeldía del demandado, para dar lugar a la posible impugnación de la sentencia (por haberse citado la demanda en domicilio falso).

Sección 5a.

Solemidades del matrimonio

28. 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 éstas atribuciones.

El artículo 108 decía: "Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones de este Código". Éste fue derogado por la Ley 256 de 1970, por considerarlo superfluo.

No existe prohibición legal en el Código Civil de celebrar cualquier ceremonia religiosa antes del matrimonio civil, pero la Ley de Registro Civil prohíbe actualmente el matrimonio religioso antes del civil. No debía 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 hay esa libertad si para celebrar un sacramento se debe contar con cualquier autoridad civil.

La última Ley de Registro Civil, dictada por Decreto Supremo 402 del 10 de febrero de 1966, volvió a establecer en la forma más arbitraria e inconstitucional una limitación al libre ejercicio de los actos de orden religioso. Dice el artículo 15: "La inscripción del nacimiento y la del matrimonio deben preceder a la ceremonia religiosa correspondiente salvo peligro de muerte. Los ministros de cualquier religión que contravinieron este precepto, serán sancionados por el jefe de Registro Civil respectivamente, con multa de cincuenta a un mil sucres. "Igualmente, no podrá procederse a la inhumación o sepultura de un cadáver antes de que se inscriba la defunción, y será sancionado con la misma multa quien no cumpliera esta disposición".

Esto es 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, quisieran 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 libertad.

29. Personas que deben intervenir en el matrimonio civil

La Ley 256 procuró eliminar del Código Civil las disposiciones meramente reglamentarias o de índole simplemente administrativo; por eso derogó el artículo 117 sobre las diligencias preparatorias del matrimonio, y el artículo 124 en el que se detallaban las ceremonias constitutivas del matrimonio, en cambio, se enumeran en el actual artículo 102 cuáles son los requisitos formales necesarios para la validez del matrimonio.

En cuanto a la autoridad ante la cual se puede celebrar el matrimonio, sostuve en la Comisión Legislativa la conveniencia de facilitar lo más posible la ceremonia, teniendo en cuenta las graves dificultades que se presentan a veces, sobre todo para los campesinos o para quienes viven en pequeños poblados. Si bien no se consiguió todo lo que habría sido de desear, por lo menos se dejaba en libertad de escoger, en las parroquias rurales, entre el Jefe del Área de Registro Civil y el Teniente Político. También hay mayor facilidad para conferir poder, ante una variedad de autoridades, para contraer matrimonio por poder. La Ley 43, injustificadamente, restringió la libertad, quitando la facultad a los tenientes políticos.

Art. 100.- “El matrimonio civil en el Ecuador se celebrará ante el Jefe, de Registro Civil, Identificación y Cedulación en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes o ante los jefes de área de Registro Civil. En todo caso, el funcionario competente puede delegar sus funciones a cualquier otro funcionario administrativo. Siempre se requiere la presencia de dos testigos”.

Art. 101.- “Los contrayentes deben comparecer al acto de la celebración, sea personalmente, o por medio de apoderado con poder especial, otorgado ante Notario Público”.

Art. 102.- “Son solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
3. La expresión del libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes;
4. La presencia de dos testigos hábiles; y,
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente”.

Art. 103.- Podrán ser testigos de las diligencias previas al matrimonio, y del acto mismo, todos los que sean mayores de dieciocho años, varones o hembras, menos los siguientes:

1. Los dementes;
2. Los ciegos, los sordos y los mudos;
3. Los mendigos;
4. Los rufianes y las meretrices;
5. Los condenados por delito que haya merecido más de cuatro años de prisión; y,
6. Los que no entienden el idioma castellano, o el quichua, o el shuar u otro idioma ancestral, en su caso.”

Todos los demás detalles de la celebración del matrimonio quedan para la reglamentación. En cambio, sería conveniente que el Código tratara sobre la posible oposición al matrimonio. Si alguien conoce de la existencia de un impedimento, podría oponerse, pero no se indica en qué forma debe hacerlo, y qué procedimiento se debe seguir sea para desvirtuar la existencia del impedimento, sea para probarla e impedir realmente la celebración. El Código de Procedimiento Civil solamente hace referencia a la oposición de los padres u otros ascendientes o guardadores, cuando se trata del matrimonio de menores de edad, pero nada encontramos sobre la oposi-

ción al matrimonio de los mayores de edad, por la existencia de uno o más impedimentos.

Como se puede apreciar, en virtud de la reforma introducida por la Ley 256, lo más esencial de la celebración del matrimonio consiste en la expresión del consentimiento de los contrayentes, ante el funcionario correspondiente y dos testigos, lo cual debe constar en la respectiva acta. Se han eliminado así varios motivos de nulidad que existían en la legislación anterior.

En lugar de restringir la libertad, el Legislador debería ampliarla razonablemente; en vez de ordenar el matrimonio civil únicamente ante el jefe de Registro Civil, debía permitirlo que se celebrara ante cualquier funcionario, debiendo luego inscribir en el Registro Civil; y con un sentido realista, debería asumirse el dato sociológico de que casi todos los ecuatorianos son católicos, y permitir en consecuencia la celebración de un único matrimonio, con efectos civiles, ante un Ministro de cualquier culto, debiendo igualmente inscribirse luego en el Registro Civil.

Nótese que la Ley 43 reformó el artículo 100, quitando la facultad que antes tenían los tenientes políticos, pero no se reformaron los artículos inmediatamente siguientes, en los que se sigue hablando del teniente político como de un funcionario ante quien se puede celebrar el matrimonio. Esto demuestra lo inorgánico y mal preparada que es la referida Ley 43.

30. Inscripción del matrimonio

Generalmente los actos constitutivos de estado civil, para que surtan 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 aun 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 ordena 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 insustituible puesto que el artículo 337 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.

31. El matrimonio celebrado en el exterior

El artículo 91 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 artículo 91 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, podrá negar validez a los matrimonios contraído 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.

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 extranje-

ros 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, sometidos 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 artículo 104 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.

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 contraría 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 depende, pues, en último término, de lo que establezcan las leyes internas. Estudiemos, pues el artículo 91 del Código Civil: "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 contrajeran 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: 1. Que tales derechos se hayan constituido 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 2. Que no se viole el orden público del país en el cual se pretende hacer valer los derechos adquiridos. Por esto último, el artículo 129 señala una importante excepción al principio formulado en el artículo 91 y consiste esa excepción en que no puede disolverse en el extranjero el matrimonio contraído en el Ecuador si uno o ambos cónyuges son ecuatorianos.

La Ley 256 introdujo, con acierto, la aplicación del principio de reciprocidad: los extranjeros pueden hacer matrimonio diplomático en el Ecuador.



CAPÍTULO III

TERMINACIÓN 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

32. Causas de 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 produzca los efectos de 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 artículo 104 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 artículo 105.- “El matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio”.

33. Personas que pueden pedir la nulidad

Mediante la Ley 256 se han eliminado las lamentables contradicciones que existían en esta materia. Aquello ya no tiene más valor que el histórico: se han clasificado convenientemente las causas de nulidad y se evitan las repeticiones que antes eran origen de las dificultades de interpretación.

Ahora la nulidad sólo puede ser demandada por los cónyuges o por el Ministerio Público, según los casos, tal como prescribe el artículo 98. En ningún caso corresponde este derecho a los padres de los cónyuges.

El Código no dice actualmente quien pueda presentar la demanda de nulidad por haber contraído matrimonio un menor de 16 años sin asentimiento paterno. Debemos descartar que tengan ese derecho los padres, ya que expresamente se derogó la disposición que les confería tal acción. Como

se trata del cumplimiento de requisitos formales y a la vez se hace referencia a una prohibición legal asimilable a un impedimento dirimente, pienso que cualquiera de los cónyuges y el Ministerio Público podrían demandar esa nulidad.

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.

34. 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 122, 123 y 129, lo cual crea una seria duda sobre la prescripción de la acción de nulidad, puesto que el artículo 124 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 dirimientes que pertenecen al Derecho Natural, por ejemplo en el caso de bigamia, o de matrimonio entre consanguíneos a quienes se prohíbe 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 interesar a otras personas (sobre todo herederos), que se esclarezca si el matrimonio terminó por la muerte o si fue nulo, pues, en este último caso, algunos efectos de la sentencia se deben retrotraer al momento en que se celebró el matrimonio.

Las observaciones que aquí se hacen, sobre la prescripción de la acción de nulidad, fueron tomadas en cuenta por la Ley 43, aunque parcial y defectuosamente. Ordenó esta reforma, introducir un artículo, después del artículo 98, que diga: "La acción de nulidad del matrimonio prescribe en el plazo de dos años, contados desde la fecha de la celebración; o desde el momento en que se tuvo conocimiento de la causal invocada, excepto en los casos de los ordinales 4 y 7 del artículo 95". La Ley 88 (RO 492: 2-ago-1990) a su vez, corrigió el texto anterior y quedó así: "La acción de nulidad del matrimonio prescribe en el plazo de dos años, contado desde la fecha de la celebración, o desde el momento en que se tuvo conocimiento de la causal invocada, o desde el momento en que se pueda ejercer la acción.- Como excepción, la acción de nulidad no prescribe en los casos de los ordinales 1, 4, 7 y 8 del artículo 95.- Disuelto el matrimonio por cualquier causa, no podrá iniciarse la acción de nulidad".

Queda, pues, muy claramente establecido que la acción de nulidad sí prescribe. En cuanto al plazo de dos años, parece muy breve, y dada la importancia y el interés público del matrimonio, habría sido preferible establecer un plazo más largo.

No resulta claro el momento inicial del plazo de prescripción: si puede arbitrariamente contarse desde la fecha de la celebración del matrimonio o desde el momento en que se tuvo conocimiento de la causa (no de la "causal", que sería el texto legal que señala la causa): deberemos interpretar la oscura ley, en el sentido de que el plazo comienza por regla general en el momento del matrimonio, salvo cuando la causa que produce su nulidad sea oculta, pues en tal caso, el plazo de prescripción solamente comienza a

correr desde el momento en que conoce la existencia de la causa de nulidad quien pueda alegarla. Y corre la prescripción “desde el momento en que se pueda ejercer la acción”, cuando anteriormente ha existido algún motivo que impedía su ejercicio.

Son razonables las dos excepciones -la nulidad proveniente de vínculo no disuelto o de consanguinidad en línea recta: numerales 4 y 7 del artículo 95. Pero sorprende que no se haya exceptuado también el caso del matrimonio entre hermanos- numeral 8, e igualmente debió declararse imprescriptible el matrimonio con el asesino del marido o mujer, o por lo menos, señalar para tales casos un largo plazo para la prescripción. Estas observaciones a la Ley 43, originaron que se corrigiera tales errores, mediante la Ley 88 del año 1990, que exceptúa expresamente la prescripción, los casos mencionados en los numerales 1, 4, 7 y 8 del artículo 95. También agrega esta última reforma que: “Disuelto el matrimonio por cualquier causa, no podrá iniciarse la acción de nulidad”, esto es, exactamente lo contrario de lo que disponía la Ley 43, que decía: “podrá iniciarse la acción de nulidad”. Personalmente pienso que ni una ni otra soluciones satisfacen: habría que distinguir algunas causas por las que sí debería poderse iniciar la acción de nulidad cuando ya está disuelto el matrimonio (por muerte, divorcio o desaparecimiento), y otros casos en los que razonablemente no cabe iniciar tal acción. Este asunto es importante y grave, porque no da lo mismo que un matrimonio termine en una fecha o en otra, por una causa o por otra; las consecuencias son radicalmente distintas en materia de herencia, de liquidación de la sociedad conyugal, de filiación, etc.

35. Irrenunciabilidad de la acción de nulidad

De conformidad con el artículo 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 interesan en primer término a ambos cónyuges, 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 123 prohíbe 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: "Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio."

Lo es también el derecho de la mujer a que, en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro a que se refiere el artículo 112".

Desde luego, las cuatro 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.

Una vez suprimida la separación conyugal, debió reformarse este artículo, pero no lo ha hecho el Legislador.

36. Trámite del juicio de nulidad matrimonial

Art. 122.- “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”.

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 artículo 122 se refiere al trámite verbal sumario. 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 artículo 838 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, da 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 artículo 122 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 artículo 828 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, contro-

versias 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 los 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, 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 consentimiento 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 provisionalmente lo relativo al cuidado de los hijos, los alimentos, y la administración y conservación de los bienes.

37. 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 artículo 129 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; y, 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 artículo 91 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 artículo 104, 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 innegable 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.

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 del 14 de septiembre de 1956.

b) El artículo 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: 1. Si la nulidad proviene de coacción, miedo o rapto, rige la ley del lugar de la celebración; 2. 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; y, 3. 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 artículo 91 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 esta República”.

La contravención a las leyes solamente puede concebirse en el caso de que tales leyes hayan debido aplicarse. Si 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 comúnmente admitidos de Derecho Internacional Privado. Pero también este principio tiene su límite en las exigencias de orden público de cada Estado. Estas dos reglas se aplican tanto en el artículo 92 como en el artículo 93 del Código Civil.

Art. 92.- “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 no se disolviese válidamente el matrimonio en esta República”.

Art. 93.- “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 artículo 81 al definir al matrimonio incluía el elemento de la indisolubilidad, y los artículos 92 y 93 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.

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 artículo 92 ha logrado este difícil equilibrio con singular acierto. No se 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 el 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 conforme 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 artículo 93.

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.

38. Efectos de la nulidad

- 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) Pueden revocarse las donaciones hechas por causa de matrimonio. Y si no han se entregado las cosas donadas al donatario, éste no podrá exigir la entrega después de declarada la nulidad del matrimonio;
- c) El artículo 539 del Código Penal ordenaba que "(...) el contrayente doloso sea condenado a dotar, según su posibilidad a la mujer que hubiere contraído el matrimonio de buena fe". Y el artículo 279 del Código Penal de la Policía Civil contenía igual sanción, pero aplicable de modo genérico "al responsable" del matrimonio nulo, sin que, por lo mismo, sea preciso probar que hubo dolo;
- d) De conformidad con los principios generales tenemos que afirmar que la declaración de nulidad no puede perjudicar a terceros de buena 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;

e) 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;

f) 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. 97);

g) Aquellos cuyo matrimonio fue 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 Derecho Legislativo de noviembre de 1961 (RO 78 del 9-feb-1962), ni la prohibición para la mujer viuda o divorciada consignada en los artículos 95 y 105 respectivamente. Esta diferente condición de las personas no es justa, desde luego;

h) 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. La Ley 43 agregó un artículo después del 129, corrigiendo esta falta;

i) 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; y,

j) Particulares efectos produce el matrimonio nulo y putativo, que serán expuestos en el punto siguiente.

39. Matrimonio putativo

Examinaremos en qué consiste el matrimonio putativo, sus elementos constitutivos y sus efectos. Y primeramente, tengamos presente la definición que nos proporciona el artículo 94 del Código Civil: "El matrimonio

nulo, si ha sido celebrado con la 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 y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falta 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; y, 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 exigen 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 derecho 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. Supo-

ne, pues, la “justa causa de error” que en el artículo 94 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”; y,

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, no se pierde posteriormente, ni tampoco el derecho a recibir alimentos congruos 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) 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 artículo 94 declara 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 y de marido, y las correspondientes responsabilidades. Además está sujeto a la obligación ya mencionada que establecen los códigos penales civiles y de la policía, y a las sanciones penales; y,

c) Los hijos concebidos dentro del matrimonio putativo y mientras duró la buena fe tienen los derechos de hijos frente a ambos padres.

La Ley 256 reformó el artículo, para incluir expresamente la garantía de los derechos de los hijos; y,

d) 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

40. 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. 127.- “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.

41. Terminación por muerte presunta

El numeral 3 del artículo 105 declara que termina el matrimonio “Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

Pero si bien, ahora el artículo 105 está coordinado con el Título de la muerte presunta, en cambio, no guarda la misma coordinación con el artículo 189, que declara que la sociedad conyugal se disuelve: “1. Por la terminación del matrimonio; y, 2. Por la sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”. Ahora bien, el artículo 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 provisional), en cuyo caso ya estaría dicho lo mismo en el numeral 1 del artículo 189.

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 definitiva de los bienes del desaparecido cesa el impedimento de vínculo anterior no disuelto, quedando en libertad el cónyuge supérstite para contrar 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.

Sección 3a.

El Divorcio

42. 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 antijurídico, al margen de la ley, o bien, estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias.

Cuando la ley positiva regula el divorcio, suele hacerlo fundamentalmente de dos maneras: permitiendo la separación de los cónyuges pero respetando la permanencia 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 casarse con otras personas.

La primera posición es la adoptada por la legislación canónica y la de algunos países. Dicha separación no vincular, adopta muchos nombres: divorcio imperfecto, divorcio semipleno, separación de cuerpos, separación conyugal, o simplemente “separación”, “divortium quoad thorum et men-

sam", 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. Pero hoy, cuando se habla de divorcio, se entiende vincular.

Un factor importante de difusión del divorcio fue 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" tanto de convencer, contra la experiencia cotidiana, que en la ruptura del vínculo conyugal está poco menos que la puerta de la felicidad.

Se ha 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 en cuenta 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 olvidada.

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 porcentaje 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 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 sí 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 pueden 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 absorben 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 superficial, falsa la realidad de la vida, y los legisladores conscientes 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 corres-

ponde 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.

43. 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.

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.

44. Causas del divorcio: enumeración y características generales

Art. 110.- "Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
 2. Sevicia;
 3. Injurias graves y actitud hostil que manifiesten claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;
- (La Ley 43 sustituyó el numeral 3 por el siguiente: 3. Injurias graves o actitud hostil que manifiesto claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial).

4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;
6. El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio, un hijo concebido antes siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;
7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos;
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el Juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;
10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor;
11. La separación ilegal de los cónyuges con total abstención de las relaciones sexuales entre ellos por más de tres años consecutivos.

Sin embargo, si la separación a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de cuatro años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges (la Ley 43 sustituyó la causal 11 por la siguiente: 11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.- Sin embargo, si el abandono al que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges); y,

12. La separación conyugal judicialmente autorizada, si han transcurrido quince años ininterrumpidos, contados desde la fecha de inscripción de la sentencia. (Esta causa fue suprimida por la Ley 43).

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el Juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

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; con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11 y en la causal 12 de este artículo”.

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 12 numerales de nuestro artículo 110. Ciertamente 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 algunos hechos o actos singulares mientras que otros 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 artículo 110 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 causas del divorcio según su gravedad relativa, es decir teniendo en cuenta las circunstancias sociales, de cultura, etc. de los cónyuges.

La Ley 256 extendió este criterio a todas las causales, ya que antes se aplicaba sólo a las tres primeras.

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.

45. Causales de divorcio: adulterio y otro caso afín

Es frecuente que los textos legales no definan este delito, tal vez porque el concepto popular es el mismo que la ley adopta.

Como el adulterio es un crimen (pese a que en la actualidad ya no es delito en Ecuador), el legislador en los países con divorcio, puede adoptar una de estas soluciones: a) Total independencia de la acción criminal y la civil de divorcio: que cada una pueda seguirse indiferentemente antes o después de la otra, y sin conexión entre ambas; b) Que preceda necesariamente la condena penal para que sobre esa base, probado el delito, se pueda demandar el divorcio; y, c) Que la acción penal sólo se pueda seguir después del divorcio. De estas tres posibles soluciones nuestra ley adoptó (en su época) la tercera, y es la más inconveniente de todas. Efectivamente, en esta forma la sanción del delincuente solamente puede producirse a condición de dejarle previamente liberado del vínculo al cual no ha sido fiel. Casi podría hablarse de una especie de recompensa para el criminal. Suprimida la pena por el adulterio, debía también eliminarse esta causa de divorcio, pero el Legislador la ha conservado.

La prueba, según la jurisprudencia, debe ser plena. Puede ser testimonial, pero en todo caso toca al Juez apreciar el alcance del testimonio. Felizmente, el buen sentido popular, el instintivo repudio del escándalo, hacen que todavía sean relativamente raras estas deplorables causas de divorcio, que se ventilan en nuestros tribunales -por lo demás- sin ninguna reserva, a la vista de todo el mundo.

Semejante a la causal de adulterio, es la señalada en el numeral 6 del artículo 110: "El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que no es el padre, conforme lo dispuesto en este Código". El caso previsto no supone adulterio pero sí una falta de fidelidad entre los que van a contraer matrimonio o una falta de sinceridad en la mujer, puesto que se supone que no ha revelado antes de casarse que está embarazada. Lo previsto por el legislador es verdaderamente fantástico, irreal en la vida corriente, y aunque posible, sumamente raro. La ley debe regular los casos corrientes, más o menos normales o probables, y no perderse en disquisiciones imaginativas, en inútiles juegos de lógica abstracta. Como era de proveerse, no se han presentado, en muchos años, demandas por tan estrambótica causal.

46. Causales de divorcio: varios casos de injurias

Pertenecen a la misma especie las causales señaladas en los numerales 1, 3, 4, 5 y 7, todas ellas implican injuria grave de un cónyuge a otro, y en casos extremos justifican la separación más no el divorcio, sin embargo nuestro legislador ha querido abrir muchas puertas para el divorcio y aunque todas podían comprenderse en una sola causal ha preferido tipificar varias.

a) “Sevicia”, dice el numeral segundo, sin más explicaciones. Tampoco se encuentra tipificado este acto en otras leyes, ni en el Código Penal.

A falta de definición legal tenemos que estar al sentido natural y obvio de la palabra, y el Diccionario de la Academia explica que sevicia es “crueldad excesiva, malos tratos”.

Una sentencia de la Corte Suprema se refiere a “sevicia atroz”, y la define como “tratamiento habitualmente cruel, que pone en peligro la salud y la vida” y que por tanto “no se comprueba con el único hecho que consta del proceso y es insuficiente para constituirla”. Nuestra jurisprudencia en los primeros años de la Ley de Matrimonio Civil se mostró exigente, como en esta sentencia, pero con posterioridad ha cedido en exceso, como suele suceder en todas partes con el divorcio, y cada vez parece ser más injustificadamente indulgente.

“Sevicia”, dice con extremada parquedad el Código Civil, y no indica si quiera por parte de quien deba ser diferida y a quien, para causar divorcio.

Debemos entender -con la jurisprudencia-, que se trata únicamente de la sevicia de uno de los cónyuges contra el otro, de manera que si se produce respecto de los hijos u otras personas, no es causa de divorcio.

Las causales para el divorcio son figuras jurídicas civiles, autónomas -respecto del Derecho Penal-, con todo, si en juicio penal se demostraran los malos tratos de obra, la sentencia penal valdría como prueba en el juicio de divorcio. Pero si la acción penal ha terminado por reconciliación, retirándose la acusación particular, entonces, esos hechos probados en el proceso criminal, no podrían ya servir de base para el divorcio. Una sen-

tencia reciente de la Corte Suprema ha resuelto con mucho acierto en el sentido indicado;

b) El mayor número de demandas de divorcio se proponen con fundamento en el numeral tercero del artículo 110: "Injurias graves y actitud hostil que manifiesten claramente un estado habitual de falta de armonía de la dos voluntades en la vida matrimonial" (Esto se ha reformado por la Ley 43).

En pocas causales como en la señalada en el inciso tercero se puede comprobar la desafortunada evolución de la jurisprudencia en un sentido cada vez más favorable al divorcio. La recta y severa interpretación de los comienzos ha sido reemplazada por formas de entender la ley paulatinamente alejadas del sentido auténtico. Se ha llegado incluso a configurar causas que son verdaderamente distintas: nuevas causales, no previstas por la ley. Así mismo, es frecuente, aún entre abogados, oír expresiones tales como "incompatibilidad de caracteres", como si existiera una causa semejante de divorcio en el Ecuador. A pesar de la amplísima puerta abierta en nuestra patria para la disolución de la familia, sin embargo, la "incompatibilidad de caracteres" no es causa legal de divorcio, y sería un grave error, confundirla con la causal descrita en el numeral 3 del artículo 110.

Merece considerarse cada palabra del referido numeral. Por "injurias", podemos entender las de palabra y también las de obra, aunque no lleguen al extremo de la sevicia. Deben de todos modos reunir varias características: ser graves, habituales, y que manifiesten un estado de enemistad (actitud hostil) y no simple desavenencia transitoria. Pero la reforma de 1989 rebaja esta exigencia legal.

Las ofensas aisladas no prueban "estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades". Hay abundante jurisprudencia en este sentido. Queda claro que las ofensas repetidas son el síntoma, o la manifestación de la falta total de armonía, de la actitud hostil, y éstas, juntamente con las ofensas graves son la causa jurídica exigida para poder pronunciar el divorcio.

La Ley 43 al reforzar al Código Civil se proponía igualar la situación del marido y la mujer, pero nada tiene que ver con ese noble propósito, el reformar las causas de divorcio haciéndolo aún más fácil de conseguir.

Este aspecto de la Ley 43 resulta contrario al espíritu de la Constitución de la República que dice, garantizar a la familia y al matrimonio: no se los protege favoreciendo su disolución.

El numeral 3 decía: “injurias graves y actitud hostil, expresión que se ha sustituido por: “injurias graves o actitud hostil. El cambio de la “y” por “o”, surte el efecto de sustituir una causa de divorcio por dos causas diversas; además, la exigencia de estas dos nuevas causales es menor que la ya débil exigencia del texto anterior del Código, pues no se requiere la suma de las dos cualidades de las injurias -que sean a la vez graves y manifiestan hostilidad-, sino que basta una sola de esas dos circunstancias. Se ha producido, pues, un nuevo ataque contra la solidez de la familia, que la ley debía proteger.

Si las injurias son recíprocas, no hay “cónyuge ofendido” que pueda obtener el divorcio por injurias, aunque sean graves. Así lo ha resuelto, con acierto, la jurisprudencia.

Queda a la apreciación de los jueces y tribunales lo referente a la gravedad de las injurias, como también, a la frecuencia de ellas. No vale, por lo tanto, el testimonio que se limite a afirmar la existencia de injurias graves y frecuentes; es necesario que la prueba demuestre cuáles y cuántas, y en qué circunstancias se han producido las injurias, para que el Juez sobre dicha base aprecie si realmente son graves y frecuentes las injurias.

Algunas sentencias de la Corte Suprema han interpretado que “graves” debe entenderse en el sentido definido por el Legislador en el Código Penal. Toda injuria calumniosa, consistente en la falsa imputación de un delito, es grave. Además, son graves las injurias no calumniosas consistentes en la “impugnación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado” y en general las que “en el concepto del público” se tienen por graves; el Código Penal enumera entre ellas las bofetadas, puntapiés, u otros ultrajes de obra”. Si estos hechos son continuos, habituales, constituyen causa de divorcio.

El ejercicio de un derecho, aunque humanamente pueda causar resentimiento, no se considera injuria grave: “La demanda de separación de bie-



nes, aunque se funde en la administración fraudulenta del marido y puntualice los hechos que constituyen este fundamento, no puede ser considerada como injuria grave ni leve de la mujer al marido, sino el ejercicio de un derecho reconocido a aquella por la ley, mientras no aparezca que quien la propuso procedió maliciosamente", dice una sentencia de la Corte Suprema.

Si se perdonan las ofensas recibidas, desaparece la respectiva causa de divorcio. Así resuelve nuestro más alto Tribunal: "las actuales partes se perdonaron recíprocamente las ofensas que se hubiesen irrogado (...) en virtud de tal acta (...) quedaron implícitamente destruidas las causales que en cuanto a estos hechos permitían a uno de los cónyuges fundar la acción de divorcio".

En la apreciación del valor relativo de las injurias, con respecto a la posición social de los cónyuges, la Corte Suprema se ha manifestado generalmente severa. "Injurias momentáneas" que "no dejan huellas rencorosas", "disgustos transitorios", etc., no bastan para que se declare el divorcio. Particularmente se toma en consideración la clase social y el nivel de educación o cultura de las partes para apreciar esos hechos. Aunque también en esto la jurisprudencia más reciente adolce a veces de un falso sentimentalismo que burla el sentido preciso de la ley.

La Corte Suprema ha reconocido también que no hay incompatibilidad entre el fundamento de la demanda de divorcio propuesta por separación de más de tres años y el de ofensas o injurias graves, puesto que éstas se pueden producir tanto en el estado de separación como en el de convivencia;

c) "Amenazas graves de un cónyuge contra la vida de otro" dice el numeral 4 del artículo 110, y constituye una causal más de divorcio. En realidad la amenaza seria contra la vida es una injuria grave, y si pudiera a la vez ser frecuente, tendríamos que reducir esta causa a la anterior (la del numeral 3).

La Ley de 1958 sobre separación conyugal judicialmente autorizada tomó en cuenta la evidente oposición entre gravedad y frecuencia de las amenazas y por ello estableció que para obtener la separación bastará que las

amenazas sean graves, aunque no frecuentes. Esta disposición se recogió en el artículo 182, pero, desde luego valía solamente para la separación conyugal y no para el divorcio. La Ley 256 reformó el numeral 4, quitando la exigencia de que las amenazas graves sean también “frecuentes”;

d) “Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice” es también causal de divorcio (Art. 110 Num. 5), 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 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, en 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 artículo 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 numeral 7 se señala esta otra causal: “Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos”.

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?

La ley no es adherente a nuestra realidad social.

47. Causales de divorcio: enfermedades

a) Dice el numeral 8: "El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el Juez, como incurable y 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, ha extendido la causal a 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: incurable y 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 exigía 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.

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.

Como paradoja increíble conviene anotar aquí que es causa de divorcio, según nuestras desafortunadas leyes, cualquier enfermedad grave que reúna los otros requisitos (ser: incurable y 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 artículo 126: "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; pero 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 sorprendemos 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 9 sufrió alguna modificación en su redacción, en 1958, pero de menor importancia.

La Corte ha declarado en una de las raras 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 consuetudinaria 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 obtener 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 dígame de los toxicómanos. La Ley 256 derogó la causal de impotencia.

c) "10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor". Defectos morales o causas un tanto incidentales pueden ocasionar la condena a prisión por esto la Ley 256 exigió como causal la reclusión mayor y no la simple prisión a la que se refería antes el Código. 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.

d) La Ley 256 suprimió una de las más injustas causales: "12. El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos en relación a su fortuna".

48. 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.

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 desde ese año hasta la reforma de 1989: a) La separación ilegal de más de tres años puede servir de causa de divorcio que puede demandar el cónyuge no evitable 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; y, 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 reforma legal.

La reforma de 1967 agrava enormemente este complejo estado de cosas, que permite pedir el divorcio a cualquiera de los cónyuges, una vez que hayan pasado diez años de la separación.

Se deben hacer en este caso parecidas reflexiones a las formuladas respecto de la enfermedad. Muchas veces la embriaguez consuetudinaria 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 obtener 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. La Ley 256 derogó la causal de impotencia.

c) "10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor". Defectos morales o causas un tanto incidentales pueden ocasionar la condena a prisión por esto la Ley 256 exigió como causal la reclusión mayor y no la simple prisión a la que se refería antes el Código. 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.

d) La Ley 256 suprimió una de las más injustas causales: "12. El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue, habitualmente, en juegos de azar valores más o menos cuantiosos en relación a su fortuna".

48. 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.

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 desde ese año hasta la reforma de 1989: a) La separación ilegal de más de tres años puede servir de causa de divorcio que puede demandar el cónyuge no evitable 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; y, 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 reforma legal.

La reforma de 1967 agrava enormemente este complejo estado de cosas, que permite pedir el divorcio a cualquiera de los cónyuges, una vez que hayan pasado diez años de la separación.

El primer inciso de la causal 11 del artículo 110, vuelve en la última edición del Código a la redacción anterior a 1958, y dice simplemente: "La separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales por más de tres años".

Por consiguiente, hay que probar ahora la total ruptura de toda clase de relaciones conyugales, no solamente de las sexuales.

Es indudable, en la actual Ley, que por esta causal solamente puede demandar el cónyuge inculpable, el perjudicado, tal como lo establece el inciso final del artículo 110, y como se deduce de la contraposición con el inciso segundo de este mismo numeral. Así lo ha entendido también la constante jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales.

Además, es indiscutible ahora, desde la Ley 256, que de ningún modo se podía demandar el divorcio por esta causal, en caso de existir separación conyugal judicialmente autorizada. Esto, porque el Código decía en el numeral 12 del mismo artículo 110, que: "La separación conyugal judicialmente autorizada, si han transcurrido 15 años", es causa de divorcio; luego, es evidente, que no es causa de divorcio si no han transcurrido quince años, sino cualquier tiempo menor, por ejemplo, 14, 12 ó 3 años (Desde 1989 ya no hay separación judicialmente autorizada).

El artículo 110 recoge actualmente dos nuevas causales de divorcio: la señalada en el inciso segundo del numeral 11 proviene de la reforma introducida por la Asamblea de 1967 y reformada por la Comisión Legislativa que rebajó de diez a cuatro años la separación ilegal para que cualquiera de los cónyuges pueda demandar el divorcio; la segunda, fue introducida por la Ley 256 y se recoge en el numeral 12 del mencionado artículo 110 y consiste en la "separación conyugal judicialmente autorizada si han transcurrido quince años ininterrumpidos, contados desde la fecha de inscripción de la sentencia" (Esta última, suprimido en 1989, y los plazos aún más abreviados).

La introducción de esta causal desvanece de modo total y absoluto la duda que podía presentarse antes de la reforma, sobre si era posible demandar el divorcio por abandono al cabo de cuatro años de separación en el caso de existir separación conyugal judicialmente autorizada. Aunque no era razo-

nable aceptar una demanda en esas circunstancias, las oscuras palabras de la Ley podían dar lugar a una acción en tal sentido. Incluso se dictaron sentencias que acogían tales demandas. Ahora bien, después de la reforma no cabe la menor duda de que durante quince años no podía demandarse el divorcio por abandono o separación, si existe separación judicialmente autorizada, ya que la ley dice categóricamente que sólo al cabo de tales quince años o más de "separación ininterrumpida", cabe tal demanda (Desde 1989 cambia esta situación).

Era muy razonable que para admitir el divorcio por una separación judicialmente autorizada por lo menos se exija un largo tiempo, a diferencia del caso de la separación ilegal, ya que no cabe parangonar la separación legal y la ilegal.

Como se acaba de explicar el proceso de degradación de la familia ha ido acortando los plazos de separación ilegal como causa de divorcio: de diez años se pasa a tres y finalmente, la Ley 43, reduce este plazo al brevísimo de un año, como si existiera un propósito directo y malsano de perjudicar a la estabilidad de los hogares. Y más grave aún resulta esta reforma de 1989, en cuanto ya no se habla de "total separación de los cónyuges con ruptura de las relaciones conyugales", sino simplemente de "abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente", puede, por tanto producirse un divorcio cuando exista abandono, aunque se mantengan aún algunas relaciones entre los cónyuges, de modo que la facilidad para el divorcio llega al colmo de lo imaginable. Y la injusticia de la ley es extrema al disponer que pueda demandar, al cabo de tres años de abandono, el mismo cónyuge que abandonó el hogar, de modo que fundándose en su acto ilícito ejercitará un derecho: contra todo sentido jurídico se confiere una acción judicial a quien ha actuado "injustificadamente", ¡nace un derecho del propio dolo! Aquí el legislador no ha igualado el marido a la mujer, sino el culpable al inculpable, el que procede conforme a la ley y el que actúa dolosamente.

La reforma del artículo 110 por la Ley 43, concluye con la supresión del antiguo numeral 12, que admitía como causa de divorcio la separación conyugal judicialmente autorizada cuando había durando quince o más años. Está derogatoria corresponde al hecho de haber suprimido la institución de la separación conyugal judicialmente autorizada, lo cual es gravi-

simo, pues ahora no se podrá regular judicialmente las separaciones y en todo caso podrán llegar a producir el divorcio. Los cónyuges separados y los hijos quedan sin protección legal, contrastando esta disposición con las uniones ilegales que sí están reguladas y protegidas por la ley: el matrimonio ha merecido así, menos aprecio del legislador que el concubinato.

49. 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 artículo 124 indica expresamente esta forma de terminar la acción de divorcio y por consiguiente, se extingue la causa que le podría dar origen.

Art. 124.- “La acción de divorcio prescribe en el plazo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales 1, 5 y 7 del artículo 110, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate.

Por la del numeral 2, desde que se realizó el hecho.

Por las de los numerales 3, 4, 8 y 9 desde que cesó el hecho constitutivo de la causa; y por las de los números 6 y 10, desde que se ejecutorió la sentencia respectiva”.

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.

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 fin año después de que terminó pero no después.

Si es inhumano e injusto que pueda obtenerse el divorcio por enfermedades o vicios como 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 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 causal 11, pero que no se ve inconveniente para que se extienda a las otras causas, y así parece apoyarlo la jurisprudencia.

Art. 125.- “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 reúna las circunstancias determinadas en este Título”.

Para ser causa de divorcio la separación debe ser de más de tres años continuos, por consiguiente, se rompe la continuidad por la vuelta al hogar común de ambos cónyuges, cesa inmediatamente esa causa de divorcio, pero si se volverían 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;

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 artículo 123 que comienza así: “La acción de la 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 prohibición genérica de renunciar a la acción de divorcio, contenida en el artículo 123, 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 Portugal, no sólo se permite renunciar a la posibilidad de divorciarse sino que se presume de derecho tal renuncia se 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 artículo 228 del Código Civil decía así: “En el estado de separación conyugal judicialmente autorizada no se podrá intentar juicio de divorcio, salvo que éste fuere por mutuo consentimiento o por causa distinta de la que fundamentó aquella, o que sobreviniere una nueva causa”. Este artículo, como todo el párrafo 9 de la separación conyugal fue derogado por la Ley 43.

Y era lógico que fuera así, puesto que la causa que ya ha producido un efecto jurídico no debe producir arbitrariamente otro nuevo y más grave efecto;

e) La muerte de uno o ambos cónyuges extingue la acción de divorcio, por disposición expresa del artículo 127:

Art. 127.- “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 ejecutoriada. 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 preferencia 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; y,

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 artículo 126-, creando así la curiosa 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.

50. 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 en 1936. Pero en el Ecuador perduró ese infame expediente, hasta la ley de 1940. De todos modos,

perdura 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 impropriadamente 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.

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 emancipados; en cuanto al curador general si uno de ellos lo tuviere, solamente puede “autorizar” al menor para el divorcio, por disposición del artículo 108. Conviene analizar este artículo en relación con el 111. He aquí sus textos:

Art. 109.- “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. 111.- “En los juicios de divorcio el menor de diez y ocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial”.

Los dos artículos transcritos resultan una repetición en caso de referirse uno y otro al divorcio en general, por lo cual hay que concluir que el 109 se aplica sólo en el divorcio por mutuo consentimiento, y el 111 en el divorcio por las causales de ley. El contexto justifica esta interpretación, pero habría sido acertado decirlo de modo expreso, o suprimir ambos, ya que resultan obvios;

b) Competencia.- Supuesta la competencia del Juez ecuatoriano, según los principios de Derecho Internacional Privado, corresponde ésta al Juez de domicilio del demandado. Pero si es la mujer la demandada, no se sigue la

regla del artículo 59, 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 artículo 117: "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) Prelación de acciones.- Si se presentan demandas de divorcio de uno a otro cónyuge por causas diversas, deben seguir ambas acciones su curso.

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.

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 Código de 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. Estas justas disposiciones se eliminaron arbitrariamente por la Ley 43;

d) Citación.- El decreto legislativo del 13 de noviembre de 1961 (RO 78 del 9-feb-1962), tan desafortunado en otros aspectos, estableció medidas apropiadas: a) La citación se hará por regla general como ordena el artículo 93 del Código de 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 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 cortos plazos exigidos para el divorcio por mutuo consentimiento. Además, se debe tener en cuenta 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, fue también introducida en el Código Civil por el Decreto Legislativo de 1961, haciendo salvedad de los juicios de divorcio por mutuo consentimiento;

f) Recursos.- Desde el Decreto Supremo 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 artículo 122: "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 artículo 838 del Código de 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. En 1935 aparecen los primeros síntomas de preocupación: una fría disposición por la que se pretende proteger el derecho a los alimentos congruos 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. 108). 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 mante 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, a 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 además les prohíbe 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 reúnen 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 amanuense, 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 destituido 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 resolviera nada respecto a los hijos, el artículo 128 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 realizar 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;

k) Inscripción de la sentencia.- No basta que la sentencia de divorcio se ejecutorie, 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 artículo 128 lo dispone así: "La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiera 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 del matrimonio, 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. Desde la Ley 43, esto es así sólo en el caso de haberse seguido el juicio en rebeldía del demandado; y,

l) Nulidad de la sentencia de divorcio.- En general no se puede pedir se declare nula una sentencia ejecutoriada 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.

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.

51. Divorcio por mutuo consentimiento

No es tan frecuente como el divorcio por causas de ley, el divorcio por mutuo consentimiento, en el mundo moderno. En el Ecuador se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento por la Ley del 26 de septiembre de 1910, que permitía además de los divorciados celebrar nuevo matrimonio de 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 del 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 necesita-

ban para ello "autorización" de un curador especial. Esta forma inaudita de divorcio se suprimió en 1940.

La Ley del 5 de octubre de 1940 estableció el trámite para el divorcio por mutuo consentimiento, que con leyes modificaciones introducidas en 1958, nos da el texto (excesivamente largo e informe) de los actuales artículos 107 y 108 del Código Civil:

Art. 107.- "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 (Juez de lo Civil, desde 1989) del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1. Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;
2. El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,
3. 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. 108.- "Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo Civil 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 aquellos. 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, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1. 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;
2. Los hijos impúberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan;
3. No se confiará al padre o 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, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente o haya temor de que se perviertan;
4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el artículo 110;
5. 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;
6. En el caso de que ambos padres se hallaren en imposibilidad para el cuidado de los hijos, el Juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del artículo 393, pudiendo el Juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del Juez el menor o los menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, 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. Si tales personas

carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio, en la forma determinada por el Juez.

La sentencia, en cuanto resolviera 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. Y 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 cónyuges 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.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de la guarda”.

El artículo 107, que hoy es el 108, fue reformado por la Ley 256 con el objeto de lograr la equiparación de los cónyuges y de dar un poco de mayor flexibilidad a la ley en este delicado asunto. Concretamente las reformas se resumen en lo siguiente: a) Los casos de incapacidad para tener el cuidado de los hijos, que antes se referían principalmente a la madre y sólo derivativa y secundariamente al padre, se aplican ahora por igual a uno y otro cónyuge; b) El cónyuge que hubiera dado motivo para el divorcio, por cualquiera de las causales del artículo 110, pierde el derecho a tener a su cuidado los hijos; c) A falta de todas las personas primeramente llamadas a cuidar de los menores, serán entregados éstos “a un establecimiento de Asistencia social, pública o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica”;

d) En este último caso, se “deberá fijar la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos” (al hijo); y, e) Se ha añadido un inciso final que dice: “El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda”. Resulta de dudosa interpretación el término “guardador”, pues, por la ubicación del inciso, parece referirse esa obligación a toda persona que tenga el cuidado de los menores: también el padre o la madre, que no sean guardadores, sino que tengan la patria potestad.

No aceptó la Comisión Legislativa otras dos modificaciones que propuse: que los hijos varones púberes queden al cuidado del padre, salvo convenio en contrario por parte de los padres y salvo incapacidad del padre; y que sea sólo facultativo y no obligatorio el llamamiento a cuidar de los menores respecto de aquellas personas que deben ejercer la guarda legítima, conforme al artículo 393. La primera sugerencia se fundaba en un sentido de equidad, ya que los impúberes y las mujeres de toda edad se confían a la madre, los demás (varones púberes) deberían corresponder al padre. La otra reforma que se pretendía se fundaba en que ni el ejercicio de las guardas es ya obligatorio, y mucho menos debería serlo este delicado oficio del cuidado personal de los menores que quedan en el desamparo por el divorcio de los padres; además, esos lejanos parientes obligados a cuidar de los menores, difícilmente cumplirán con cariño esa obligación que ante todo exige precisamente amor.

a) Ya hemos examinado, a propósito del juicio de divorcio por causases, 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. 109), mientras que en el juicio por causases deben ser “representados” por el curador.

El artículo 107 no exige expresamente que el poder especial sea conferido por medio de instrumento público, mientras que el artículo 101 sí pide 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 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 en el llamado divorcio "por mutuo consentimiento", ya que la realidad profunda es la 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) 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. 115, 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 este juicio”.

En lo demás, el trámite es substancialmente igual al divorcio por causales.

52. Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos

En sus lineamientos generales podemos decir que actualmente rigen estos principios: a) Debe prevalecer la convención de los padres respecto de 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 mortificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres, o sus cambios de fortuna, etc.; y, 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 escrúpulo 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. La Ley 256 del año 1970 corrigió, en parte este defecto.

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. 307 CC).

Al final del artículo 108 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, confiando a un padre la administración y usufructo de los bienes y al otro la representación de los hijos, ya que desvirtuaría el concepto de patria potestad.

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 el Registro Oficial 833 del 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 liberal 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; y, 5) a falta de todos los anteriores el Juez señalará el asilo o institución en que deban ser internados o los pondrá en colocación familiar.

El error más grave de la ley consiste en dejar que los varones que han cumplido los 14 años y no tienen aún 18, 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. Absurda 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 influjo prevaleciente 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 108. 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. Esto quedó parcialmente corregido por la Ley 256.

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 confiara en tal caso los hijos a la persona a quien “a falta de los padres, correspondería la guarda legítima”, y esta norma también resultaba 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 imponga la pesada carga de cuidar a los hijos de su pariente divorciado; por eso se corrigió con la Ley 256.

53. 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 producen 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 (RO 78 del 9 de febrero de 1962), que deroga tácitamente las disposiciones del artículo 106 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 y que la Ley 256 de 1970 expresamente suprimió.

Después de la Ley 256 y la nueva codificación, la regla era ésta: la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino un año después de inscrita la sentencia de divorcio; el marido tampoco puede contraer matrimonio dentro de ese año, pero solamente cuando él ha sido el actor en el juicio y siempre que dicho juicio se haya seguido en rebeldía de la mujer. Esta norma restrictiva arranca de la reforma de 1961, cuya finalidad fue la de evitar la corruptela de un juicio seguido en rebeldía mediante el señalamiento falso de domicilio del demandado para la citación de la demanda. Pero más equitativo habría sido conservar la prohibición de un año para ambos cónyuges por igual. Al no aceptarse esa situación igualitaria, se demostró una vez más el afán de ciertos legisladores para facilitar por todos los medios el divorcio, aún rompiendo los principios que se pretendía aplicar en la Ley 256 (concretamente el principio de igualdad de los cónyuges). Las Leyes 43 y 88 han vuelto a reformar este punto, como ya se ha explicado;

b) El divorcio da fin a la sociedad conyugal, conforme al artículo 189 del Código Civil. Además el artículo 112 permite que se pueda solicitar en el mismo juicio de divorcio la liquidación de la sociedad conyugal: "Cual-

quiera de los cónyuges tendrá derecho 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 artículo 113, además, simplemente permite que cualquiera de los cónyuges 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 ejecutoria 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 ejecutoria e inscribe.

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 artículos 114 y 116 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 excluidos por la mujer y los que, aun sin ser excluidos, hubiere administrado separadamente, en el caso de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales por más de tres años. He aquí dichos artículos:

Art. 114.- “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 excluido anteriormente de la administración del marido”.

La Ley 43 reformó así: "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".

Art. 116.- "Si se disolviera el vínculo matrimonial por la causal 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".

El efecto inmediato de la reforma de 1989, consistía en ampliar -desmesuradamente- el privilegio de la mujer y dejaba al marido en una situación de injusta desigualdad, ya que los bienes adquiridos por él sí entraban al patrimonio partible, no así los de la mujer, y esto en cualquier caso de "administración separada", producida por cualquier causa (exclusión de bienes, separación de bienes, separación conyugal, aplicación de leyes especiales, o incluso administración arbitrariamente separada). La injusticia de la reforma, fue debidamente criticada, también por el autor de este libro, y el legislador resolvió corregir lo hecho en 1989, mediante la Ley 88 del año siguiente.

Pero lo resuelto por la Ley 88 tampoco satisface; en efecto se ordenó derogar el artículo 114. Probablemente esta derogatoria se debió a la consideración de que en el artículo 116 ya se prevé un caso de administración separada, con relación a la liquidación de la sociedad conyugal; pero el caso previsto en el artículo 116 se circunscribe únicamente al divorcio por separación (debería decirse ahora: por abandono injustificado, según la nueva denominación), y no comprende los casos de divorcio por las otras causales, lo cual no resulta equitativo. Tampoco es suficiente el artículo 116 ya que éste pone a salvo únicamente los bienes "adquiridos" por el "trabajo exclusivo", y nada dice de los frutos y otros bienes que se pueden adquirir sin trabajo, o sin trabajo "exclusivo". Por tanto, era conveniente reformar ambos artículos, el 114 y el 116, tal vez fundiéndolos en uno solo, pero comprendiendo todos los diversos casos de administración separada de uno y otro cónyuge, y dejando a favor de cada uno lo adquirido en tal situación.

De todo esto se concluye que tanto la Ley 43 como la 88, han pretendido establecer una mayor igualdad entre los cónyuges, pero no lo han conseguido adecuadamente;

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. Lógicamente, que como en esto la Ley Civil se aparta de los dictados del Derecho Natural, si 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 artículo 114: "El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, siempre que éste haya dado causa al divorcio, salvo los casos contemplados en el artículo 110 causal 8 e inciso 2 de la causal 11". 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 y más consecuencias similares, del matrimonio. Por esto 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.

La Ley 43, del año 1989, ordenó agregar después del artículo 190, el siguiente: "En caso de que exista un solo bien social destinado a vivienda, el cónyuge al cual se confiere el cuidado de los hijos menores o minusválidos, tendrá derecho real de uso y habitación mientras dure la incapacidad

de los hijos, debiendo inscribirse la providencia o sentencia que los constituya en el Registro de la Propiedad respectivo.

“El goce del derecho de uso y habitación de que se habla en el inciso anterior elimina la posibilidad de que el otro cónyuge cohabite en el bien gravado, pudiendo el agredido solicitar amparo en su posesión”.

La intención benéfica de este nuevo artículo es evidente y digna de aprobación, así como hay que hacer reparos en su verdadero alcance por la defectuosa redacción.

En efecto, si lo que se pretende es que el cónyuge que queda con el cuidado de los hijos pueda vivir con ellos en el único inmueble de la sociedad, el presupuesto o hipótesis para concederle el derecho de habitación, tiene que ser que dicho cónyuge no reciba el inmueble en propiedad, pues si en la partición le toca el dominio del inmueble, mal podrá tener solamente el derecho de habitación; quien es dueño, obviamente puede habitar en su casa.

Debió preverse también el caso de que el padre que cuida de los hijos tenga habitación propia, aunque no reciba por la liquidación de la sociedad, pues en este supuesto no habría razón para asignarle el derecho de habitación en el único bien social.

Tampoco hay por que mencionar el derecho de uso, si ya se concede de habitación, puesto que quien tiene el derecho de habitación tiene también el uso.

En cuanto a la expresión “menores o minusválidos”, habría sido preferible decir: “menores o incapacitados para el trabajo”; para afirmar más adelante que el derecho de habitación durará mientras sean menores o sigan siendo incapaces. Con la redacción actual, el derecho dura cuanto la incapacidad, pero si esta se concibe en el sentido jurídico, no beneficia al incapaz para valerse físicamente por sí mismo si ya es capaz, mayor de edad.

Menos afortunada aún resulta la redacción del segundo inciso que declara que “el inciso anterior elimina la posibilidad de que el otro cónyuge cohabite en el bien gravado, pudiendo el agredido solicitar amparo de su

posesión". En primer lugar, la sociedad puede haber terminado por petición de uno de los cónyuges (o de ambos de común acuerdo) sin que medie divorcio y ni siquiera separación de cuerpos y de habitación, de modo que no hay razón para "eliminar la posibilidad" de la convivencia; precisamente, por el contrario, el que sigue siendo "cónyuge" (como dice la ley), conserva el derecho de convivir con el otro. Si deja de ser cónyuge, por divorcio o por sentencia de nulidad de matrimonio, entonces sí termina el derecho de cohabitar, pero no es correcto decir que "se elimina la posibilidad". Más incorrecto es el término "agredido", ni se entiende qué se quiere significar con esta "agresión", que originaría una curiosa acción "posesoria"; lo razonable sería referirse a la defensa jurídica del derecho de habitación con la acción apropiada para ello, que no es precisamente una acción posesoria; y,

g) La mujer pierde el derecho a usar el apellido de su ex-marido.

A pesar del divorcio, el matrimonio continúa produciendo algunos efectos en el futuro. Tenemos una especie de ultra actividad de la institución jurídica disuelta por el divorcio:

1. Es dudoso si el ex-cónyuge puede ser testigo en materia penal respecto de asuntos inculcados al otro;
2. La afinidad que se haya establecido por el matrimonio, conforme al artículo 23 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 congrua 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 tuviera los caracteres de periodicidad y otros del derecho de alimentos.

Actualmente por la Ley 256 se establece ese beneficio a favor de uno y otro cónyuges, en el artículo 112, siempre que quien lo solicite carezca de lo necesario para su congrua sustentación y que no sea el causante del

divorcio por cualquiera de las causales del artículo 110, menos aquellas que no implican culpa, o sea la del numeral 8 y la del segundo inciso del numeral 11, enfermedad grave o separación de más de cuatro años. Debe observarse a este propósito, que la radical injusticia contenida en aquel inciso 2 del numeral 11, se refleja en otras disposiciones, como en esta misma que estamos comentando; en efecto, el cónyuge que culpablemente abandona el hogar, puede al cabo de tres años ("un año", a partir de 1989) no sólo conseguir el divorcio, fundándose en su propia conducta ilegal, sino que también puede exigir que el cónyuge inocente le entregue una considerable parte de los bienes propios del inculpable.

54. 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; y, f) Los efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio.

a) El artículo 117 del Código Civil parece atribuir una competencia exclusiva y general a los jueces ecuatorianos para los juicios 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 artículo 117, 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 artículo 14 del Código Civil.

El artículo 129, 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;

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.

Estos principios están parcialmente consagrados también en nuestro Código Civil, dice el artículo 93: “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”.

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 artículo 92;

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 austriaco, etc. por el hecho de contraer matrimonio católico, se entiende renunciada la acción de divorcio.

Sin razón alguna que lo justifique, nuestra ley prohíbe 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 planear dicha acción también en otro país que considere

irrenunciable la acción. Concretamente: ¿puede un ecuatoriano renunciar a la acción de divorcio (cosa que prohíbe el artículo 123 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 del divorcio, considera, sin embargo que la renuncia hecha en el exterior si 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 artículo 52: "El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio, se regula por la ley de 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".

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 o como en la personal de los cónyuges, si esa es distinta de aquella. Precisamente, este principio inspira nuestro artículo 92: "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 no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República".

Con este artículo como con el 93 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 admita 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;

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 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 tenga que verificarse en el exterior, y que se obtengan mediante un deprecatorio a jueces o autoridades extranjeras; y,

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 92 se conforma exactamente a esos principios generalmente admitidos.





CAPÍTULO IV EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

55. Diversos sistemas 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 preeminente en el hogar. Así, es frecuente que las leyes impongan a la mujer casada el apellido del marido, su domicilio, su nacionalidad, etc. Pero la 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 artículo 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 dio 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 al Código Civil, y por otra parte el nuevo marco jurídico inaugurado por la constitución de 1946-47, dejó vigentes todos los códigos y leyes (incluido el civil). La Constitución de 1967 ha vuelto a afirmar la igualdad fundamental de marido y mujer, y la Ley 256 del año 1970 aplicó al Código Civil ese principio de igualdad. En 1989 y 1990 se ha querido llegar a las últimas consecuencias de la aplicación del principio de la igualdad, pero no siempre se ha logrado este propósito en las leyes 43 y 88.

56. La fidelidad

Los cónyuges están obligados "a guardarse fe", dice el artículo 136, 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 con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".

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 injerencia 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.

En cuanto al adulterio tiene en nuestra ley sanciones civiles y penales, se sancionaba, con prisión de seis meses a dos años, pero se ha derogado. En el plano civil son sanciones del adulterio: la separación conyugal judicialmente autorizada (hasta 1989); el divorcio; 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 congruos, por tratarse de injuria gravísima.

No es preciso insistir en que el divorcio es una “sanción” más 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.

57. Obligación de cohabitar

Ya la definición del artículo 81 señala el deber y derecho de los cónyuges de vivir juntos, puesto que es ese uno de los fines mismos del matrimonio. El anterior artículo 137 precisaba más este deber y derecho: “El marido tiene derecho de obligar a la mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia, salvo causa razonable y proporcionada, calificada por el Juez.

La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa”.

La reforma introducida por la Ley, 256 en 1970, limita los poderes casi absolutos del marido para fijar o cambiar el domicilio conyugal, pero mantuvo la autoridad del varón, con esas razonables limitaciones. La Ley 43, en cambio, ha reemplazado el antiguo artículo 137 por otro que dirá: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia”. De esta manera se quiere aplicar el principio de la igualdad, pero tal vez no se han previsto graves inconvenientes.

Efectivamente, aunque el ideal consiste en que ambos cónyuges decidan de común acuerdo la permanencia o el cambio del lugar de residencia, a menudo sucederá que esa voluntad coincidente no exista, y entonces no quedará otro remedio que recurrir al Juez, con grave desmedro de la unidad interna del hogar; habría sido preferible conservar para tales casos la autoridad del marido, con todas las razonables limitaciones, de modo que solamente cuando éste abusara de su autoridad fuera necesario recurrir al Juez.

La exigencia del mutuo acuerdo sobre el lugar de la residencia va a originar dificultades sobre la interpretación y la prueba del abandono del hogar ya que no se trata simplemente de saber quien sale o quien se queda en la casa, sino de si existió o no el común acuerdo. El punto resulta muy grave, si se tiene en cuenta que la misma Ley 43 ha llegado al extremo de convertir en causa de divorcio el abandono injustificado que dure un año o más. Por otra parte, habiéndose suprimido la separación conyugal judicialmente autorizada, puede pensarse que, en principio, toda separación es ilegal, "no autorizada", lo cual tampoco responde a la realidad de la vida, que puede hacer muchas veces necesaria o conveniente una separación más o menos larga.

Con estas reformas que crean tanta incertidumbre, vuelve a tener actualidad y en mayor medida que antes, el proyecto de la Corte Suprema de 1972, según el cual, para poder alegar como causal de divorcio se habría requerido previamente el cónyuge abandonado hubiera pedido judicialmente el regreso al hogar del que ilegalmente se ausentó; de esa manera se resguardaría la unidad familiar y se evitara el inaudito e injusto divorcio demandado por el mismo culpable: por el cónyuge que dolosamente falta a su deber de convivencia.

El artículo 57 establece el domicilio conyugal, aparte de éste, los cónyuges pueden tener un domicilio especial para ciertos casos.

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 consiente 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 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;
- b) En el caso de divorcio o de separación conyugal judicialmente autorizada, en los cuales cesa la obligación de convivir, sin embargo, conservaba 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 va concebido, por esto, el artículo 252 del Código Civil autorizaba al marido para pedir que la mujer “sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza”. El Juez ordenaba esta residencia forzosa de la mujer, siempre que la petición del marido hubiera sido razonable (Derogado en 1989);
- c) El marido que “voluntaria y arbitrariamente ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado”, perdía el derecho de proponer contra ella la acción de adulterio, por disposición del artículo 480 del Código Penal. (Actualmente derogado);
- 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 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 recurrido 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 un año. Como ya hemos estudiado, esta causal solamente puede ser alegada por el cónyuge inculpable, y desde 1969 se puede demandar el divorcio al cabo de 4 años de separación, también por parte del cónyuge culpable, y desde 1989 tan pronto han transcurrido tres años;

h) El mismo abandono ilegal era causa de separación conyugal judicialmente autorizada, con la diferencia de que era suficiente que haya durado nueve meses (Esto se derogó en 1989, por la Lcy 43); y,

i) El cónyuge agraviado adquiere para sí los bienes que gane con su trabajo 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. 116 del Código Civil).

58. Deberes de socorro y ayuda mutua

Otra de las finalidades esenciales del matrimonio, puesta de relieve justamente en la definición del artículo 81, consiste en que los cónyuges se deben socorro y ayuda mutua “en todas las circunstancias de la vida”. El artículo 81 habla precisamente de “auxilio” mutuo, y esta palabra comprende tanto el socorro como la ayuda que el artículo 136 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, sentimental, 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 artículo 349 del Código Civil señala al cónyuge como la primera persona a quien se deben alimentos, y el 352 precisa que dichos alimentos son congruos, 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 numerosas causales de divorcio que contempla el artículo 110, se ha quitado eficacia jurídica al precepto natural y civil de la "ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida" (Art. 136). Efectivamente, en lugar de urgir el cumplimiento de ese deber sagrado, inicuamente permite nuestra ley el abandono del cónyuge en las circunstancias más penosas de la vida, cuando más necesitaria de aquella ayuda del otro.

59. Protección del marido a la mujer

La organización de familia es jerárquica: el marido ocupa el lugar prevalente, es la cabeza, pero ésta 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 la "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.

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.

La Ley 43 reformó el artículo 136, suprimiendo el inciso que decía: "El marido debe protección a la mujer" y reemplazándolo por lo siguiente: "El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges". Pero no especifica la reforma si entre esos deberes se incluye el de protegerse mutuamente. Desde luego, no cabe "obedecerse mutuamente", porque la obediencia supone autoridad de uno sobre otro y no perfecta igualdad.

60. 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 artículo 136, y que no ha desaparecido en virtud del precepto constitucional sobre igualdad de los cónyuges. Pero la Ley 34 ha suprimido el deber de obediencia de la mujer.

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 debía obedecer en cuanto al lugar de residencia (Art. 137); debía también obedecer en lo relativo al ejercicio de profesión u oficio.

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 trasgresión de precisos postulados de la Carta Constitucional.

Ya hemos dicho que esto ha quedado profundamente alterado por la Ley 43.

61. 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 extranjera 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 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 manifestara 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.

62. 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.

63. 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 estrecha unidad de los cónyuges, que los convierte casi en una misma persona (Cfr. Art. 216 Código de Procedimiento Civil).

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.

64. Incapacidad contractual de la mujer casada

En términos generales la mujer casada no podía realizar por sí misma, sin autorización del marido, ningún contrato. Esto se desprendía del artículo 161.

Como queda dicho, se derogó en 1970 por la Ley 256 CLP, el artículo 161, y por consiguiente la mujer casada tiene a partir del 4 de junio de 1970 la misma capacidad que tendría si fuera soltera. En consecuencia, la mujer casada puede enajenar o gravar libremente sus bienes propios. Cosa muy distinta, desde luego, es la relativa a esos mismos actos con relación a los bienes de la sociedad conyugal, de lo que se hablará más adelante.

Sin embargo de que ha desaparecido la incapacidad de la mujer casada, se ha conservado la prohibición de celebrar contratos entre los cónyuges

salvo el de mandato (Art. 218). Esto evita ciertos inconvenientes o perjuicios que podrían causarse a terceros, por arreglos entre los cónyuges.

La misma Ley 256 derogó también el numeral 8 del artículo 2183 que disponía la terminación del mandato por el matrimonio de la mujer mandataria. Por consiguiente, ahora la mujer mandataria puede continuar ejerciendo el mandato después del matrimonio. Tampoco termina el mandato conferido por la mujer, por el hecho de que ella contraiga matrimonio posteriormente; ni puede el marido revocar ese mandato; solamente la misma mujer podría revocarlo si quisiese.

No se han realizado aún las correspondientes reformas expresas en el Código de Comercio y en la Ley de Compañías, para uniformar estas materias y esto ocasiona algunas dificultades de interpretación, pero debe entenderse, conforme al espíritu de la ley, que la capacidad de la mujer se extiende a todos esos campos. La Corte Suprema ha dictado varias sentencias en las que se afirma la capacidad jurídica plena de la mujer casada, también para actos de comercio, por ejemplo para aceptar o avalar letras de cambio.

Después de la Ley 256 CLP, la mujer casada tiene la misma capacidad jurídica que si fuera soltera; por tanto, si es mayor de edad y no está en interdicción es plenamente capaz. En esto, como en muchas otras cosas, ha quedado, pues, totalmente igualada con el varón. No se puede poner en duda algo que es claro en las disposiciones de la Ley y que estuvo en todo momento en la intención del legislador.

En muchas legislaciones se ha producido una evolución que progresivamente ha concedido mayor capacidad jurídica a la mujer casada, llegando a ser ésta en muchos sistemas jurídicos igual a la del varón. También en Ecuador se ha producido este fenómeno, y así, cuando la Constitución de 1967 declaró la igualdad fundamental de los cónyuges, en realidad ya existían numerosas leyes especiales que conferían por vía de excepción capacidad a la mujer casada. Los actos y contratos para los cuales la mujer ya tenía capacidad eran tantos y tan importantes, que la derogación de la incapacidad se imponía. La Ley 256 derogó la incapacidad de la mujer casada y además le confirió especiales atribuciones en la administración de

la sociedad conyugal, si bien se conservó la primacía del marido en dicha administración, como un necesario principio de orden.

Como consecuencia de estos nuevos principios, se derogaron los antiguos artículos 160 y 161, y se modificaron muchos otros para que el reconocimiento de dicha capacidad de la mujer y su intervención en la administración de la sociedad conyugal quedaran bien claros.

No subsistiendo la incapacidad de la mujer por razón del matrimonio, ya no es preciso hacer las distinciones que se comentan en este número del texto. Efectivamente, la mujer casada tiene desde el 4 de junio de 1970, la misma capacidad jurídica que si fuera soltera, por esto no se la enumera ya entre los incapaces, y dicha capacidad le habilita tanto para contraer cualquier clase de obligaciones, sean o no contractuales, como para comparecer en juicio en toda clase de acciones.

Habiendo desaparecido la incapacidad por razón del matrimonio, consiguiendo los actos y contratos realizados por la mujer ya no serán nulos sino válidos. Naturalmente, la mujer, como cualquier otro sujeto de derechos, puede disponer de lo suyo, y no de lo ajeno; puede realizar actos válidos respecto de bienes ajenos si tiene representación recibida de su titular. Por esto, tampoco puede la mujer disponer libremente de los bienes de la sociedad conyugal, puesto que no son bienes de ella; pero sí puede recibir poder del marido para comprometer los bienes sociales que están confiados a la administración ordinaria del marido. La Ley 43 ha reformado lo relativo a la administración de la sociedad conyugal, como se explicará más adelante.

65. Capacidad para actos testamentarios

El artículo 163, antes de la reforma de 1970, declaraba que la mujer casada, no obstante su incapacidad legal, podía realizar válidamente actos testamentarios. Al suprimirse la incapacidad, podía derogarse el artículo 163 que venía a ser una excepción; pero se prefirió, para eliminar toda duda, declarar categóricamente en este artículo -que ahora es el 141-, que la mujer casada tiene capacidad tanto para los actos entre vivos, como para aquellos por causa de muerte.

En ese mismo artículo se agregó un inciso que establece que las reglas sobre la autorización del marido a la mujer y las presunciones relativas a las mismas, que antes se aplicaban en general para los actos de la mujer en consideración de su incapacidad, se aplicarían a la autorización que seguía siendo necesaria en cuanto se refiere a los actos o contratos sobre los bienes de la sociedad conyugal. Decía este inciso: "Las disposiciones de los artículos 142 a 137, inclusive, se refieren a los actos judiciales o extrajudiciales que afectan directamente a los bienes de la sociedad conyugal, cuya administración ordinaria corresponde al marido".

La Ley 43 ha reemplazado el artículo 141, por el siguiente: "Ni la mujer ni el marido necesitan autorización del otro, para disponer de lo suyo, por acto testamentario o entre vivos.

"Tendrán, en general, la misma capacidad como si fueran solteros, para todo lo relativo a sus bienes propios o para manejar negocios ajenos".

Esta reforma es solamente de redacción y no cambia la situación jurídica anterior. Habría bastando decir que "ni el matrimonio ni su terminación modifican la capacidad jurídica de los cónyuges".

En cuanto a la "autorización" del otro cónyuge, para ciertos actos relativos al patrimonio de la sociedad conyugal, la Ley 256 del año 1970, conservó la necesidad de ella, que en algunos casos (enajenación o gravamen de inmuebles) debía constar expresamente y que en otros casos (los de la vida ordinaria del hogar), se presumía. La Ley 43 suprimió las presunciones y podía llegarse a consecuencias tan graves y chojosas, que pronto debió corregirse esta exageración, mediante la Ley 88, que nuevamente enumera aquellos precisos actos para los cuales se requiere necesariamente el expreso consentimiento de ambos cónyuges, como veremos más adelante.

66. Comparecencia de la mujer casada en juicio

Si la mujer casada era relativamente incapaz y debía normalmente estar representada o autorizada por el marido para todo acto jurídico era lógico que tampoco podía comparecer en juicio por sí sola, y así lo establecía el artículo 160.

Después de la reforma del año 1970, la regla general es precisamente la contraria de la que antes se establecía en el artículo 160, que fue derogado. Es decir, ahora la mujer casada tiene plena capacidad para comparecer en juicio, o más exactamente, tiene la misma capacidad que tendría si fuera soltera. Por tanto, todas las abundantes excepciones a la incapacidad ya no tienen razón de ser, porque quedan incluidas en la nueva regla general.

Al suprimiese el artículo 160 que formula la incapacidad de la mujer casada para estar en juicio, se suprimió la expresa referencia a varias excepciones, y entre ellas, una presenta en la actualidad dificultades de interpretación: el caso de representación de la madre a sus hijos en juicios contra el padre. No cabe duda de que la mujer puede seguir toda clase de acciones, pero, ¿podrá hacerlo en representación de los hijos? Este es un problema de legitimidad de personaría, y no de capacidad. El Título XI aunque declare que la patria potestad es ejercida por el padre y la madre, sin embargo solamente se refería a la representación judicial "del padre", luego, podría concluirse, que la madre no podía representar a los hijos. Sin embargo, el pensamiento del legislador no fue el de restringir los derechos de la mujer casada, sino el de ampliarlos. Por otra parte, la mujer puede ejercer la patria potestad, pero sólo cuando termina la del padre; de modo que, mientras él ejerza la patria potestad, la madre no podría representar a sus hijos, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley. Y tenemos, efectivamente, importantes excepciones. Según el artículo 728 del Código de Procedimiento Civil, la madre puede representar a los hijos en juicio contra cualquier persona, para demandar los alimentos que se les deba. También tiene legitimidad para representar a los hijos en juicios relativos a su filiación, según el artículo 244. En otros casos, de ser necesario, podría la mujer pedir autorización del marido, y si él se negara y de ello se siguiera perjuicio para los hijos, podría el Juez suspender o dar "por terminada la patria potestad del marido, en cuyos casos correspondería a la madre la representación de los hijos. Siendo el espíritu de la ley el de dar mayor autoridad a la madre, debería concederse fácilmente la representación de los hijos, y no solamente en los casos de separación conyugal o de divorcio.

La capacidad de la mujer casada es cosa distinta de su legitimidad o personería para representar a la sociedad conyugal. Esta era representada normalmente por el marido, y solamente en los casos de administración

extraordinaria, correspondía a la mujer. También cabe, desde luego, que el marido confiera poder a la mujer para representar a la sociedad conyugal en juicio, sea como actora o como demandada. Por la misma razón, cabe también la ratificación por parte del marido, de lo actuado por la mujer en nombre de la sociedad y sin contar inicialmente con el mandato autorización del marido; dicha ratificación sanaría la eventual nulidad de lo actuado, como establece el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil. La Ley 43 permite que los cónyuges atribuyan la administración ordinaria al marido o la mujer, libremente, y pueden también cambiar esa disposición.

67. La autorización del marido

La incapacidad relativa de la mujer casada podía 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 actuara con tal autorización. Si el marido ni representaba ni autorizaba a la mujer, ella podía en ciertos casos, recurrir al Juez, y entonces, la autorización judicial resultaba el tercer remedio de la incapacidad de la mujer casada.

Como ahora la mujer casada es capaz, ya no necesita de autorización del marido para actos o contratos. Se conservaron, sin embargo, los artículos que tratan de esta "autorización", pero en adelante se aplicaban solamente a los actos o contratos en que la mujer podía comprometer y obligar a la sociedad conyugal. Ya no se trata propiamente de una "autorización", sino más bien de un mandato del jefe de la sociedad conyugal a favor de la mujer; se pudo emplear la palabra "autorización", teniendo en cuenta que el pensamiento del Legislador en hacer "participar" a la mujer en la administración de la sociedad conyugal, aunque el marido sea el administrador ordinario.

Después de la Ley 43, el cónyuge que tenga la administración ordinaria (marido o mujer) puede autorizar al otro.

68. 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 ejecutorie 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 artículo 1712- 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 artículo 144 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 artículo 688 del Código Civil respecto de la tradición originariamente nula, la cual se convalida retroactivamente. Otro tanto establece el artículo 720 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. 382 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.

Cuanto se acaba de exponer en este punto, referido a la mujer, se aplica a la situación existente entre la Ley 256 de 1970 y la Ley 43 de 1989. Desde la vigencia de esta última, debe entenderse respecto de quien administre la sociedad conyugal y el otro cónyuge, ya que se ha modificado, el artículo 144 en los siguientes términos: “El administrador de la sociedad conyugal,

puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado al otro cónyuge y la ratificación podrá también ser general o especial. La ratificación podrá ser tácita, por hechos del otro cónyuge que manifiesten de un modo inequívoco su aquiescencia”.

69. Representación de la mujer por el marido

Iguales consideraciones a las hechas en el punto anterior, sobre la autorización, pueden hacerse respecto de la ratificación por parte del marido, de los actos o contratos de la mujer. Solamente será necesaria si se trata de actos o contratos relativos a la sociedad conyugal, cuya administración ordinaria corresponde al marido. Si ha intervenido la mujer, sin mandato del marido, se podría considerar que existe una gestión de negocios ajenos (de la sociedad), y la ratificación por parte del representante o administrador ordinario de la sociedad, elimina la nulidad.

Después de la reforma de 1970, no cabe hablar de ratificación por parte de la misma mujer una vez que deja de ser incapaz, ya que desde la reforma ya no es incapaz. Podría pensarse, sin embargo, en el caso de ratificación de algún acto o contrato relativo a la sociedad conyugal y que podría hacer la mujer después de la liquidación de la sociedad si el acto o contrato se refirió exclusivamente a bienes que a ella se le adjudican y si tal ratificación no se hace en perjuicio del marido, ex-marido o terceros.

El marido ya no es representante legal de la mujer, desde la vigencia de la Ley 256, que reformó ambos artículos mencionados: el 33 (hoy 28) y el 159 (hoy 139). El marido sí tiene la representación de la sociedad conyugal, como jefe de ella y administrador ordinario de la misma. Igual calidad puede tener la mujer si así lo establecen los cónyuges.

En consecuencia, la mujer puede enajenar libremente sus bienes propios, sean muebles o inmuebles; y el marido no tiene ninguna intervención en ello. Por esto se suprimieron los artículos 1806 y 1808.

En cambio, continúa vigente la disposición por la cual, para enajenar bienes raíces de la sociedad conyugal, se requiere la intervención de ambos cónyuges. Más aún, se ha ampliado la participación de la mujer en los actos relativos al patrimonio de la sociedad conyugal ya que se requiere su

consentimiento, junto con el marido, para la hipoteca, arrendamiento a largo plazo y constitución de cualquier gravamen real (Ver actual artículo 187). Se presume el consentimiento para esos actos, cuando uno de los cónyuges se halla en el exterior durante tres o más años, inmediatos anteriores a la enajenación o gravamen. Esta regla se aplicaba antes del 4 de junio de 1970 solamente en el caso de ausencia de la mujer; ahora vale para uno u otro cónyuge.

Acertadamente no se incorporó a la nueva codificación civil el Decreto Supremo 435, que se menciona en el texto. Según el actual artículo 169, cualquiera de los cónyuges, puede ser reemplazado por el Juez, si no puede dar su consentimiento para aquellos actos, por hallarse en interdicción. En tales casos, el Juez, oído el Ministerio Público y previa la comprobación de la utilidad, suple el consentimiento del cónyuge interdicto.

Todas estas disposiciones se aplican por igual al marido o a la mujer desde la vigencia de la Ley 43, ya que ambos pueden ser administradores de la sociedad conyugal.

70. Autorización del Juez

Queda dicho que, siendo capaz la mujer casada, no necesita autorización del marido para disponer de sus cosas; por lo mismo, tampoco necesita autorización del Juez en caso de incapacidad del marido. Ni tampoco puede oponerse el marido a que la mujer realice actos o contratos relativos a bienes de ella. De modo que tampoco cabe recurrir al Juez en tales casos.

En cambio, la mujer podrá pedir la autorización judicial para efectuar actos o contratos relativos a los bienes sociales, si el marido está en incapacidad de dar su consentimiento. Así lo disponían los artículos 146 y 185, que contenían disposiciones iguales y repetidas. Esa repetición se encontraba ya en la sexta edición del Código, y correspondía a los artículos 169 y 1780, y habría sido bueno eliminar en la nueva codificación, pero no se hizo. La única diferencia consiste en que el artículo 146 se refiere a los bienes de la sociedad conyugal y el 185 decía "relativo a sus bienes", es decir los del cónyuge; pero si realmente son bienes propios del cónyuge, evidentemente no necesita consentimiento del otro cónyuge ni del Juez, para disponer de ellos; luego, esos "sus bienes" tenían que ser también de

la sociedad conyugal (del haber relativo de la sociedad conyugal) pero que ella deba retribuir al cónyuge al liquidarse; de modo que en el fondo las dos disposiciones resultan iguales. La Ley 43, efectivamente, derogó el artículo 185 y mantiene el 146 igual.

71. Responsabilidad por los actos de la mujer

“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieron a su cuidado.- Así el marido es responsable de la conducta de su mujer”, declara el artículo 2220 del Código Civil.

El reconocimiento de la capacidad jurídica de la mujer casada obliga a un profundo cambio en el sistema de responsabilidad por los actos realizados ya por uno, ya por ambos cónyuges. El artículo 171, se modificó siguiendo estos nuevos principios: cada cónyuge es responsable de sus actos; si actúan ambos, ambos son responsables, además, hay una responsabilidad subsidiaria, del cónyuge o de la sociedad conyugal, si se benefician y precisamente hasta el monto del beneficio recibido. He aquí el artículo 146, que corresponde al 171 reformado: “si uno de los cónyuges actúa respecto de sus bienes propios, sólo responsabiliza su patrimonio. Cuando actúan conjuntamente los dos cónyuges, o uno de ellos con la autorización del otro, respecto de los bienes sociales obligan al patrimonio de la sociedad conyugal y, subsidiariamente su propio patrimonio, hasta el monto del beneficio que les hubiere reportado el acto o contrato. Igual efecto que en el inciso anterior, se produce cuando uno de los cónyuges actúa autorizado por el Juez, por impedimento del otro cónyuge. Pero si un cónyuge actúa con autorización judicial contra la voluntad del otro cónyuge, solamente obliga a la sociedad conyugal hasta el monto del beneficio que hubiere reportado a la sociedad por dicho acto y, en lo demás, obliga sus bienes propios. En último término, responde también el cónyuge que se opuso, si se demuestra que obtuvo beneficio. Si un cónyuge ha realizado un acto relativo a sus bienes propios, pero con tal acto ha beneficiado a la sociedad conyugal, ésta queda subsidiariamente obligada hasta el monto del beneficio”.

72. 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 sana 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. Lo mismo sucede si la mujer administra la sociedad conyugal y el marido obra sin el consentimiento de ella.

A quien se trata de proteger con la nulidad relativa es a la propia mujer y a su hogar, por esto, el artículo 148 establece que solamente la misma mujer, el marido o sus herederos pueden alegar la nulidad relativa proveniente de la falta de autorización:

Art. 148.- “No puede oponerse la nulidad fundada en la falta de autorización sino por la mujer o por el marido, o por sus herederos”.

Se quiso dejar muy claro en la Ley 256 que la falta de intervención de uno de los cónyuges en los actos o contratos relativos a la sociedad que requieren la intervención de ambos, produce nulidad relativa. Por esto se dejó el texto del artículo 173, hoy 148, y que resulta aplicable, ya no a los actos del marido sobre los bienes de la mujer, sino, como queda dicho, a los de cualquiera de los cónyuges, con relación al patrimonio social. Para desvanecer toda duda se agregaron los incisos al artículo 1727, hoy 1700, que dice así: “Los actos realizados por el marido, o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato”.

73. Excepciones a la incapacidad de la mujer casada

Antes de la Ley 256 del año 1970 las principales excepciones generales a la incapacidad de la mujer casada y las reglas que de ella derivan, se encontraban enumeradas en el artículo 175: “Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones o modificaciones por las causas siguientes:

1. El ejercitar la mujer una profesión, industria u oficio;
2. La separación conyugal judicialmente autorizada;
3. La separación parcial de bienes; y,
4. La exclusión de bienes”.

Aparte de estos casos, había que añadir:

5. 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);
6. El caso de la mujer que ejerce el comercio, que no puede asimilarse al de ejercicio de otras “profesiones, industrias u oficios”;
7. La mujer casada mayor de 18 años tenía 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;
8. La mujer casada afiliada al Seguro Social se consideraba 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.
9. Los depósitos de ahorro hechos personalmente por la mujer casada, se conservaban en beneficio exclusivo de ella, y podían ser retirados por ella junto con sus intereses, sin intervención del marido;

10. Si se embargaba la cuota del marido en bienes de la sociedad conyugal, la mujer debía ser la depositaria de dicha cuota (si bien puede excusarse), y entonces ella administra libremente; y,

11. La mujer administraba el patrimonio familiar que hubiere constituido con bienes propios de ella.

La regla general es la de la capacidad que por igual tienen el hombre y la mujer, el marido y la mujer. Por tanto, ya no tenían razón de ser las excepciones legales propias de la época en que la mujer casada era relativamente incapaz; por eso se suprimió el artículo 175 que enumeraba dichas excepciones.

Un asunto diferente es el relativo a la conveniencia o inconveniencia de haber suprimido la exclusión de bienes, porque esa institución no servía solamente para conferir capacidad excepcional a la mujer casada (en cuyo caso no habría duda respecto de que tenía que suprimirse), sino principalmente para sustraer de la administración del marido los bienes de la mujer. Es verdad que ahora no entran a la administración del marido los bienes propios de la mujer, pero sí entran a la sociedad conyugal ciertos bienes con cargo de devolución, y estos podrían ser objeto de exclusión de bienes en el sistema actual, si no se hubiera suprimido esta institución de la exclusión de bienes. Ahora, para recuperar la mujer la administración y disposición de sus bienes ingresados a la sociedad conyugal, tiene que pedir la terminación y liquidación de la sociedad lo que es una medida que el concepto general califica de extrema y puede originar situaciones tirantes y peligrosas. Por esto, podría ser conveniente restablecer la exclusión de bienes, por ser una medida más simple y menos radical que la terminación y liquidación de la sociedad. Insisto en que la exclusión ya no es necesaria en cuanto excepción que confería capacidad a la mujer casada (ya que ésta es plenamente capaz), sino más bien, en cuanto puede servir de correctivo de una administración de la sociedad conyugal que resulte poco conveniente a la mujer.

CAPÍTULO V

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Sección Ia.

Regímenes Matrimoniales

74. 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, ya no por su origen -legal o convencional-, 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 mortificarse 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 diversas 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.

75. Nuestro régimen de bienes

En primer termino, 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 mortificarse durante el matrimonio por variadas causas: a) Todas aquellas que origina la administración extraordinaria de la sociedad conyugal; b) Por el hecho de ser la mujer comerciante; c) Por el hecho de ejercer la mujer un trabajo remunerado; d) Por la separación parcial de bienes; y, e) Por la separación conyugal judicialmente autorizada (Ésta última fue derogada en 1989).

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.

Sección 2a. Las Capitulaciones Matrimoniales

76. Definición, objeto, función

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 artículo 150: “Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales, las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o los cónyuges en el caso de reconciliación, después de haberse producido la separación conyugal judicialmente autorizada, relativas a los bienes y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro”.

La Ley 43 quiso reformar la definición anterior, tanto para abrir la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, como para eliminar la referencia a la separación conyugal que fue derogada por la misma ley; pero el legislador se equivocó en la cita del artículo que quería reformar, de modo que fue necesario que la Ley 88 corrigiera este error, restableciendo el texto del artículo equivocadamente citado y reformando efectivamente el artículo 150, que en adelante dirá: “Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro”.

Como indica Fuego, 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 artículo 1454 define el contrato o convención como si fueran ambos términos una misma cosa, pero la doctrina distingue: el contrato es una especie del género convencional. 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. La Ley 256 introdujo la novedad de que se puedan celebrar también en el caso de reconciliación de cónyuges separados.

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.

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; c) Obliga a terceros: crean las capitulaciones un estado jurídico sui-générís, el de la sociedad conyugal que debe ser tenido en cuenta también por terceras personas; y, 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: 1. La adopción de un régimen patrimonial determinado para el matrimonio; 2. Donaciones en favor de los esposos, constitución de dote, ya procedan de los padres o ascendientes de los esposos, o de cualquier persona; 3. Liberalidades que los esposos se hacen recíprocamente o no; 4. Cláusulas para hacer constar las aportaciones de cada uno.

77. Requisitos para el otorgamiento

Quienes pueden contraer matrimonio por regla general, también pueden hacer capitulaciones generales 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.

Tampoco parece que debería admitirse el sancamiento de la nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales por el transcurso del tiempo, porque este tiempo correría a partir del matrimonio, y cuándo 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 artículo 154: "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.

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.

Respecto de la forma, el artículo 151 establece que debe ser solemne: "Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública o en el acta matrimonial.- Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio".

Si los esposos, o uno de ellos, son comerciantes, las capitulaciones deben inscribirse también en el Registro Mercantil, según lo dispone el artículo 33 del Código de Comercio, y debe fijarse por seis meses un extracto 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 artículo 1422 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.

Las donaciones están también limitadas en cuanto a su monto para no desvirtuar las reglas sobre las sucesiones por causa de muerte. El artículo 210 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.

78. Cláusulas permitidas y prohibidas

Las siguientes cláusulas son permitidas: 1. Establecer un régimen patrimonial; 2. La renuncia de gananciales; 3. Donaciones por causa de matrimo-

nio, o, excluida la causa de matrimonio, con carácter irrevocable; 4. Concesiones recíprocas, por ejemplo, pensiones, etc.; 5. Exención de la comunidad de cualquier parte de los bienes muebles; 6. Ingreso en la comunidad de los bienes raíces de uno de ellos; 7. Destino de valores propios de un cónyuge para adquirir bienes raíces o muebles que no formarán parte de la sociedad conyugal; 8. Modificación de las reglas sobre expensas ordinarias y, extraordinarias de un descendiente común; 9. División de los gananciales en proporción diferente de la señalada por la ley; 10. Constitución de servidumbres, o hipotecas; y, 11. 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. Únicamente queda la duda de si una cláusula semejante en las capitulaciones matrimoniales serviría 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. Igual solución habría que dar en caso de ser la mujer quien tenga la administración ordinaria.

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 podía confiarse en las capitulaciones a la mujer, porque ello significaría invertir totalmente el sistema establecido por la ley, antes de 1989.

Se puede ampliar o restringir las facultades administrativas del marido respecto de los bienes comunes. Así se pueden imponer al marido ciertas obligaciones en interés de la mujer, que indirectamente limiten sus faculta-

des administrativas. La más importante es la cláusula de invertir o reinvertir el dinero 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 artículo 181.

Puede la mujer aportar bienes raíces apreciados para que la sociedad le restituya en dinero, en cuyo caso hay transferencia del dominio (Art. 157).

La reforma de 1989 permite establecer que sea cualquiera de los cónyuges el administrador ordinario de la sociedad conyugal, y por tanto, sea el marido o la mujer pueden pactar que ingresen al patrimonio común los inmuebles que, siguiendo las reglas generales, habrían conservado en su propio patrimonio.

En cuanto a las donaciones, pueden hacerse los cónyuges por cualquier cuantía sin necesidad de insinuación judicial (Art. 1422), pero en ningún caso pueden sobrepasar la cuarta parte de los bienes que poscan al momento de las capitulaciones (Art. 210).

La renuncia de gananciales es otra cláusula lícita, y que debe hacerse necesariamente antes al matrimonio. También cabe, una vez disuelto el matrimonio, pero entonces ya no será por medio de capitulaciones.

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.

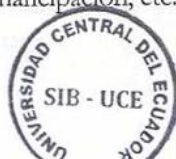
Cabe también establecer la separación parcial de bienes, en virtud de la cual, la mujer se reserva para administrar y disponer libremente, de uno o

más bienes, de cualquier género o especie: muebles o inmuebles, presentes o futuros, etc.

También pueden establecerse otras “concesiones” (Art. 150), 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. 154);
- 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);
- 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 excluidas por el artículo 152. A veces será muy difícil distinguirlas de las que se oponen al orden público, ya que el orden público tutela las buenas costumbres; y,
- f) Son estipulaciones prohibidas, por ir “en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge”: las que alteraran la capacidad de los cónyuges, contra las disposiciones de la ley. 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.



79. 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 expuesto. Pero una vez celebrado el matrimonio, en principio, no podían alterarse las capitulaciones hasta que se reformó este sistema por la Ley 256 en 1970 y después por la Ley 43 de 1989.

Por regla general toda obligación contractual puede mortificarse por acuerdo entre las partes contratantes (Art. 1583), pero las capitulaciones matrimoniales no, por disposición expresa del artículo 155.

La absoluta inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, comenzó a alterarse por la Ley 256 del año 1970, que permitió celebrarlas o modificarlas en caso de reconciliación de los cónyuges que hubieren obtenido la separación conyugal judicialmente autorizada; de ese único caso de capitulaciones hechas durante el matrimonio, se ha pasado al régimen de máxima concesión, por la Ley 43, que prescribe este nuevo texto del artículo 155: "Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas, pudiendo modificarse antes o durante el matrimonio, o de común acuerdo entre los cónyuges".

En esta reforma, como en muchas de la Ley 43, no se cuidó la redacción y se dijo algo absurdo, en las últimas palabras: "o de común acuerdo". Interpretando según el tenor literal, esto equivaldría a admitir una reforma por voluntad unilateral y otra —"o"— de común acuerdo, siendo evidente que sólo cabe la reforma de común acuerdo y de ninguna otra manera. La Ley 88, del año 1990, tuvo que reformar nuevamente el artículo 155, y suprimió la conjunción "o", que estaba demás y torcía el sentido razonable de esta disposición legal; ahora queda muy claro que cualquier modificación de las capitulaciones debe ser convenida de mutuo acuerdo por ambos cónyuges.

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.

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.

La reforma del 4 de junio de 1970 introdujo en este punto una profunda transformación. Por una parte, se suprimió la exclusión de bienes, a través de la cual podía alterarse el régimen de capitulaciones; por otra, facilitó la disolución de la sociedad conyugal, a petición de cualquiera de los cónyuges, en cualquier momento y sin necesidad de manifestar una causa por ello; también permite celebrar capitulaciones durante el matrimonio, en el caso de haberse separado y reconciliado los cónyuges; o bien, modificar las capitulaciones en ese mismo caso de reconciliación después de una separación conyugal judicialmente autorizada.

Estas amplias reformas cambiaron substancialmente el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones por el principio de mutabilidad.

Lógicamente, para proteger los intereses de terceros, se imponía dar la mayor publicidad posible a las capitulaciones o a sus eventuales cambios; por eso se estableció la inscripción en el Registro de la Propiedad y la anotación al margen de la partida de matrimonio.

Sección 3a. Sociedad Conyugal

80. Concepto y naturaleza

El mantenimiento del hogar y familia común constituidos 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 solo 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 matrimoniales, se puede modificar aumen-

tando 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. Correspondía la administración ordinaria de ese patrimonio común, al marido, el cual tenía un derecho especial de goce de los bienes, con la obligación de mantener el hogar. La Ley 43 permite escoger el administrador ordinario: el marido o la mujer.

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 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 administrador 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 artículo 183 teníamos la precisa disposición de que “la mujer no tiene derecho a los bienes sociales durante la sociedad” (Ahora derogado).

Y según el artículo 181, “el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales”, luego la mujer no es dueña de una cuota ni puede disponer de ella. Este artículo ha sido profundamente cambiado por las Leyes 43 y 88, como veremos.

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-générís que no constituye tampoco una persona jurídica, sino un complejo peculiar de relaciones de índole patrimonial cuya unidad permanece 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.

81. Establecimiento de la sociedad conyugal

Tanto el artículo 139 como el artículo 153, nos indican que la sociedad conyugal se establece por el mero hecho del matrimonio. Pero mientras del artículo 139 se desprende que esto sucede siempre que se celebre el matrimonio conforme a las leyes ecuatorianas, el artículo 153, parece no tener en cuenta este particular y en cambio agrega “a falta de pacto escrito”; dice así: “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 artículo 153 se refiere, sin duda, a la posibilidad de modificar, hasta cierto

punto, mediante pacto escrito las disposiciones legales (Esta conclusión resulta más dudosa después de las reformas de 1989 y 1990).

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, y ahora esto se puede hacer mediante las capitulaciones matrimoniales más flexibles que las clásicas del Código primitivo.

82. Activo absoluto de la sociedad conyugal

La sociedad conyugal cuenta con un activo que se integran en la forma que determina la ley, salvo que mediante las capitulaciones matrimoniales se haya establecido cosa diferente. El artículo 1960 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 artículo 157 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 conyugal se refiere a cosas adquiridas “durante el matrimonio” (Art. 157), 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 artículo 157: “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 artículo 160: "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 artículo 157, 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 conductos 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 artículo 161: "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 costado la adquisición del resto".

La aplicación del referido artículo en algunos casos es absolutamente 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 adquisi-

ción 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 discusión 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 artículo 176 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 artículo 176 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 artículo 161, y no el 176, 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 artículo 157 en el numeral 5 dice en general: “De 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 uno de los cónyuges). 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 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 (Art. 157 Num. 1). 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 1 del artículo 157: 1) El artículo 114 establecía que "en la liquidación de la sociedad conyugal que se verifique a consecuencia del divorcio, el marido no tendrán parte

alguna en los bienes adquiridos por la mujer como administradora de sus bienes propios que hubiere excluido 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 entran al activo de la sociedad conyugal (este artículo fue derogado por la Ley 88); y 2) El artículo 116 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 entran 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 como 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 artículo 169; 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 señalaba en el artículo 159 numeral 4 antes de la Ley 256: no entran a componer el haber social "los bienes que la mujer casada adquiriera en el ejercicio de una profesión liberal". Y de acuerdo con el artículo 141 la mujer casada tiene también respecto de aquellos bienes la misma capacidad jurídica que si fuera soltera, y debemos deducir que si los acrecentaba con otro género de transacciones o negocios, aunque no tengan que ver con su profesión liberal, también esos nuevos bienes no ingresaban en el activo de la sociedad conyugal. Debe tenerse en cuenta en todo caso, que la excepción era solamente a favor de la mujer casada que ejercía profesión liberal y no otro empleo, trabajo u oficio, ni tampoco a favor de la comerciante.

La Ley 256, al establecer a favor de la mujer la misma capacidad jurídica que tiene el varón, y al darle una mayor participación en la administración de la sociedad conyugal así como mayor libertad para terminar la sociedad conyugal en cualquier momento, igualmente pide de ella una mayor participación en el haber de la sociedad, y por ello suprimió la excepción que existía a favor solamente de la mujer que ejerciera una profesión liberal.

Aquella excepción tuvo su razón de ser históricamente, como una apertura, como una ventaja introducida por vía excepcional, pero, cuando la regla general es la de la capacidad, ya no tiene una función legal.

Además, el principio de la igualdad exigía que o bien entraran también los bienes adquiridos por el marido como los adquiridos por la mujer, o, por el contrario, que no ingresaran a la sociedad ni los unos ni los otros. Si se hubiera adoptado esta segunda excepción, prácticamente se habría destruido la sociedad conyugal, puesto que habría quedado en la mayoría de los casos sin ningún aporte, descapitalizada. La primera solución, que es la que se aceptó en la Ley 256, iguala a los cónyuges y refuerza económicamente a la sociedad.

Finalmente, el principio de la igualdad de todos los habitantes de la República repugnaba con una situación de privilegio concedida solamente a quienes tenían determinadas profesiones de tipo universitario.

d) **Frutos.** El numeral 2 del artículo 157 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 al cónyuge que no administra y que propiamente no existe; c) Que tampoco hay usufructuario distinto del propietario, puesto que no lo es el administrador, sino el hogar común; y, d) Que el administrador no debe prestar caución. A esto podría añadirse que si se tratara de un verdadero usufructo, cuando el otro cónyuge compromete sus bienes propios, podría comprometer únicamente la nuda propiedad, lo que evidentemente no sucede.

El usufructo del administrador es absolutamente intransferible y de allí deriva la regla del artículo 2368 que declara inembargable el usufructo de la sociedad conyugal, 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 artículo 660 define los frutos naturales como “los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana”. Y el artículo 663 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 artículo 157 se refiere a 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 3 del artículo 159 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”.

Sí 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.; y, 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 artículo 162 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 estricto 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 artículo 157, 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 alcatorios, 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; y, 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 artículo 167 en su inciso final: "Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos 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.

Antes de la reforma había cierta ambigüedad de la Ley en cuanto al usufructo de los bienes de la mujer, que ya se declaraba del marido, ya de la

sociedad; ahora queda claramente establecido que dicho usufructo no pertenece al marido sino a la sociedad.

Además, la Ley 256 establece que los frutos de los bienes de ambos cónyuges -no solo la mujer- entran a la sociedad conyugal y sirven para el mantenimiento del hogar común.

83. 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. 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 entran a la comunidad, están compensados con sin crédito que adquiere el respectivo cónyuge, y que se le 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; y, e) Los bienes raíces aportados por la mujer apreciados para que sean restituidos.

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 3 del artículo 157 al enumerar los componentes del haber de la sociedad.

En el numeral 4 se habla de las cosas fungibles, y el dinero es una de ellas, de donde parece inútil la enumeración en dos acápite 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 5 del artículo 157 que es absoluta: “todos los bienes” dice, que sean adquiridos a título oneroso, entran en el haber absoluto. Luego el numeral 3 como también el 4 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 podía anticiparse, en el caso de exclusión de bienes.

Por análogas consideraciones a la hechas sobre la excepción relativa a la mujer que ejerce una profesión liberal, se resolvió suprimir la excepción relativa a la exclusión de bienes; la mujer ya es plenamente capaz, y no necesita “adquirir” la capacidad que ya tiene, por la Ley 256.

Pero la supresión de la “exclusión de bienes”, puede traer un inconveniente, porque su función no era únicamente la de conferir por excepción la capacidad que la mujer casada tiene ahora por regla general, sino que la exclusión de bienes servía también para sustraer de la administración del marido los bienes propios de la mujer que hubieren o no entrado a formar

parte de la sociedad conyugal, Pues bien, ahora los bienes propios de la mujer no entran a formar parte de la sociedad, por regla general, y no los administra el marido, sino la misma mujer; pero, puede interesar a la mujer excluir los frutos de su trabajo o de sus bienes, que sí entran a la sociedad, y entonces tendría que recurrir a la amplia posibilidad que le brinda la ley de pedir la terminación y liquidación de la sociedad. Sin embargo esta medida puede parecer extremada en algunos casos, o suscitar dificultades en el hogar, por lo cual se ha pensado restablecer la exclusión de bienes, como medida más prudente, de efectos menos radicales, que la terminación de la sociedad.

Actualmente tanto el marido como la mujer pueden pedir en cualquier momento la terminación de la sociedad conyugal, y retirar así todos sus aportes a ella. La solución legal es pues, equitativa, pero tal vez muy radical;

b) El numeral 4 del artículo 157 indica que ingresan al haber social: "Las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportar 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 5 se incluye a todos los bienes (también los muebles y cosas fungibles), adquiridos a título oneroso, por lo tanto el numeral 4 (como el 3) 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 inmateral 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 artículo 169. 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 artículo 163 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

84. Bienes propios de los cónyuges

Se llaman bienes propios de los cónyuges aquellos que no ingresan al haber de la sociedad conyugal. Su dominio y administración pertenece al marido o a la mujer. 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: 1. Inmuebles que un cónyuge tenía antes del matrimonio; 2. Inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito; 3. Donaciones revocables hechas por el otro cónyuge; 4. Muebles excluidos de la sociedad en las capitulaciones o por condición del donante; 5. Muebles de carácter personal; 6. créditos de un cónyuge contra la sociedad; 7. Aumentos y productos de los bienes propios; 8. Bienes subrogados a otros bienes propios; 9. Los adquiridos por un cónyuge en caso de separación, de hecho o judicial.

1. 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 167 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 usufructo 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.

2. Los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito son bienes propios, tanto porque no se enumeran en el artículo 157, cuanto porque expresamente se refiere a ellos el artículo 158: "Las adquisiciones

hechas, por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agrregarán 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 artículo 157 y llegarán a ser propios del cónyuge (ellos o su valor) al liquidarse la sociedad; por consiguiente debemos restringir el significado del artículo 158 solamente a los inmuebles.

Los inmuebles adquiridos a título gratuito pertenecen de todos 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. 164), 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. 160) (salvo que forme un todo indivisible con lo de la sociedad), o que se haya donado, etc.- a ambos cónyuges (Art. 158), pues en este último caso pertenece a cada uno de los cónyuges su respectiva parte o cuota.

El asignatario, según el artículo 1360 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. 176) 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. 196).

A pesar de que ya el artículo 158 declara que las adquisiciones de los cónyuges a título gratuito pertenecen a cada uno de ellos, el artículo 164 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 conside-

ración 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 acción para exigir su pago. Quizá, finalmente, también sería el caso de la asignación en la partición de bienes (hereditaria generalmente), de una cosa distinta de la dejada en herencia o legado a un cónyuge, y en lugar de aquella.

3. 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. 1038), 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 (Arts. 176 y 1164). Por consiguiente, estas donaciones pueden atribuir bienes propios de un cónyuge al otro, pero su efectividad solamente quedará firme cuando se disuelva la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges.

4. Muebles excluidos de la sociedad conyugal. Este caso no debe confundirse con el de "exclusión de bienes" consistente en que la mujer retiraba sus bienes propios "para administrarlos por sí misma" (Art. 191). La exclusión de bienes, que tiene su origen en la Ley de 1911 de "emancipación económica de la mujer casada", podía referirse a bienes que han entrado o no a formar parte de la sociedad conyugal, y su objeto principal era 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 era total); en cambio la "exclusión" de la sociedad conyugal de ciertos bienes muebles de que se trata en el artículo 157 numeral 4, 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. 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). Se trata de bienes excluidos en las capitulaciones.

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.

5. Los muebles de carácter estrictamente personal. No se declara directamente por nuestra ley que los muebles de carácter personal sean del cónyuge. Pero el artículo 170, en el inciso final indica que: “sin embargo, se mirarán como pertenecientes a cada cónyuge 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 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 la 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”. La solución parece razonable: el derecho mismo es personal, los frutos (las pensiones que produce) entran al haber social, mientras dura la sociedad.

6. Créditos de un cónyuge contra la sociedad. Naturalmente que estos créditos no pueden entrar en la 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.

7. 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.

8. 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. 159, 165 y 166).

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. 157); 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 excediera a la mitad del precio de la finca que se recibe.

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 destruido y un tercero queda obligado a pagar una indemnización en calidad de seguro o de cumplimiento de obligación, este crédito se subroga al bien destruido; d) Cuando un bien propio es expropiado, también la indemnización subroga a dicho

bien, y con ella se puede adquirir otro inmueble que subroga al primero; y, e) 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 constituido 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 sustrato económico de tales operaciones.

9. Bienes provenientes del ejercicio de una profesión liberal de la mujer.- Por disposición de la Ley 256, los bienes adquiridos en cualquier profesión o trabajo, tanto por el marido como por la mujer, entran a la sociedad conyugal. Más aún, en la vida corriente, para la mayor parte de los hogares, esta es la única fuente de recursos para el mantenimiento del hogar, y corresponde a la naturaleza del matrimonio, a la íntima colaboración a que se obligan los cónyuges, el que el fruto de su trabajo se ponga en común para las necesidades comunes también.

Se podría, sin embargo, establecer en capitulaciones matrimoniales que no entren estos bienes a la sociedad.

También pueden destinarse estos bienes a la adquisición de objetos de uno de los cónyuges, y entonces quedarían también fuera del patrimonio común o social. Pienso que, el mismo efecto se lograría, si se depositan en una cuenta de ahorros.

10. Bienes adquiridos en el estado de separación.- Según el artículo 116 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. 224). (Pero la separación conyugal se suprimió en 1989).

Consideramos ahora, como se prueba que 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.

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 uno de los cónyuges-. 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 3 del artículo 170: "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 capitu-

laciones matrimoniales se destinó una suma de dinero para adquirir un inmueble para la mujer. La jurisprudencia nacional y extranjera coincide en este punto.

85. 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, 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 artículo 182 "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; 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.

El artículo 182 fue reformado por la Ley 43, reemplazando la referencia al "marido", por la expresión "el cónyuge que tenga la administración de la sociedad conyugal"; esto, en virtud de lo establecido por la misma Ley, principalmente al reformar el artículo 180, que atribuye la administración de la sociedad al cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. La Ley 43 reformó también otros aspectos del artículo 181, relativos a la administración, que serán tratados más adelante.

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. Lo que decimos del "marido", vale ahora para el "administrador".

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, a diferencia de los créditos, en general, que se pueden embargar.

Examinemos ahora como se integra el pasivo absoluto.

El artículo 171 enumera cuáles 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.

1. 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 esa 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;

2. Las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido, siempre que no sean personales de él. (Aquí también debió cambiarse “marido” por administrador; pero la ley no lo ha hecho).

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 167 y 168.

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";

3. "Las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge" (Art.171 Num. 4);

Por gastos usufructuarios se entiende los de conservación y cultivo, incluidos los impuestos;

4. 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 de 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;

5. Los de crianza, educación, mantenimiento y establecimiento de descendientes comunes y "cualquier otra carga de familia" (Art. 171 Num. 5). 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. 273). Tales gastos deben ser, en todo caso, moderados, y el Juez puede, si le parecen excesivos, imputar el exceso al haber del cónyuge que los haya causado;

6. "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";

7. "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; y,

8. 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" (Art. 182 Inc. 2). Salvo naturalmente, que se pruebe haber cedido en utilidad exclusiva de uno de los cónyuges.

86. 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 3 del artículo 171 se señala de modo genérico la composición del pasivo relativo: "La sociedad está obligada al pago (...) 3. 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:

1. 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 compensé al liquidarse ella;
2. 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;
3. Cuando se han hecho expensas extraordinarias en un fundo de alguno de los cónyuges, y se deba por ellas;
4. Cuando se ha comprometido uno de los cónyuges a erogaciones excesivas de alimentos o similares en favor de algún ascendiente o descendiente, a criterio el Juez;
5. Si se han prometido erogaciones gratuitas notables a favor de un tercero que no sea descendiente común; y,
6. En el caso de obligaciones provenientes de delitos o cuasidelitos de un cónyuge (Art. 179).

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 liquidarse la sociedad conyugal.

87. Deudas personales de los cónyuges

Son deudas personales:

1. 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. 171);
2. Las deudas contraídas para el establecimiento de hijos de anterior matrimonio, o para cubrir otras cargas similares (1-^a I);
3. 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. 175);
4. 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. 171);
5. Las obligaciones que expresamente se pueden establecer en las capitulaciones matrimoniales a cargo de un cónyuge (Art. 171);
6. Las provenientes de actos realizados por un cónyuge con autorización del Juez, contra la voluntad del otro. (Art.146);
7. Las provenientes de actos de la mujer o del marido cuando benefician a su propio patrimonio, y hasta dicho monto (Art. 146);
8. 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. 173);
9. 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. 176);
10. Las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado uno de los cónyuges por delitos o cuasi delitos (Art. 1749).

Todas estas deudas, aunque sean pagadas por la sociedad, gravarán en último término el patrimonio del respectivo cónyuge.

88. 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.

La teoría de las compensaciones -como afirma Planiol-, no es del 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 ganancias. 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 excediera 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; y, c) A la sociedad conyugal por parte de uno de los cónyuges.

89. Administración ordinaria de la sociedad conyugal

El sistema clásico de nuestro Código atribuía la administración ordinaria de la sociedad conyugal al marido, y la administración extraordinaria, no a la mujer, sino a un guardador; la mujer podía, excepcionalmente asumir

esa administración extraordinaria, pero en calidad de guardadora, y por tanto, con las responsabilidades y obligaciones propias de esa guarda. La ley 256 del año 1970, quitó al marido la administración de los bienes propios de la mujer (quien pasó a administrar lo suyo con plena capacidad jurídica), pero mantuvo la administración ordinaria de la sociedad conyugal en manos del marido; esta ley limitó notablemente sus facultades administrativas, haciendo que la mujer deba intervenir en varios casos importantes.

La Ley 43 ha reformado más radicalmente este sistema, atribuyendo la administración ordinaria, sea al marido o a la mujer, a aquel que los mismos cónyuges designaren, en el acta de matrimonio o en capitulaciones. Además, pueden posteriormente pasar de manos de uno a otro esa administración cuantas veces quieran. Pero se excedió evidentemente la reforma en cuanto estableció que para muchos actos el administrador tendría que contar “con el consentimiento expreso” del otro cónyuge. Estos actos eran los siguientes: “los actos de disposición, enajenación, arrendamiento, limitación o gravamen de los bienes muebles, inmuebles, acciones y participaciones mercantiles y títulos valores”.

La enumeración de la Ley 43 es manifiestamente errónea, ya que al hablar de actos de disposición, se incluían ya los de enajenación, y añadiendo los de arrendamiento y gravamen, prácticamente no quedaba fuera de la enumeración ningún acto jurídico de importancia (salvo el cobro de deudas, la percepción de frutos y alguno más). Por otra parte, estos actos se refieren a “bienes muebles e inmuebles”, es decir todos los bienes, ya que o son muebles o son inmuebles; y nuevamente con grave defecto de redacción, la Ley agrega: “acciones, participaciones mercantiles y títulos valores”, todos los cuales, son muebles o inmuebles y no tenía por qué volver a enumerar.

Las consecuencias prácticas de esta poco meditada reforma, se sintieron y se criticaron inmediatamente: prácticamente se trataba los negocios y se hacía muy difícil el funcionamiento de la sociedad conyugal. Por esto, la Ley 88, declara en los considerandos, que la Ley 43 incurrió en “errores de forma y de fondo” y que causan problemas para su aplicación y graves trastornos en el desenvolvimiento de la sociedad conyugal, por lo cual la

Ley de 1990 se propone simplificar el sistema y facilitar los negocios, quitando las excesivas “trabas” para los negocios.

No obtuvo, sin embargo, plenamente su objetivo la Ley, 88, por cuanto, han continuado la duda de si es o no necesaria la intervención de ambos cónyuges en todos los negocios jurídicos, Esto se debe a que la Ley 88 no realizó una revisión integral del Código Civil, como tampoco lo hizo la Ley 43. Pienso, de todas maneras, que interpretando la Ley 88, según su espíritu, manifestado en los considerandos, debe entenderse en el sentido de que, ahora se exige “el expreso consentimiento de ambos cónyuges únicamente para los actos de disposición, limitación o constitución de gravámenes” de 4 clases de bienes, a saber: “inmuebles, vehículos a motor, acciones y participaciones mercantiles”, todos estos bienes se entiende, que sean de la sociedad conyugal. Los demás actos puede realizarlos el administrador, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge. Esta enumeración, no comprende todos los bienes, como sucedía con la de la Ley 43, pues de los muebles, incluye solamente los vehículos a motor y aquellas acciones o participaciones que tengan la categoría de muebles.

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 administrador tiene facultades muy amplias, aunque se limitaron por la Ley 256, y más con las Leyes 43 y 88.

Las facultades del administrador 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).

De todos modos, las facultades del administrador, tienden a restringirse en el derecho moderno. Y la igualdad proclamada en la Constitución lleva a una coadministración.

He aquí como ha quedado el texto legal, después de las reformas de 1989 y 1990:

Art. 181.- “El cónyuge a cuyo cuidado está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal.

En caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario para celebrar estos contratos se encontrará imposibilitado de expresarlo, el administrador de los bienes sociales deberá contar con la correspondiente autorización de un Juez de lo civil del domicilio del cónyuge imposibilitado.

Para conceder la autorización, el Juez procederá sumariamente, con conocimiento de causa y previa la determinación de la utilidad, conveniencia o necesidad de realizar el acto o contrato”.

La omisión del consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales o de la autorización del Juez, en su caso, será causa de nulidad relativa del acto o contrato”.

El marido actúa, pues, como dueño de los bienes respecto de terceros, según las disposiciones de estos artículos, pero con la reforma de 1936, que dio origen a los artículos 187 y 188, la mujer parecía más bien conducía con el marido de los bienes, y los actos de enajenación o gravamen debían realizarlos ambos conjuntamente. En cuanto a las obligaciones y otras facultades del marido se ha dicho que él vive como dueño 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 conductora, salvo disposición legal expresa. Esto se afirmaba precisamente en el artículo 183.

La Ley 43 derogó los artículos 183, 186 y 187, que quedan ahora reemplazados, en lo esencial, por el artículo 181 reformado, cuyo texto se transcribe más arriba. En realidad la reforma de 1989, corregida en 1990, no ha cambiado las cosas tanto como a primera vista parece, pues, en definitiva, solamente se, agrega la obligación de contar con el consentimiento de ambos cónyuges para los actos relativos a vehículos a motor, acciones y participaciones, para los actos de disposición o gravamen de inmuebles, ya se requería ese doble consentimiento desde 1936: y para los arrendamientos de largo plazo, desde 1970.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el derecho del administrador 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 administrador. Por esto, el administrador no puede liberarse de su responsabilidad o transferirla al otro. Cabe sí el mandato al otro, pero este es siempre revocable y deja al administrador como principal responsable de los actos del otro en uso de tal mandato.

Las facultades administrativas del administrador duran tanto cuanto se prolonga la sociedad conyugal. Termina 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, podían, sin embargo, restringirse o aún terminar antes de la finalización de la sociedad conyugal como en los casos de separación conyugal, o de administración extraordinaria.

90. Administración de los bienes de la mujer

Desde la reforma de 1970, por la Ley 256, corresponde a la mujer la administración y libre disposición de sus bienes. Si quiere puede dar poder al marido o a cualquier otra persona.

91. Enajenación de bienes sociales

El marido podía enajenar libremente los muebles que pertenecen a la sociedad conyugal, y también los inmuebles de la misma sociedad si no se habían adquirido a título oneroso durante el matrimonio sino que, por ejemplo, se habían aportado en las capitulaciones matrimoniales, haciendo excepción a la regla de que los muebles adquiridos antes del matrimonio no entran a la sociedad.

La ley 256 restringió los poderes del marido en este aspecto, haciendo obligatoria la intervención o consentimiento de la mujer para la enajenación o para cualquier gravamen sobre inmuebles sociales; se requiere el mismo consentimiento para arrendamientos urbanos de más de cinco años, o rurales de más de ocho.

Ha quedado resuelta la duda sobre el efecto de la falta de tal consentimiento: si falta el consentimiento de un cónyuge (y no ha sido reemplazado por el Juez), se produce nulidad relativa, que puede ser declarada a petición del cónyuge cuyo consentimiento fue necesario y del cual se prescindió (o por los herederos del mismo cónyuge).

Ya hemos dicho que, por la Ley 88, se requiere también el consentimiento expreso de ambos cónyuges para la enajenación o gravamen de los automotores, acciones y participaciones, además de los inmuebles.

92. Beneficios y garantías a favor de la mujer

El sistema introducido por las reformas de 1936 y 1970 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 de 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 los bienes sociales. Estos procedimientos son los siguientes:

1. Cabe 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;
2. La mujer puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal en cualquier tiempo lo mismo que el marido;
3. Los actos del marido no le obligan a la mujer sino hasta el monto en que le hayan beneficiado;
4. 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;
5. Tiene a su favor el beneficio de emolumento y el beneficio de inventario, por los cuales también limita su responsabilidad frente a terceros;
6. En la liquidación tiene derecho a retirar primeramente ella sus haberes;
7. Puede pedir indemnización de perjuicios por culpa grave o dolo del marido. Cuando éste ha enajenado sin su consentimiento los bienes sociales puede escoger entre la indemnización o la acción reivindicatoria;
8. 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 congrua sustentación. Igual derecho tiene el marido no culpable; y,
9. Finalmente, al liquidarse la sociedad conyugal la mujer, como también el marido, debe recibir las recompensas correspondientes a los bienes, propios que hubieren disminuido o se hubieren invertido en beneficio del otro cónyuge o de la sociedad (como hemos visto con mayor detenimien-

to, 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.

Estas ventajas establecidas por la ley y conservadas hasta las reformas de 1989 y 1990, han sido en algunos casos extendidas a favor del marido, en otros casos se han suprimido para ambos cónyuges, como se explicará más adelante.

93. Administración extraordinaria de la sociedad conyugal

Cuando el administrador ordinario está incapacitado legalmente, o impedido para ejercer la administración de la sociedad conyugal, así como de su propio patrimonio, se produce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, la cual implica también un régimen extraordinario de administración de aquellos otros bienes (bienes propios).

Hasta 1989 el administrador ordinario de la sociedad conyugal era solamente el marido; la mujer podía asumir la administración extraordinaria, si era nombrada guardadora del marido. La reforma de 1970 había aumentado los casos en que la mujer podía ejercitar esa guarda para la que antes de la Ley 256 era considerada incapaz, pero el sistema cambia radicalmente con la Ley 43: cualquiera de los cónyuges puede ser administrador ordinario -según ellos mismos lo determinan-, y en caso de incapacidad del que esté administrando, pasa inmediatamente la administración al otro cónyuge, si es capaz, así se establece en el artículo 185 reformado. Este efecto de pasar la administración del uno al otro cónyuge, se produce también en el caso de "ausencia de tres años o más sin comunicación con su familia".

Si a su vez el otro cónyuge no es capaz, tampoco él puede ser curador ni tener la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Pero cuando la incapacidad proviene solamente de su minoría de edad, 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 18 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.

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 dar fin a la sociedad conyugal y originar su liquidación. Antes de 1970 se le permitía pedir la separación conyugal lo cual no guardaba proporción con la situación. La Ley 43 derogó el artículo 192 que señalaba estas opciones, pero cualquiera de los cónyuges puede pedir la terminación de la sociedad.

Si la mujer era quien ejercía la guarda del marido y la consiguiente administración de la sociedad conyugal, sus derechos como administradora eran 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.

Así, para enajenar un bien inmueble social, el marido requería del consentimiento de su esposa pero si ella ejercía la administración extraordinaria, bastaba con su sola voluntad.

Tampoco podía la mujer dar en arrendamiento los bienes propios del marido por un plazo mayor de cinco años si eran predios urbanos ni por más de ocho años, si eran rurales, salvo que obtuviera especial autorización judicial previa información de utilidad. En resumen: la mujer no podía hacer libremente con los bienes del marido, lo que el marido no podía hacer libremente con los bienes sociales; uno y otro estaban 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 disponía de más amplias facultades. Prácticamente la única limitación en este caso era la referente a la enajenación, gravamen o disminución fraudulenta de los bienes sociales, lo cual naturalmente no podía hacer la mujer. Pero podía en cierto modo en este caso más que el marido, ya que podía enajenar o hipotecar incluso los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, puesto que el artículo 186 le faculta para obrar sin necesidad de otro requisito, como obraría el marido; para esas enajenaciones, el marido requiere el consentimiento de la mujer, pero si es ella la adminis-

tradora, entonces basta su solo consentimiento (el de la mujer). Todas estas disposiciones hay que referirlas ahora -después de 1989- al administrador de la sociedad conyugal. -después de 1989- al administrador de la sociedad conyugal.

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. 187).

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), responden hasta de la culpa leve, conforme a las reglas generales del administrador de negocios ajenos específicamente, según la responsabilidad del curador. En cambio, ya hemos visto 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.

Cuando la administración extraordinaria termina, el administrador debe rendir cuentas, según las reglas generales para la terminación 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.

94. 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 restablecerse.

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, cualquiera de los cónyuges puede pedir libremente la terminación y liquidación de la sociedad conyugal.

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 terminación y liquidación en los casos de sentencia judicial.

Los efectos de la terminación de la sociedad conyugal son los siguientes:

1. 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;
2. En adelante ya no hay gananciales partibles por mitades, sino que si hay utilidades corresponderán a los comuneros en proporción a sus cuotas;
3. Los frutos acrecen al patrimonio de cada uno, y no corresponden necesariamente a sino de los cónyuges o sus herederos;
4. El cónyuge sobreviviente puede enajenar los bienes que le correspondan. Si vendiere 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;

5. 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;

6. Los bienes de esta comunidad de hecho no constituyen un patrimonio especial y distinto del de cada copartípite, 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;

7. 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 copartípite no es acto de enajenación y no causa impuesto de alcabala ni los demás anexos a la transmisión del dominio; y,

8. 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 a pagar las deudas.

95. 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 le pertenezcan y los precios y saldos o recompensas que la 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”.

96. Renuncia de gananciales

La mujer podía renunciar a sus gananciales antes del matrimonio, o también una vez terminada la sociedad conyugal. En ningún caso podía renunciárselos durante la sociedad conyugal. La Ley 43 ha reformado estos principios.

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 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 fue 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 confería solamente a la mujer con todos sus efectos, 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. 204).

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. 205 y 207). 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 autorización judicial en el caso de disolución de la sociedad; la mujer menor puede renunciar en las capitulaciones, pero igualmente contando con licencia judicial (Art. 154).

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".

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.

Al exponer a la Comisión Legislativa el proyecto de reformas que llegó a plasmarse en la Ley 256, indiqué que la renuncia de gananciales era un privilegio de la mujer, en cuanto libera de la obligación de contribuir al pago de las deudas de la sociedad, y le permite recibir la porción conyugal, decía también, que en caso de extenderse al marido la posibilidad de renunciar a los gananciales, no sería en calidad de privilegio sino como simple renuncia, que equivale más bien a una donación a favor del otro cónyuge o sus herederos. Así debe entenderse la nueva redacción del Código (hoy Arts. 203 y 207), que hacen referencia a ambos cónyuges, si bien se hallan bajo el epígrafe de: "De la renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer después de la disolución de la sociedad". Entiéndase, pues, que la renuncia que produce la plenitud de efectos -entre ellos el importantísimo de liberar de las obligaciones- solamente puede hacerla la mujer; el marido puede también renunciar a sus gananciales, pero continuaría con las mismas obligaciones que normalmente le corresponden.

La renuncia de gananciales era pues, un privilegio a favor de la mujer. Podía extenderse ese privilegio a favor del marido, considerando los casos en que la mujer sea la administradora de la sociedad. En cambio, el camino seguido por la Ley 43, no parece acertado: simplemente ha reformado el título del párrafo, que en adelante dirá: "De la renuncia de gananciales", de modo que resulta igualmente aplicable al marido y a la mujer. Este asunto trae evidentes complicaciones, porque si la renuncia de un cónyuge, le libera de las deudas sociales, y si ambos pueden renunciar a los gananciales, podría pensarse que entonces quedan totalmente liberados de las deudas sociales y los acreedores solamente recibirían los bienes sociales para cubrir con ellos sus créditos; pero no podrían cobrarlos en los bienes propios ni del marido ni de la mujer. Los perjudicados serían los acreedores cuyos créditos no alcanzaren a pagarse con los bienes sociales. Esto demuestra que la reforma legal debió hacerse con mayor espíritu analítico.

97. 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 testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado" dice el artículo 1270.

El artículo 207 declaraba que: "La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta su mitad de gananciales. Mas, para gozar de este beneficio, debía 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. Este fue derogado por la Ley 43, que suprimió el artículo 207.

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 concedía 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 requería

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 pueden 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 comprendía 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 podía oponer el beneficio de emolumento, tanto a los acreedores comunes de la sociedad, como al mismo marido, pero siempre que fuera por deudas sociales. No protegía este beneficio a la mujer, en contra de sus acreedores propios, cualquiera que fuere el tiempo en que hubiere contraído ella sus 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

98. 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”.

La Ley 256 suprimió la excepción relativa a la mujer que ejerce profesión liberal y la exclusión de bienes.

La Ley 43 del año 1989, suprimió la separación conyugal judicialmente autorizada.

99. 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.

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 definieron que hemos dado y pretende expresar toda la institución, a través de sus cambios, no se refiere al carácter judicial.

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.

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 artículo 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 fue 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 desde entonces 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. La reforma de 1970 extendió a ambos cónyuges, en todo tiempo el derecho de dar fin a la sociedad.

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 dos 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 socioeconómica 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 si 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”. 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.

La Ley 256 suprimió la exclusión de bienes pero en cambio permite que tanto al marido como a la mujer se puedan hacer donaciones, herencias o legados que serán administrados separadamente por el respectivo cónyuge, sin confundirse con el patrimonio de la sociedad. También en las capitulaciones matrimoniales se puede establecer una separación de bienes. Finalmente, en cualquier momento los cónyuges pueden pedir la terminación de la sociedad y pasar así a un régimen de total separación de bienes.

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.

La Ley 256 estableció que al reconciliarse los cónyuges que estuvieron separados con autorización judicial, puedan hacer capitulaciones matrimoniales. A través de este sistema, cabe cambiar el régimen de bienes, sea estableciendo sociedad conyugal, o un régimen de separación más o menos amplio o total. La Ley 43 permite celebrar capitulaciones en cualquier momento, y a través de ellas, se podría hacer separación de bienes.

100. Separación de bienes: naturaleza, clases, características

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 parte, 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 artículo 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 fue sustituida 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. La Ley 256 rectificó el error, y estableció que en lugar de producirse la separación conyugal, se pudiera pedir la terminación y liquidación de la sociedad.

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, a favor de la sociedad, continúan los gananciales, el régimen de responsabilidades por los actos de cada cónyuge, etc. Solamente que la mujer administra 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.

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) Es un recurso en beneficio o garantía de la mujer; b) Es irrenunciable; c) Es imprescriptible; y, d) Supone la subsistencia del matrimonio, que no se altera sino en cuanto al régimen de bienes.

101. 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 fue 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.

a) 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 y en otros casos similares. Pero desde 1970, la mujer Puede pedir la terminación de la sociedad de bienes.

b) 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.

c) 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 artículo 137, “se mirarán como separados de bienes”.

d) 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.

e) 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 artículo 116 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.

102. 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 producía la separación conyugal.

En cambio, en los tres casos que ya no subsisten, 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 tratara 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.

103. 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 ganancias, y en adelante ya no existían bienes gananciales, ni obligaciones comunes, salvo que las adquirieran de consuno, solidaria o subsidiariamente ambos cónyuges;

b) El marido, continuaba de todos modos teniendo injerencia 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, fue 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 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 probable 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; y,

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, sí, 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 ésta fuera total, por ejemplo en lo relativo a las facultades administrativas y actos de disposición 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, pero los cónyuges pueden pedir en todo tiempo la terminación de la sociedad;

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) No varía la capacidad de la mujer, ya que desde 1970, por la Ley 256, la mujer casada es plenamente capaz;

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. La Ley 43 reforma el artículo 237. que dirá: “Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato y capitula-

ciones matrimoniales; no obstante, en caso de separación de bienes, podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad". Esta disposición en cierto modo contradice la definición de capitulaciones matrimoniales introducida por la misma Ley 43 (y colocada en su sitio del Código por la Ley 88: el Art. 150), puesto que allí se dice que las capitulaciones son convenciones, término que abarca más que "contrato". Por otra parte, mediante capitulaciones se pueden celebrar diversos contratos entre los cónyuges, de modo que la limitación a sólo el mandato, queda prácticamente desvirtuada. Finalmente, la reforma indica que en el estado de separación de bienes, los cónyuges pueden adquirirlos, mantenerlos en comunidad, es decir, que pueden alterar la situación de separación, puede ser alterada por los cónyuges, aún sin nuevas capitulaciones, lo cual pone en peligro los derechos de terceras personas, ya que esta alteración del régimen matrimonial no tendrá la adecuada publicidad que sí se exige para las capitulaciones matrimoniales;

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 el asume personalmente la obligación, se le puede responsabilizar a él; y,

f) Como en el caso de separación total, deben los cónyuges contribuir en proporción a sus facultades al mantenimiento del hogar común.

104. Terminación de la separación de bienes

La actual separación parcial de bienes 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.

Termina también (desde la Ley 256) por reconciliación de los cónyuges, si hacen capitulaciones en ese sentido.

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 restablecimiento 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.

105. 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; finalmente se suprimió en 1970.

106. Forma de la exclusión

La exclusión de bienes se realizaba simplemente mediante una escritura pública en la que la única comparecencia indispensable era la de la mujer, por sí misma o por medio de mandatario con poder especial para ello.

Hecha la escritura debía notificarse al marido. La notificación se hacía judicialmente. Tenía por objeto, hacer que el marido pudiera oponerse, no a la exclusión misma -cosa que no cabía-, sino a la exclusión de determinados bienes si es que la mujer no tenía derecho de excluirllos por no ser propios de ella.

107. Oposición a la exclusión de bienes

Como queda dicho, ni el marido ni ninguna otra persona podían oponerse al hecho mismo de que la mujer hiciera exclusión de bienes, porque este, era un derecho potestativo de la consorte, y de la misma manera que no exigía la existencia de causa legal alguna, tampoco admitía oposición por parte de terceros.

Pero tanto el marido como terceros podían oponerse a que la mujer excluyera bienes que no fueran propios de ella. El marido tenía especial interés en que su mujer no excluyera bienes que le pertenecían a él, o que pertenecían a la sociedad y que él tenía derecho de usufructuarlos y administrarlos hasta que esta se liquidara. Terceras personas podían igualmente interesarse, por ser acreedoras del marido o de la sociedad y no querer que se disminuyeran los bienes que respondían por sus créditos. Para que estos derechos de oposición pudieran hacerse efectivos, se disponía la publicidad del acto, mediante escritura pública, notificación al marido e inscripción en un registro especial de exclusiones de bienes.

108. Efectos de la exclusión de bienes

a) La mujer retiraba sus bienes propios de la administración del marido. Terminaba, pues, dicha administración marital, respecto de los bienes

excluidos, y también respecto de los que en adelante se produjeran o adquirieran con los bienes excluidos. Si la exclusión era total, este, como los otros efectos se extendía a todos los bienes que posteriormente adquiriere la mujer a cualquier título, aunque no fuera, pues, precisamente con los bienes excluidos;

b) La mujer, correlativamente a lo anterior, adquiría el derecho de administrar los bienes excluidos. Y algo más que administrar: podía también disponer libremente de ellos, y por lo mismo, enajenarlos o gravarlos con hipotecas, servidumbres, etc.;

c) La mujer adquiría por la exclusión de bienes la capacidad jurídica que tendría si fuera soltera;

d) Cesaba el usufructo y el derecho de gananciales del marido sobre los bienes excluidos y sus frutos;

e) La sociedad conyugal no se disolvía por la exclusión de bienes, aunque fuera total, y aunque la mujer al retirar sus bienes propios retirara así todo el patrimonio que hasta entonces manejaba el marido. La sociedad continuaba, y era capaz de recibir nuevos aportes, aumentos, bienes en general, y también nuevas deudas y obligaciones; los gananciales no podían excluirse y únicamente se repartían al liquidarse la sociedad.

Pero si la sociedad no se disolvía por la exclusión de bienes, en cambio, la exclusión de bienes era causa para que cualquiera de los cónyuges pudiera pedir la disolución de la sociedad conyugal, en juicio verbal sumario;

f) A pesar de la exclusión de bienes, entre marido y mujer no podían celebrar ningún otro contrato que el de mandato, salvo también el caso de venta forzosa de los bienes de cualquiera de ellos. Todo otro contrato entre cónyuges sería nulo. Valía pues, en cambio la venta en remate judicial público, de los bienes del uno, y adquiridos así por el otro;

g) Ambos cónyuges debían contribuir en proporción a sus posibilidades al mantenimiento del hogar común; y,

h) La exclusión de bienes no ocasionaba pago de impuesto de alcabala, ni de registro, porque no había transferencia de la propiedad ni de la posesión de los bienes.

109. Separación conyugal judicialmente autorizada: concepto, 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 opi-

nión 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), comúnmente 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 Derecho 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 discusiones 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, fue 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 para 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 facilitó 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 antijurídicas, imperfectas en su técnica, injustas, violatorias de la libertad de conciencia, vejatorias para los ciudadanos de recta conciencia, despectivas para la Iglesia, inicuas en una palabra, se impusieron por voluntad omnimoda de un Dictador, sin fórmula alguna de consulta a la opinión nacional.

Tan descabellada legislación, fue en parte corregida en 1940 (supresión 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 imperfecto, bajo el nombre nuevo de "separación conyugal judicialmente autorizada". Este proyecto fue 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, fue 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 3 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 fuera a desempeñar análogas o substitutivas 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 cumplen ahora, a través de la separación parcial de bienes. Fue 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 desvirtuaba a menudo el sentido de la separación conyugal y traía consecuencias desventajosas que debían corregirse.

Se corrigió en la Ley 256 el grave error del legislador de 1958. En lugar de la separación conyugal judicialmente autorizada, se permite ahora que la mujer pida la terminación y liquidación de la sociedad conyugal. Desapareció así esa forma inusitada, injusta e inconveniente de separación conyugal a petición unilateral y sin causa proporcionada. El remedio actual es más razonable, aunque también podía haberse dispuesto de otra manera menos radical, admitiendo en estos casos una separación o exclusión de bienes. De todas maneras, téngase en cuenta que en el nuevo régimen, en cualquier momento puede uno de los cónyuges pedir la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, de forma que, la posibilidad de que la mujer pida esa terminación en la indicada circunstancia, no implica ningún privilegio sino simplemente el ejercicio de un derecho normal e igual para ambos cónyuges.

El proyecto original no contenía una definición de la nueva figura jurídica, pero la describía a señalar sus efectos de modo genérico, antes de precisarlos: "En virtud de la separación conyugal judicialmente autorizada, subsiste el vínculo conyugal, pero cesan los derechos y obligaciones entre los cónyuges, contenidos en el párrafo primero de este título, salvo las excepciones de ley". Sin mayor razón fue reemplazado este artículo por el que actualmente lleva el número 223 y que dice: "La separación conyugal judicialmente autorizada es la que se efectúa por sentencia judicial, de acuerdo con los artículos siguientes".

El más grave error e injusticia cometido por la Ley 43, consiste en haber eliminado la separación conyugal judicialmente autorizada, al derogar los artículos 223 a 233 del Código Civil. Hemos regresado así a la situación creada arbitrariamente en 1935 y que fuera restaurada en 1958. Como en 1935, tampoco ahora aparece motivo alguno, ni en los antecedentes ni en los considerandos de la reforma, para esta derogatoria. Nada tiene que ver la supresión de la separación conyugal con la igualación de derechos del hombre y la mujer, puesto que la institución derogada, beneficiaba por igual a ambos.

La reforma de 1989, ataca la estabilidad del hogar, por cuanto los cónyuges con dificultades no tienen ahora otra salida jurídica que la del divorcio. Se ha restringido así, injustamente la libertad, ya que antes los cónyuges podían libremente escoger entre el divorcio o la separación.

Se puede prever que no dejarán de producirse separaciones de los cónyuges, pero ahora quedarán desprotegidos, en una situación ilegal, "no autorizada". Las consecuencias de esta marginación legal, perjudicarán a los propios cónyuges y a los hijos. Con la separación judicialmente autorizada, se prevía la situación en que quedaban los cónyuges y los hijos, y se protegía aún los intereses de terceros, sustrayendo de la arbitrariedad individualista la regulación de estas relaciones; ahora, en cambio, todo queda en una nebulosa de incertidumbre.

Resulta tanto más reprochable la supresión de la separación conyugal, si se tiene en cuenta que el Derecho regula las uniones maritales de hecho, y desconoce, en cambio, las separaciones de hecho, de quienes estén casados.

Permanece la duda sobre si los cónyuges, que tan ampliamente pueden modificar su régimen de bienes, tal vez tengan la posibilidad de establecer mediante capitulaciones matrimoniales una regulación de su situación de separación "de hecho"; la ley no lo prohíbe, pero tampoco contiene ninguna disposición positiva.

Se expone a continuación los principales aspectos de la antigua y venerable institución, ahora suprimida, y que algún día deberá restablecerse.

110. 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, se permite también esta separación por mutuo consentimiento. En el Ecuador existían 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, sí 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 artículo 116 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.

111. 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 dos tipos distintos de separación conyugal.

a) En el caso de mutuo consentimiento, no se exige probar ninguna causa, basta precisamente que ambos cónyuges 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 conyugal 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 el 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 embargo 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 110 para el divorcio, con algunas modificaciones, que solamente valen para el caso de separación conyugal.

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.

Existían las siguientes condiciones:

1. La separación de los cónyuges con total ruptura de las relaciones sexuales es causa de divorcio si dura más de un año, pero si dura más de nueve meses basta con pedir la separación conyugal;
2. 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 manifiestan un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades;
3. 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; y,
4. 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. Decía el artículo 228:

Art. 228.- “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 sobreviniera una nueva causa”.

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.

Conviene advertir que así como la demencia no es causa de divorcio, y el artículo 126, impedía que se disuelva el vínculo del cónyuge que se hubiere vuelto demente, en cambio, no veíamos inconveniente para que pueda pedirse la separación conyugal, si esa enfermedad es grave además de incurable o contagiosa o transmisible a la prole.

112. 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 5o. del artículo 108, 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. En ambos casos, además, se debe anotar tales hechos al margen de la partida de matrimonio (Art. 128 Código Civil y 35 Ley de Registro Civil). Y solamente desde el momento de la inscripción en el Registro, se producen los efectos civiles.

La acción es irrenunciable, porque se considera de orden público, y su renuncia está prohibida expresamente por el artículo 123, aunque éste se refiere exclusivamente a la renuncia "en las capitulaciones matrimoniales". También es aplicable al caso el artículo 123, que en absoluto prohíbe 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. 124).

Se extingue la acción por reconciliación (Art. 125). 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.

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.

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.

La acción de divorcio podía convertirse en separación conyugal, si “por vía de conciliación” los cónyuges así lo convenían.

113. Efectos de la separación conyugal judicialmente autorizada

Consideremos 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; y, d) Al ámbito internacional.

a) El artículo 225 indicaba genéricamente que la separación conyugal hace cesar “todos los derechos y obligaciones contenidas en el párrafo 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 sancionaba; 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 intacto.

La Ley 256 quitó hasta la sombra de dudas sobre el verdadero alcance de la separación conyugal judicialmente autorizada al suprimir la referencia genérica al parágrafo 1 del Título V; por el contrario se enumeraron taxativamente los efectos de esa sentencia de separación.

Algunos de los efectos han variado como consecuencia de la igualdad reconocida a los cónyuges y la plena capacidad de la mujer casada; así, es evidente que ésta ya no "recupera" la capacidad, puesto que la tiene en plenitud; tampoco deja el marido de ser representante legal de la mujer, puesto que no le corresponde esa representación ni antes ni después de la separación conyugal.

Ambos cónyuges pueden pedir la liquidación de la sociedad en el mismo juicio de separación conyugal.

El derecho a la quinta parte de los bienes del cónyuge culpable corresponde tanto al varón como a la mujer inculpable, igual al caso de divorcio, etc.

Como nada se dice respecto de terminación del derecho de alimentos, ha de entenderse que ese derecho continúa en el estado de separación.

Al cabo de quince años de separación conyugal judicialmente autorizada se puede demandar el divorcio por dicha separación; por consiguiente, mientras transcurren los quince años, no se puede demandar divorcio por separación, pero sí se puede obtener la disolución del vínculo por cualquiera otra de las causales de ley, o por mutuo consentimiento de los cónyuges.

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;

2. La mujer puede 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. 57);

4. La mujer quedaba obligada a denunciar su estado de embarazo y el marido podía tomar las medidas de precaución que la ley le autoriza (Arts. 250 a 256). Estos artículos fueron derogados por la Ley 43;

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. 218 Reformado);

6. Los acuerdos voluntarios y resoluciones judiciales relativas a los cónyuges y sus bienes, no pueden perjudicar a terceros (Art. 219); y,

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 paternidad del que nazca, parece que sí debería poder reconocer a un hijo ilegítimo. La ley no resuelve este punto.

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. 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 no puede quedar sin padres.

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 5 del artículo 108, que ya se explicó;

3. Según el artículo 307 que con acierto se introdujo por la reforma de 1958, ejerce la patria potestad aquel 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 ganancias 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;

2. Cualquiera de los cónyuges podía pedir que se liquide la sociedad conyugal en el mismo juicio de separación conyugal como puede hacerlo en el juicio de divorcio (Art. 225);

3. También tiene derecho el cónyuge inculpable hasta la quinta parte de los bienes del otro, que sean precisos para su congrua 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, la prohibición de enajenar, la orden de hacer inventario, etc.;

5. Los acreedores 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 beneficios del marido, si él debía correr con esos gastos (ex-Art. 231); y,

6. “El cónyuge separado pierde, además, el derecho de herencia en la sucesión intestada y la porción conyugal”. 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 del 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.

d) En el plano internacional, tenemos las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante sobre la separación conyugal:

1. Los efectos de la separación conyugal eran extraterritoriales siempre que se haya declarado por Juez competente;
2. El Juez competente es el del domicilio de los cónyuges;

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.

114. 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. 826 del Código de Procedimiento Civil). Si es por muerte, no está claro si termina también la acción iniciada pero no concluida de separación: no se remite el Código al caso similar del divorcio (Art. 123), pero parece razonable que deba también terminar la acción iniciada y no concluida.

La reconciliación debe ser aprobada judicialmente, inscrita y anotada al margen de la partida de matrimonio. No estaba claro si se restablecía la sociedad conyugal.

La Ley 256 reformó el artículo 191, de modo que se permite expresamente a los cónyuges celebrar capitulaciones matrimoniales al terminar la separación conyugal por reconciliación; y si no establecen nada los cónyuges, se restablece la sociedad conyugal; se ha eliminado en esta forma toda duda al respecto: el régimen de sociedad conyugal es régimen legal supletorio en este caso, como cuando se contrae matrimonio.

Está demás recalcar que la separación conyugal judicialmente autorizada, está derogada en Ecuador.

114-A. Unión Marital de Hecho

La Constitución Política de 1978, por primera vez en nuestra historia, se refirió expresamente a la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial, y dispuso que la ley regulara los efectos económico-civiles, en forma análoga a como lo hace respecto del matrimonio. La ley 115, promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de

diciembre de 1982 cumple este mandato constitucional en la siguiente forma:

1. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes;

2. Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos;

El Juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente;

3. La estipulación de otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar de escritura pública;

4. Las personas unidas de hecho podrán constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes, el cual se regirá por las reglas correspondientes del Código Civil.

La sociedad de bienes subsistirá respecto de los bienes restantes;

5. Esta unión termina:

a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un Juez de lo Civil;

b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el Juez de lo Civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio;

c) Por matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,

d) Por muerte de uno de los convivientes.

6. Por el hecho del matrimonio entre los convivientes, la sociedad de bienes continúa como sociedad conyugal;

7. Los convivientes deben suministrarse lo necesario y contribuir, según sus posibilidades, al mantenimiento del hogar común;
8. El haber de la sociedad y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales, se rigen por lo que el Código Civil dispone para la sociedad conyugal;
9. La administración ordinaria de la sociedad de bienes corresponde al conviviente que hubiere sido autorizado mediante instrumento público. A falta de autorización la administración corresponde al hombre;
10. Las reglas contenidas en el Título II, Libro III del Código Civil, referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviese, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal; y,
11. Quienes hubieren establecido una unión de hecho de conformidad con esta Ley tendrán derecho:
 - a) A las mismas rebajas y deducciones establecidas para los cónyuges en la Ley del Impuesto a la Renta;
 - b) A los beneficios del Seguro Social; y,
 - c) Al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge.

En términos generales conviene observar que si era conveniente que se regularan de alguna manera estas uniones que tradicionalmente, y aún por el Derecho Penal, se han llamado siempre "concubinatos"; habría sido adecuada una legislación que no deje en el desamparo económico ni al conviviente ni a los hijos, pero en cambio, no es apropiada la equiparación prácticamente total, al matrimonio, ya que esta igualación va en desmedro del matrimonio y puede ser nociva para la moralidad y para el debido resguardo de derecho de otras personas. Más adecuado habría sido un régimen especial que no hubiere pretendido esta igualación casi total al matrimonio, que, por otra parte, va a originar graves dificultades de aplicación de la ley, porque las dos instituciones son evidentemente muy diver-

sas: la una -el matrimonio- es un contrato solemne, y la otra -el concubinato- es una situación de mero hecho, de bastante difícil prueba, y nada clara, en la mayor parte de los casos, respecto de su comienzo y de su terminación.

Un análisis más detallado de esta institución puede verse en mi libro: *Derecho Eclesiástico*, Ibarra, 1983, página 121 a 131.





CAPÍTULO VI LA FILIACIÓN

115. 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 protege y regula por medio de la Ley Civil.

Las leyes 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 sucedía en el Ecuador, la filiación adoptiva a su vez, podía calificarse de legítima o de ilegítima, según los casos; es decir, que no constituía una tercera categoría absoluta sino que encuadraba 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 ilegítima o sea los concebidos fuera de matrimonio por personas que no tuvieran

ningún impedimento para casarse entre sí; cuando estos 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 un 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 era 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 artículo 34 del Código Civil que contenía la definición y clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento.

La misma Ley del 5 de diciembre de 1935, cambió la nomenclatura tradicional, reservando el nombre de “hijo ilegítimo”, solamente al 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 legítimos, 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.

La Ley 256, llevó hasta sus últimas consecuencias el principio de la igualdad de los hijos, formulado en la Constitución con referencia a los derechos de "apellidos, crianza, educación y herencia", y se llegó así a suprimir aún las denominaciones de "hijos legítimos", "legitimados" e "ilegítimos". La Ley considera solamente la condición genérica de "hijos".

Pero es obvio, que no se ha podido suprimir la distinción entre quienes son hijos y quienes no han adquirido esta calidad legal, los que ni han sido reconocidos, ni declarados tales judicialmente, ni considerados hijos por la presunción de la ley. Esta situación de los "hijos de padres desconocidos", es trágica y grave, pero no se halla aún la manera jurídica de remediarla. Es una cuestión que atañe más a la moral y las buenas costumbres. Con todo, la Ley 256, trató de estimular y facilitar al máximo el reconocimiento de los hijos engendrados fuera de matrimonio, de modo que se produzcan lo menos posibles casos de individuos sin relación de paternidad-filiación.

Desde luego que la misma Ley también suprimió la distinción entre los hijos adoptivos legítimos y los adoptivos ilegítimos. Los adoptivos, son simplemente hijos adoptivos, y se equiparan ampliamente a los hijos propios.

Si bien se han igualado los hijos concebidos en matrimonios y los concebidos fuera de matrimonio, esto no significa que los derechos de los padres sean siempre iguales. No hay una estricta correlación entre derechos y deberes, con el fin precisamente de estimular el reconocimiento voluntario de los hijos: no se conceden todos los derechos de padre sino al que voluntariamente reconoce al hijo engendrado fuera de matrimonio; sólo estos padres se equiparan plenamente a los que antes llamábamos "padres legítimos"; en cambio, aquellos que llegan a tener relación de paternidad por declaración judicial, éstos tienen las obligaciones pero no todos los derechos de los padres.

Otro punto delicado es el relativo a los demás parentescos que se fundamentan en la filiación. Habiendo desaparecido las calidades de legítimos e ilegítimos, estos otros parentescos tampoco tienen calificación especial;

pero como esto habría llevado a una ampliación desmedida de los vínculos de familia, entendiéndolos hasta muy remotos parientes "ilegítimos" (según la antigua denominación), fue preciso restringir un tanto los derechos y obligaciones de los parientes, concentrándolos en un círculo más estrecho de relacionados. Esto corresponde, por lo demás, a una tendencia de la sociedad contemporánea.

En cuanto a la igualación de los derechos, el criterio seguido por la reforma legal ha sido el de mejorar la condición de los menos favorecidos; en otras palabras, equiparar todos a la condición de los antiguos hijos legítimos. Pero este intento legislativo no se puede lograr en términos absolutos, sino relativos, porque la variedad de circunstancias en que los hijos pueden ser engendrados determina necesariamente ciertas variedades en la "manera" o "modo" de ejercer los derechos, aunque estos se consideren sustancialmente iguales. Piénsese por ejemplo en el caso de la educación y crianza del hijo concebido fuera de matrimonio por una persona casada o por dos personas que no están casadas entre sí sino con otros (doble adulterio) naturalmente el hijo de estas uniones no puede ser criado en el hogar ajeno, y mucho menos, no puede ser "criado y educado" en dos hogares a la vez.

En un punto en el que la reforma se quedó a medio camino a pesar de mis insistencias, fue el de simplificar los trámites para el reconocimiento. Pudo y debió hacerse más en este aspecto eminentemente práctico, pero lamentablemente prevaleció una actitud tímida.

116. Requisitos de la filiación legítima

En el Código Civil teníamos tres artículos que daban la noción de filiación legítima: el 24, el 203 y el 360.

Art. 24.- "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.

illegítimos, 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 artículo 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. 360.- “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 debía agregarse el caso del hijo adoptivo legítimo, que según el artículo 330 era aquel cuyos adoptantes no tienen hijos o solamente los tienen legítimos.

Desde el momento en que la legislación ya no diferencia varias clases de hijos, deja de tener importancia la definición de “legítimos” e “illegítimos” pero, en cambio continúa teniendo trascendencia la forma de establecer la relación entre padres e hijos. Y no puede desconocerse que es muy distinta la situación del que ha sido engendrado dentro del matrimonio de sus padres y la de quien ha sido concebido fuera de matrimonio. En el primer caso, la presunción respecto de la paternidad es algo natural y obvio, en cambio si el hijo ha sido engendrado fuera de matrimonio se requiere alguna formalidad para establecer quienes son sus padres. Estas distintas situaciones han sido consideradas en el actual artículo 24 que reemplaza al antiguo artículo 29 que contenía las definiciones de hijos legítimos e ilegítimos. Dice así: “Se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o madre o por ambos, en el caso

de no existir matrimonio entre ellos; y c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre”.

La Ley 43 agregó un literal d) que dice: “Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”. Es evidente el error de esta disposición al referirse al nacimiento, y no a la concepción, como así lo hace el artículo 24 en el literal (d). Por otra parte, las uniones de hecho producen efectos civiles equivalentes al matrimonio, cuando se han probado judicialmente, y en tal supuesto la sentencia que declare la existencia de tal unión, puede abarcar la situación de los hijos concebidos durante ella.

La institución de la “legitimación”, por la cual el que no tenía la calidad de legítimo, llegaba a serlo, ha desaparecido totalmente por la Ley 256.

117. Prueba presuntiva

La ley facilita la prueba de la filiación 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 no-

che en que principie el día del nacimiento" (Art. 62). 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 Ley de Registro Civil, identidad y cedulaación codificada en 1966 ordena que "El hecho del nacimiento, para ser inscrito en el Registro Civil, se probará por constancia escrita de médico, obstetiz, 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 artículo 24 de la misma ley obliga al médico, obstetiz, enfermera o cualquier otra persona que hubiere asistido al 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. 62), si sus padres estuvieron casados durante todo ese período, o aunque sea solamente durante una parte de ese período, el hijo era legítimo. Puede muy bien suceder que en realidad la concepción haya sucedido durante el matrimonio o fuera de él, pero el derecho era favorable a la legitimidad, y bastaba que una parte del período cayera durante el matrimonio para que el hijo fuera legítimo.

La presunción sobre la legitimidad del hijo nacido dentro de matrimonio en un período tal que la concepción coincida dentro de matrimonio, es ahora aplicable, no para establecer la legitimidad sino la relación de filiación respecto del padre: el padre es el marido, según la presunción legal. Tal presunción puede destruirse si el marido impugna la filiación y demuestra que él no es el padre, en la misma forma en que antes se establecía la impugnación de la legitimidad por parte del marido, mientras él viva.

Muerto el marido cabe la impugnación por parte de otras personas, como luego se dirá. En términos generales se puede decir que todo lo que existía respecto de la impugnación de la legitimidad se ha trasladado o transformado en impugnación de la filiación (paternidad, respecto del padre; o maternidad, respecto de la madre).

Igualmente, la prueba instrumental de la legitimidad, se aplica ahora a la filiación. Se probará que una persona tiene por padre y madre a otras, mediante la partida de nacimiento y la de matrimonio. La comparación de las fechas sirve para demostrar que se presume ser hijo de tal padre y tal madre. La impugnación de las partidas sigue las mismas reglas establecidas desde antes de la reforma legal introducida por la Ley 256.

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, 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 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 no se presume que su padre sea el ex-marido de su madre.

Se recogen estas reglas en el artículo 233, 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. 233.- “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”.

La presunción de que el concebido durante el matrimonio de su madre también ha sido concebido dentro del matrimonio, y es hijo del marido constituye una presunción puramente legal, y que sí admite prueba en contrario. Pero mientras no se destruya la presunción, con la prueba contraria, el hijo gozaba de la condición de legítimo y ahora, de hijo del marido. Más aún, la presunción 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 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 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 de un hijo.



De esto deriva el hecho de que normalmente el estado de hijo da lugar a la llamada "posesión notoria", la cual a su vez, es prueba del estado de hijo, a falta de la prueba documental idónea.

Finalmente digamos que la presunción de paternidad 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 artículo 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.

118. Prueba Instrumental

La prueba normal de la filiación 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 hijo de un matrimonio.

La Ley de Registro Civil exige para que se inscriba un nacimiento: constancia escrita de médico, obstetrix o enfermera; a falta de dicho documento, declaración de dos testigos. 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, obstetrix 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.

Las pruebas documentadas más directas o propias de la demostración de la calidad de hijo son las partidas de nacimiento y matrimonio, como dejamos dicho. Pero además, “otros documentos auténticos” (Art. 337), 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 filiación: fecha de nacimiento de la que deriva la época de la concepción, matrimonio de sus padres, etc.

La Ley de Registro Civil ha dado valor de prueba documental también a la cédula de identidad, y es razonable que sea así, puesto que este documento público se expide precisamente en base de las partidas de nacimiento, etc.

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 legal del hijo. Por lo menos, no se ve razón alguna para excluir la cédula del grupo de aquellos otros documentos auténticos, que permiten probar un estado civil, a falta de la correspondiente partida.

119. Prueba en el caso de divorcio o de separación

Si el hijo nace después de 180 días de celebrado el matrimonio se presume hijo de los cónyuges; 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, 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 ex-marido 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 filiación.

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 concedía al marido el derecho de tomar ciertas providencias tendientes a permitirle que se asegure en cuanto al "hecho y circunstancia del parto". Ciertamente, que estas medidas que estaba

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 dirigirían a preconstituir una prueba respecto del nacimiento del hijo.

Las medidas a que me refiero son las señaladas en los artículos 251 y 252 y que pueden sintetizar 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.

Los artículos mencionados, desde el 250 al 256, fueron derogados por la Ley 43. Probablemente inspiró esta medida, el afán de eliminar toda diferencia entre la mujer y el varón; pero en este caso no se ha contemplado la evidente diferencia fisiológica de los dos, ni se ha tenido en cuenta la necesidad de proteger a los hijos, facilitando la prueba de su estado civil, cuestión de tanta trascendencia. Considero que ha sido un desacierto de la reforma de 1989 esta supresión de todo el párrafo sobre las medidas previstas para el caso de divorcio; más adecuado habría sido extender estas normas para el caso de la viuda, reformando el artículo 243, y actualizar algunas expresiones anticuadas o poco delicadas de la ley, pero no adoptar la solución fácil de suprimir toda regla. Por lo menos, debió conservarse el artículo 250, o sea, la obligación de la mujer de hacer conocer a su ex-marido, que se encuentra encinta, para que él pudiera pedir al Juez la adopción de medidas precautorias, en favor de la vida del no nacido y para tener certeza sobre el momento y circunstancias del nacimiento, del cual se deducirá la época de la concepción y la paternidad correspondiente.

Estas medidas eran decretadas por el Juez a petición del marido. Para que éste pueda solicitarlas debía 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 podía hacer conocer al marido su estado dentro de los treinta días a partir de la separación. Este plazo no era fatal, y si existía una causa

razonable (por ejemplo, ignorancia de la mujer), el Juez podía declarar justificable el retraso y la notificación era 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 estaba inspirado en la más pura justicia y en un sano sentido práctico de la vida. Por esto mismo, no era excesivamente rígido, y daba la suficiente autoridad al Juez para moderar las exigencias de uno y otros consortes. Así, por ejemplo, si el marido pretendiera que acompañe a la mujer una persona que presente alguna circunstancia inconveniente para la mujer, ésta podía recurrir al Juez, y si él consideraba razonable la objeción podía elegir a otra u otras personas para el cuidado de la mujer embarazada. Igual cosa podía decirse del "médico u obstetrix que asistan al parto", y de la "familia honesta" y de confianza del marido, en cuyo seno podía 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 hacía.

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 sancionaba; pero la sanción es moderada y razonable: entonces tendrá la mujer que probar el hecho y las circunstancias del parto, es decir, recaer 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 o 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 artículo 254 (derogado tiempo atrás en el Código Civil, muchísimo antes de la Codificación de 2005) daban 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 recaerá 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 consanguíneos 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 impedírsele 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 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. 250), sin embargo, desde 1958 se aplicaban también al caso de la mujer separada judicialmente del marido, aunque no estuviera pendiente del juicio de divorcio, tal como lo disponía expresamente el artículo 225 que se remitía a los artículos 250 a 256. 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 era equivalente al de divorcio para estos efectos.

120. 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 cuando se ha producido divorcio o separación, determinar la fecha precisa del nacimiento para deducir el tiempo de la concepción, 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. 243).

La Ley 43 derogó el último inciso del artículo 243, que se remitía a las normas de los artículos 250 a 256; con esta disposición de la Ley de 1989, se deja con muy poca aplicación práctica concreta al artículo 243. Se supone -pero no se dice expresamente- que esa denuncia a los herederos, será para que éstos se dirijan al Juez y pidan las medidas de protección adecuadas.

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 pre constituir unos medios de prueba, no es necesario que todos designen un médico u obstetrix, 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 artículo 506 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 actualmente 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 o nace muerto, 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.

121. Reglas para el caso de pasar la mujer a otras nupcias

Art. 245.- “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 conubio, entonces no cabe duda respecto de la paternidad, puesto que no cabe que el hijo haya sido concebido durante el primer matrimonio.

En cambio, 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; 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 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 amplias del Juez no tendrían aplicación sino que se deberían seguir las reglas para la investiga-

ción 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 obstetritz 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 artículo 158 del Código Sánchez de Bustamante: "las precauciones que deben adaptarse 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 divorciada dentro de un razonable período, para impedir así que pueda sustraerse a las medidas de precaución que ordene la ley local.

122. Impugnación de la paternidad por parte del marido

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 sido 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 atribuye. El artículo 233 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 artículo 235 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 que se podía verificar antes de la reforma de 1970 por la Ley 256; ahora sólo cabe impugnar la paternidad. Se podía impugnar solamente la legitimidad sin poner en duda la paternidad, por ejemplo, si se trataba de demostrar que el matrimonio había sido nulo. Por el contrario en el caso de la mujer que había contraído nuevas nupcias podía haber disputa de paternidad sin que perdiera en ninguna de las dos soluciones posibles la calidad de hijo legítimo, el que fue engendrado durante el primero o el segundo matrimonio de su madre.

El derecho exclusivo del marido para impugnar la paternidad, 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 artículo 238, que atribuye a cualquier persona que tenga interés actual el derecho de impugnar 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? 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 18 años.

La estabilidad y seguridad máxima que se quiere dar a la familia legítima ha inducido a que el legislador conceda un plazo muy breve 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 artículo 236.

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 de nacimiento el marido estaba ausente, "se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer".

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 cuando 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.

La ley es suficientemente precisa y bastante exigente: 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.

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 sólo moral, serviría para impugnar al hijo. Por ejemplo, si el marido demuestra que nro conocimiento del adulterio, y como consecuencia de ello, que se separaron los cónyuges.

123. Impugnación por otras personas

Cuando además del marido pueden reclamar contra la paternidad 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 filiación tratan otras personas de desconocer. Efectivamente, el artículo 237 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 está obligado a "reconocer" a sus hijos concebidos dentro de matrimonio, para que estos gocen de tal calidad, sino que la tienen por ley y se presume (Art. 233), 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 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 paternidad 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 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.

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 artículo 237: "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 paternidad 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.

Art. 238.- "A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez que el hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, no tiene por padre al marido de la madre de dicho hijo.

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".

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 artículo 239 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. Efecti-

vamente, 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 paternidad, es también de 60 días, y no ha querido distinguir el legislador el caso en que se propone la acción que correspondía al marido difunto, 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. Si los herederos u otras personas hubieren entrado en posesión de sus derechos, como si el hijo no fuera del marido, éste puede en cualquier tiempo reclamar y también en cualquier tiempo pueden los poseedores oponer la excepción contra la paternidad del hijo. Esta disposición contenida en el artículo 239, es muy razonable: si el hijo ni siquiera 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 del marido y cualquiera puede en todo momento oponerse a que pretenda reclamar derechos de hijo ya poseídos y disfrutados por otras personas; y si nació en tiempo que permite suponer su paternidad, en cualquier momento el mismo hijo puede solicitar que se reconozca la existencia de la presunción legal a su favor, pero no puede negar a terceros interesados el derecho de oponerse y defender lo que están poseyendo.

124. Impugnación de la maternidad

Cabe 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 de un individuo, no lo es, también esta demostración destruye la presunción de que el marido de la supuesta madre sea el padre de esa persona. La discusión de la maternidad lleva envuelta la cuestión de la paternidad.

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 verdadera madre. Pero en uno y otro caso, se procura destruir una creencia, y un estado de cosas que se tienen por verdaderos y se trata de demostrar que son 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; y, 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 condición de hijo de matrimonio. No cabe, pues, que la que pasa por madre "ilegítima" impugne la filiación; y esto es evidente, ya que el vínculo 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 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.

Sería inconcebible que se admitiera la reclamación 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 dió 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.

125. Impugnación del carácter matrimonial de la paternidad

Sobre la base de la existencia de un matrimonio, el derecho construye la presunción de la paternidad 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 condición de hijo, demostrando que sus supuestos padres no estuvieron casados con matrimonio válido, en la época en que se verificó la concepción.

El matrimonio válido es la base de la presunción de paternidad, y si esta falta no cabe presunción, 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 hijo concebido durante el matrimonio nulo.

126. Reclamación por parte del hijo, respecto de su condición de tal

Hasta aquí hemos considerado los casos en que estando un hijo en posesión de su estado o teniendo a su favor la presunción, otras personas se oponen a ella. Pero también puede darse el caso inverso: que un individuo no esté actualmente en posesión del estado de hijo y pretenda que lo es.

Si el hijo no está inscrito como tal, puede plantear su reclamación precisamente para hacerse registrar como hijo. Puede también suceder, el caso más raro, de que alguien incluso esté inscrito 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 hijo tendría que probar quienes son sus padres, cuándo nació, y por consiguiente cuándo fue 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 puede proponerse tanto por el propio hijo como por parte de sus herederos, como se deduce del inciso segundo del artículo 239.

Del mismo inciso segundo del artículo 239 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 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 artículo 239 dice así: "Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo en que él o sus herederos les disputaran sus derechos". Resulta evidente que si pueden otras personas proponer la excepción es porque el propio hijo o sus herederos pueden presentar la acción tendiente a ser declarados hijos.

CAPÍTULO VII LA AUTORIDAD PATERNA

127. Concepto. Distinción con la patria potestad

La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados, de índole principalmente económico, e intransferibles; mientras que los deberes y derechos disciplinados por el Título X pueden ser ejercidos por otras personas que reemplazan a los padres, y tienen un carácter destacado de derechos no patrimoniales, aunque puedan tener consecuencias en el ámbito económico.

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.

Un doble aspecto del principio de igualdad tiene aplicación en esta materia: por una parte, se trató de equiparar los derechos de los hijos tanto concebidos dentro de matrimonio como de aquellos no legítimos; por otra parte, tanto el padre como la madre deben intervenir equilibradamente en

la crianza, educación y cuidado de los hijos. En este segundo aspecto, se procedió con más pausa, porque una total igualdad podía destruir la autoridada de los padres y transferirla a un extraño; a la autoridad pública.

Los derechos y deberes de los hijos respecto de sus padres se trataban separadamente en los Títulos IX y XIV del Libro I del Código, dividiendo los correspondientes a los hijos legítimos y los de los ilegítimos. La Ley 256 ha fundido en un solo Título, y se aplica por igual a todos, si bien con necesarias diferencias o modalidades en cuanto a la aplicación o ejercicio práctico de estas relaciones, impuestos por la naturaleza misma de las cosas.

Se da preferencia al padre sobre la madre, en el caso de los hijos concebidos en matrimonio. Si han sido engendrados fuera de matrimonio se da preferencia a aquel de los padres que primero le haya reconocido, estimulando así el reconocimiento voluntario. La Ley 43 ha llevado hasta los extremos la igualdad.

La innovación más notable, tal vez, consiste en la perfecta asimilación al padre que engendra dentro de matrimonio, de aquel que aunque haya engendrado fuera de matrimonio reconoce voluntariamente al hijo. En cambio el que habiendo procreado fuera de matrimonio no reconoce voluntariamente al hijo, sino que es judicialmente declarado padre o madre, tiene sí las obligaciones de padre o madre, pero los derechos se reducen a lo mínimo: ser respetados y obedecidos. Esta regulación tiene a la vez carácter de sanción y de estímulo para el reconocimiento voluntario.

128. Quiénes ejercen la autoridad paterna

Tradicionalmente la autoridad del hogar correspondía al padre y se ejercía de una manera más rigurosa, sobre los hijos legítimos. Hoy día, sin embargo, se reconoce a 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 pocos países 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 poderes y dere-

chos en caso de desacuerdo no cabe más que el recurso a la autoridad, perdiendo así mucho la intimidad de hogar.

Nuestro Código confería sobre todo al padre los poderes y las correspondientes obligaciones de la autoridad paterna, y de un modo secundario o subordinado, a la madre, de tal forma que en caso de desacuerdo prevalecía la opinión del padre. Además, se extiende estos mismos poderes y obligaciones respecto a los hijos concebidos fuera de matrimonio 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 aun 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 control 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 afecto, 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 constituido los consejos de familia con el fin de realizar más de cerca este control y función 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 exige 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 debe 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 del antiguo Código de 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 estas 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.

129. Quiénes están sometidos a la autoridad paterna

Los hijos menores de edad están sometidos a la autoridad paterna.

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.

130. 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 artículo 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 Constitución de 1967 afirmaba la igualdad de los hijos pero, para hacer efectiva esta igualdad se requería una adecuada reforma de las leyes, que en buena parte logramos con la Ley 256.

Si el menor está sometido a una guarda, el tutor o curador debe 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 es lo razonable: el guardador puede, recurrir al Juez, para que el decida, cuando considere que los padres o ascendientes exigen aquello que no es conveniente para el menor.

El 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.

Sin embargo de que el abandono es un delito grave y que el Código Penal lo sanciona severamente, el artículo 282 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 antiguo Código de Menores confería al Tribunal de

Menores la facultad de privar a los padres que hubieren abandonado al hijo, de la patria potestad, pero ni aún en este caso se les exonera de la obligación de criar y educar al hijo, 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 (Cfr. Código de la Niñez y Adolescencia).

El Juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriendo a los ascendientes o a otros consanguíneos. (Art. 269). 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 artículo 271 del Código Civil, que el Juez debe escuchar a los parientes, los cuales son los indicados en el artículo 27.

131. 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 artículo 202 del Código Penal sanciona a los que sustrajeron cartas confiadas en los correos, "excepto los padres, maridos o tutores que tomen 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 moderadamente.

Los padres pueden ser privados de estos derechos en el caso de cometer delitos muy graves, como por ejemplo, el homosexualismo (Art. 516 del Código Penal), o si llevan al hijo a una casa de expósitos o lo abandonan de otra manera (Art. 280), o simplemente, por llevar los padres mala conducta que dé lugar a que sean separados los hijos de su cuidado (Art. 281).

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 respeto de la libertad natural del hijo, por eso, el artículo 278 Código Civil 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 de los hijos debe confiarse a otros ascendientes o consanguíneos, o en su defecto, a otros tutores o curadores, y finalmente a un establecimiento para huérfanos, abandonados, etc. Faltan los padres, por haber fallecido, o por estar ausentes por largo tiempo, o por estar incapacitados

por locura 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.

132. 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 jurídi-

cas 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 primacía.

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 identificarse 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 primordial del Estado. Pero también en este campo pueden y deben hacer mucho la familia y la Iglesia, si bien más indirectamente esto es, formando 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, actúen 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 laica, 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 prescindir 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. Fue 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. Fue 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 personali-

dad 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 peor condición que otros. Se violó la igualdad de los ciudadanos.

La libertad de conciencia, implica que cada uno pueda no solamente creer 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, ideología 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 los hijos como a bien tuvieren.

Todos sabemos perfectamente que, además, la enseñanza laica en los primeros años de su establecimiento no sólo fue neutra, indiferente (inspirada por tanto en un ateísmo 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.

La Constitución de 1946, 1967 y 1978 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 gratuita, 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, enseñanza que prescindiera 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” (Art. 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 debe 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, (y las de 1967 y 1978) 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 artículo 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 distributivo. Esta es la solución constructiva y democrática seguida por muchos países y parcialmente se ha aplicado en el Ecuador por el Decreto Supremo 2129.

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 difícil 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. Las leyes han 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.

La Ley de Libertad de Enseñanza Religiosa de las Familias del Ecuador, expedida por el Congreso Nacional en 1994, responde a estos principios de respeto a la libertad, de laicismo bien entendido, de igualdad ante la ley y de progreso democrático y cultural.

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 discolá, pueden tomarse especiales medidas. Si un menor 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 18 años (antiguo Código de Menores, Art. 46; Cfr. Código de la Niñez y Adolescencia).

Los gastos de la educación y de establecimiento de los hijos de matrimonio 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 contribuir 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

se a las circunstancias que, como es obvio, pueden variar muy notablemente con el tiempo.

133. 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. 265). La Ley 43 establece una igualdad total del padre y la madre, sin tomar en cuenta las diversas circunstancias.

El respeto y la obediencia, como obligaciones naturales que son, se dirigen a ambos padres, pero, como pueden surgir conflictos, principalmente en lo que respecta a la obediencia, era necesario establecer qué autoridad había de prevalecer. En principio la primera autoridad es la del padre, y la segunda, la de la madre: pero este orden puede alterarse, cuando se trata de hijos engendrados fuera de matrimonio y que han sido reconocidos primero por la madre, entonces ella tiene la primacía; lo propio, si se han confiado a la madre los hijos, en caso de separación o de divorcio, o también, cuando se ha privado al padre de la patria potestad judicialmente, por culpa suya.

El hijo está obligado a la obediencia mientras no se emancipe, sea por el cumplimiento de los 18 años, o por las otras causas de emancipación (Arts. 308 a 313 del CC).

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 16 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" lo cual es substitutivo de aquellos servicios en el hogar; y sobre todo el mismo deber de obediencia genéricamente formulado por el Código Civil, incluye lo antes indicado.

134. 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 recurrir 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 cometen un delito.

El Código Penal sanciona también a los que, estando encargados de un niño, no lo hicieren saber a las personas que tienen derecho de reclamarlo, 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 artículo 277 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.

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 inviolabilidad del domicilio, sin embargo, la ley establece excepciones para estos casos (ver 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.

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, aparte de cumplir con la primaria obligación de dar cuenta de inmediato 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 de los padres, 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 las personas de quienes depende.

El Código Civil indica indirectamente que al hijo prófugo solamente se le debe dar "lo absolutamente necesario para la física subsistencia personal" (Art. 277), 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 constituirse 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 artículo 277, concuerda con el artículo 1705 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 artículo 1705. 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 congrua sustentación, con derecho a reclamar luego el reembolso. (La Ley habla ahora en todo caso de los padres).

En una palabra, la protección al hijo ausente, equivale a una dación voluntaria de alimentos con derecho de reembolso. Y tales alimentos son los congruos respecto del hijo obediente, y solamente los necesarios (y “estrictamente”), si cabe suponer que el menor ha fugado de la casa paterna.

135. 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 educarlos y de la obligación que tienen los hijos de obedecer y respetar a sus padres u otras personas que hagan sus veces. El castigo, rectamente usado, robustece la autoridad, la respalda, la hace más efi-

caz. Sin razón suficiente, la Ley 43 ha derogado los artículos 292 y 293 que regulaban este derecho.

El Código indicaba (Art. 292) 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 comúnmente 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 era 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. Decía el artículo 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.

Tampoco se considera por el uso común que los padres comenten injuria si castigan a sus hijos con golpes no fuertes, o reteniéndolos encerrados en una habitación por corto tiempo. Pero si estos golpes fueran excesivos, o causaren 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. 293), debe entenderse en sentido extensivo: es decir que la facultad de castigar no puede hacerse efectiva sino respecto al 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 quede (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 disponía el artículo 42 del antiguo 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 reformativos (ver Código de la Niñez y Adolescencia).

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" (según indicaba el antiguo Código de Menores) y la sanción que puede imponer es la de colocar al menor en un establecimiento educativo especial o en un Reformatorio, hasta que cumpla 18 años, o por un tiempo menor (ver Código vigente de la Niñez y Adolescencia).

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 artículo 1010 declara indigno de suceder como heredero o legatario al "consanguíneo dentro del cuarto 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 podrá 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. 1011 del CC). 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.

La Ley 256 suprimió la sanción de desheredamiento para el hijo que contrae matrimonio sin la licencia de sus padres habiendo estado obligado a tenerla. No estuve y no estoy conforme con esta solución legal que conservó la pena de mayor rigor (la nulidad del matrimonio) y en cambio derogó la sanción menos grave y optativa (el desheredamiento). Habría preferido lo contrario: conservar la sanción menos grave y suprimir la nulidad, sanción a mi modo de ver excesiva.

136. 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 respecto de su personalidad, parece totalmente superada.

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 constituida 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 adquiere 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, el 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 como 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 sólo 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 redundará en consideración de su misma dignidad personal; porque la libertad es un bien de los más 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 rectificadada 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 transmitir las, tampoco es contrario a la libertad. Más 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. 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.

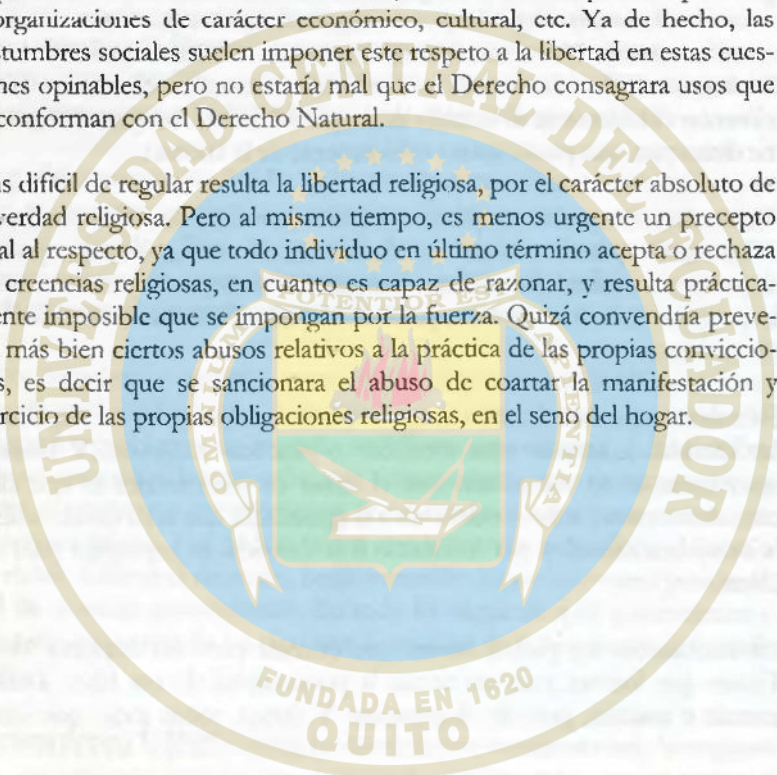
En conclusión: los padres tienen que orientar pero no imponer ideas. Tienen que formar, pero no forzar la personalidad de sus hijos. Deben instruir y enseñar, pero no dogmatizar. Y tienen, sobre todo, que saber distinguir lo que es relativo y opinable (casi todo), y lo que no es cuestión de simple afición 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 (hoy Art. 278) 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 libertad 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, en el seno del hogar.



CAPÍTULO VIII LA PATRIA POTESTAD

137. Generalidades

A diferencia de la autoridad paterna, de la que trata el Título X del Libro Primero del Código Civil, y que no está definida por la ley, la patria potestad, materia del Título XI, tiene definición legal: “es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Art. 283). 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 de Familia; 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.

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 primitivo carácter de perpetuidad, y está sujeta a un cierto control por parte de las autoridades públicas, tendientes a evitar los abusos.

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.

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. 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, ni pueden ser testigos en materia criminal.

Los principales efectos de la patria potestad serán examinados a continuación, y consisten en el usufructo 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 la patria potestad, sigue el domicilio paterno (Art. 58). 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. 131 a 133). La privación judicial de la patria potestad inhabilita para ejercer una guarda (Art. 518 Num. 11), etc.

138. Quién 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 padres solamente respecto de los hijos no emancipados. Pero es necesario concretar algunos detalles. Las reformas introducidas por la Ley 256 son importantes en esta materia: a) Se ha extendido la patria potestad a todos los hijos (sin distinción de legítimos e ilegítimos); b) Se suprimió la guarda legítima que antes hacía las veces de la patria potestad respecto de los hijos no legítimos; c) Se unificó la condición de los menores que trabajan en cargos públicos y la de los trabajadores sometidos al Código del Trabajo: unos y otros se equiparan a los mayores de edad, y por tanto, no sólo están emancipados, sino

que tienen capacidad propia y no necesitan de curador; d) Se han aumentado los poderes del Juez para determinar aquel de los padres que deba ejercer la patria potestad; e) El usufructo de los hijos de familia corresponde a la sociedad conyugal de sus padres, si están casados, o bien se atribuye a aquel padre que tiene el cuidado del hijo, si no hay sociedad conyugal; y, f) Se da mayor intervención a la mujer en el ejercicio de la patria potestad: tratándose de padres casados entre sí, ambos son llamados a intervenir en los actos de enajenación o gravamen de los bienes inmuebles de los hijos de familia.

Tenemos en el Ecuador que el primeramente llamado al ejercicio de la patria potestad es el padre, y en segundo lugar la madre o al que primero que le reconoce si fue engendrado fuera de matrimonio.

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.

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 18 años, si ya antes no se emancipó por otras causas (por ejemplo el matrimonio del menor o la muerte de ambos padres). Comienza a ejercerse propiamente la patria potestad cuando nace el hijo, pero aun 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.

139. 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 por 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, lotería, 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. 285 Num. 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. Es evidente que el hijo de familia no puede trabajar si su padre se lo prohíbe, o no puede trabajar en aquello que su padre le prohíba. En términos generales, pueden trabajar, con el permiso de su padre, los menores que hayan cumplido 14 años. Excepcionalmente pueden trabajar los menores que no han cumplido ni los catorce años; pueden prestar servicios domésticos. Los hijos de "huasichas", pueden prestar estos servicios domésticos desde los doce años, 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 artículo 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 288 y 460 del Código Civil, ejecutaren algún acto de comercio quedarán obligados hasta la concurrencia de su peculio, y sometidos a las leyes de comercio".

Respecto del peculio profesional del hijo de familia, la Ley 256 corrigió el error que contenía el Código, es decir suprimió la injustificada diferencia entre el trabajador privado y el trabajador público; el primero se conside-

raba simplemente emancipado y requería de curador; el segundo en cambio, se equiparaba al mayor de edad; ahora a ambos se les reconoce capacidad jurídica como si fueran mayores de edad.

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 indignidad 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 (caso 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 del dolo o grave negligencia en la administración de los bienes del hijo (Art. 293).

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 legítimo, no es una carga, y puede imponerse a la legítima.

140. Usufructo del padre o de la madre

Dentro del nuevo sistema proveniente de la reforma de 1970, el usufructo de los bienes del hijo de familia, corresponde a la sociedad conyugal, si la hay, o de lo contrario, a aquel de los padres que ejerza la patria potestad. Se considera que este usufructo está destinado principalmente a costear o compensar los gastos que se realizan en favor del mismo hijo para su crianza, educación, etc., y en favor de la familia común.

Se ha suprimido el nombramiento de guardador para administrar el usufructo, cuando el padre es incapaz, porque ahora esa administración corresponde a la madre a falta de padre o cuando este es incapaz etc., y será en favor de la familia común.

“Se llama usufructo legal del padre o madre de familia el que lo concede la ley” dice el artículo 285 (in fine). Y el artículo 286 agrega que dura este derecho hasta la emancipación del hijo. El mismo artículo 285 indica que la regla general es que el padre goce de este usufructo: “el padre o madre 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. 312), 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.

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 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 puede identificarse 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, sobre los bienes del hijo “está sujeto a las reglas especiales del Título De la Patria Potestad” (Art. 824 CC). 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 pendientes 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. 287), “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 estos 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 artículo 291, 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 usufructúa, 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 artículo 2368 del Código Civil, declara expresamente que el usufructo del padre de familia es inembargable. Sin embargo, cosas distintas son los bienes concretos que ingresan 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 derivado 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 dolo-

samente o con grave negligencia habitual; y ya he expresado que esta última regla (Art. 293), 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 artículo 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 artículo 127 dispone que: “depende de la ley personal del hijo el precepto que releva o no de fianza al padre usufructuario”.

141. 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.

La Ley 256 eliminó la poco razonable distinción entre el menor que ejercía un cargo público y al menor que trabajaba para un patrono privado o libremente; en todo caso, ahora, el peculio profesional del hijo, cualquiera que sea la clase de trabajo mediante el cual lo haya obtenido, es administrado por el propio menor, quien tiene capacidad para ello, ya que ha sido capaz de adquirir esos bienes.

Por la misma reforma, la madre que pasa a segundas nupcias ya no pierde el derecho de administrar los bienes de sus hijos, puesto que conserva la misma capacidad que tendría si fuera soltera y tampoco necesita del curador adjunto para dicha administración.

El principio de igualdad se ha aplicado en esta materia disponiendo el actual artículo 306 que: “El padre o madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad”, y con ella perderán el derecho de administrar los bienes de sus hijos; antes se mencionaba solamente el caso de la madre que se prostituyera, y no se consideraba la degradación moral del varón; ahora, con más equidad se condena el vicio sea del uno o de la otra.

Después de la reforma de 1970, ya no queda duda alguna de que corresponde a la madre, y no a un curador, la administración de los bienes de los hijos, cuando el padre ha sido privado de tal administración; así se dispone expresamente en el actual artículo 311.

La reforma, que iguala a los padres en cuanto a la administración, debió hacer lo propio en cuanto a la representación judicial o extrajudicial del hijo de familia, pero en este punto la Comisión Legislativa se mostró más conservadora y no aceptó las propuestas que formulé en tal sentido, de modo que en lo relativo a la representación del hijo quedó el Código como estaba antes, con fuerte preponderancia del varón. Tampoco la Ley 43 consideró este importante asunto,

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. 289) 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; y, d) Los padres hayan convenido al divorciarse o separarse, asignar la patria potestad a uno de ellos y la administración al otro (Art. 307).

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 artículo 297 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 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 la ley especial para el caso- que, respecto de los menores bajo curaduría exige subasta pública, pero no, cuando están bajo patria potestad. Y es lógica la diferencia, por la mayor confianza que merecen el padre o la madre. Además, el mismo Código 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. 298). Pero hemos de entender con alguna amplitud este mandato legal, cuyas palabras parecen evidentemente excesivas. Si el mismo Código prohíbe sólo limitadamente las donaciones de los bienes pupilares (Art. 427), 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.

Considero que la única manera razonable de entender los poderes administrativos del padre de familia es comparándolos con los de 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 o madre lo que no se prohíbe al curador.

Otro acto de administración extraordinaria es el arrendamiento de inmuebles por largo plazo. El artículo 298 prohíbe arrendarlos “por largo tiempo”. Opino que también esta regla debe entenderse buscando la concordancia con la análoga disposición del artículo 432 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 que 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 artículo 298, 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 artículo 298 se remite a las reglas de las tutelas y curadurías en esta materia. Pero, además, aunque el artículo 298 se refiere expresamente sólo a las herencias, debemos entender que lo propio debe decirse de los legados y donaciones (Cfr. Arts. 422 y 423 del Código Civil). Además del paralelismo de los diversos casos, tenemos la disposición del último inciso del artículo 1427: "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 padres e hijos de familia, pero el artículo 1735 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; y, c) En los casos de suspensión de la patria potestad.

Finalmente, hay que indicar que desde la reforma de 1958 que introdujo el actual artículo 307, 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 egoístas que perjudiquen a los hijos.

142. 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 o madre que ejerza la patria potestad, porque administra los bienes de sus hijos legítimos no emancipados, debe tener también la representación de ellos, y así los establece expresamente la ley (Arts. 28; 300; 301; etc.)

Pero, además, el padre o madre, aunque no tenga 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 o madre, y en otros, necesariamente debe ser representado por el padre o madre. 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 extrajudiciales, 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, entendiéndose 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 esta comparecencia 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. Por consiguiente, si el padre o madre no representa al menor, éste normalmente debe estar representado por otra persona.

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 asimila ni mucho menos a una donación; puede muy bien ser conveniente para el hijo el no apelar, a pesar de que la sentencia no le haya dado la razón.

En materia penal, el hijo no puede comparecer 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 consienta 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. 302), es decir los medios económicos, y también debe promover el nombramiento de curador si el 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 Código 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 artículo 300.

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 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. 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 entonados, 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. 301), no hay razón para impedirsele 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 potestad 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, la jurisprudencia confirma la tesis expuesta, y la reforma de 1989 da mayor valor a este argumento.

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. 296).

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 este



no se le puede exigir documento habiente 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; 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 Fuego 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 lo 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. 300). 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 artículo 294 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 de la ley si el padre continúa con el derecho de representar al hijo; en cambio sí dice expresamente que no pierde el usufructo y parece que debemos concluir 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.

143. 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 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 acudir 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 ya 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 guardador con referencia al pupilo. ¿Por qué 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 exija que lo haga por escrito; más aún, cabe incluso presumir dicha autorización para los actos de ordinaria administración (Art. 461), y no sería razonable que el padre no pueda hacer lo propio con su hijo; y, 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 las guardas.

Ahora bien, el artículo 295 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 del pupilo sometido a guarda. Léase a continuación el artículo 295: "Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, la madre 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, de la madre o de su guardador. 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, la madre o el guardador y aun 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 o madre, el problema es más difícil. Efectivamente, el artículo 296 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 296 debe interpretarse en íntima relación con el que le precede inmediatamente, y como en el artículo 295 se ha establecido la diferencia entre los actos de administración ordinaria que pueden ser autorizados de cualquier manera por el padre o madre 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 o madre, 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 o madre.

Si no se admite la anterior solución, el padre o madre, podría pedir la nulidad de un acto del hijo, por ejemplo una compra al contado de un mueble ordinario, aun 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. Un cónyuge puede pedir autorización al Juez, cuando el otro se la niega para un acto que considera necesario o conveniente (Art. 145) 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. 462) pero al hijo de familia no se le concede recurso contra las decisiones del padre. Si el hijo quiere litigar y el padre o madre le niegan el consentimiento, puede dirigirse al Juez y pedir que éste le autorice y le dé curador ad litem (Art. 300), 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 16 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 al cónyuge, al pupilo y al hijo de familia es muy lógica: los poderes del padre o madre 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 la 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 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”.

144. 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 personalismos, que por su mismo carácter son intransferibles a otra persona. A estos pertenecen los actos testamentarios a que se refiere expresamente el artículo 320.

La Ley 43 derogó el artículo 320, quitando así al menor la facultad de hacer testamento. No hay antecedentes, ni mención alguna en los considerandos de la ley, que permitan explicar la razón de esta supresión. Proba-

blemente, la reforma se debe a que el artículo 1043 afirma que son inhábiles para testar los menores de 18 años; sin embargo, opino que este artículo es el que debió reformarse, para que pudieran testar los menores adultos, esto iría más en la línea de la evolución del derecho que, más bien va aumentando las facultades concedidas a los menores. Ya anteriormente se permitía testar a los menores que habían cumplido 18 años, y aún eran menores por estar el límite de la mayoría en los 21 años; ahora que se ha rebajado la mayoría a los 18 años, podría concederse esa facultad al varón que haya cumplido catorce y a la mujer que haya cumplido doce años. La reforma de 1989, ha seguido en esto la dirección inversa, la de impedir todo testamento del menor de edad.

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 16 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.

“Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores, en lo concerniente a sus empleos” (Art. 284), 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.

El menor administra su peculio profesional, pero esta capacidad del menor tiene una restricción importante, señalada por el artículo 297: “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”.

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 artículo 295, 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, 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. 2143).

Desde los siete años en adelante se puede adquirir posesión (Art. 738) 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”.

145. Responsabilidades del padre y del hijo

El padre de familia responde ante el propio hijo sobre la administración y conservación de los bienes de este, 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, 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.

La indicada responsabilidad del padre o madre, se extiende hasta la culpa leve (Art. 292), y por tanto, deberá indemnizar al hijo de cualquier perjuicio que se produzca por su dolo, culpa grave o culpa leve, pero no 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. 293), no bastando para este efecto una sola o aislada culpa grave, a pesar de su equiparación al dolo (Art. 29), porque la disposición del artículo 310, es especial y prevalece sobre la regla general del artículo 29.

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 reúna los requisitos de otra documentada. Los vacíos, se puede perfectamente suplir con razonables presunciones basadas en la costumbre.

El hijo cuyos bienes hubieren disminuido 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. 2382).

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; y, 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 inmediatamente.

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 cuasi delitos, pero solamente hasta que el sujeto cumpla los 18 años. El artículo 611 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 2219 y 2220 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 recaen 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; y, 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 a 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 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.

146. 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 principalmente 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; y, c) Estar ausente por largo tiempo, siguiéndose de ello grave perjuicio para los intereses del menor (Art. 303). La reforma de 1989, por la Ley 43, se remite simplemente al Código de Menores, y como no se ha verificado simultáneamente la revisión de dicho cuerpo de leyes, nada se ha adelantado con este cambio meramente formal. Más aún: el Código Civil consideraba los aspectos propiamente civiles, dejando para el Código de Menores los de carácter penal: esta distinción desaparece con la Ley 43, pero no se regulan los asuntos propiamente civiles en el actual Código de Menores, con lo cual, la regulación legal resulta incompleta. En todos estos casos, se requiere sentencia judicial previo conocimiento de causa, y de haberse escuchado a los parientes del menor y al Juez de Menores y al Ministerio Público (Art. 304).

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 reúna los requisitos necesarios para poner en interdicción a esta persona; precisamente a la interdicción es otra causa de suspensión de la patria potestad.

Somarriva observa con razón que también se suspende la patria potestad por la menor edad del padre, causa ésta no completada por el Código Civil e introducida en Chile por la Ley 7612 del 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, descontados los gastos de la curaduría).

El Código de Menores anterior al Código de la Niñez, 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; y, 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; Cfr. Código de la Niñez).

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 377: "Se podrá nombrar un curador adjunto al padre o a la madre, para la administración de los bienes de sus hijos". Y considero que nada obsta para que el padre o madre que tenga la patria potestad pida el nombramiento de curador, si la excesiva complica-

ción de los negocios así lo exige: el artículo 379 da esta facultad al curador, y no cabe negársela a los padres.

El artículo 392 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. Adecuadamente la reforma de 1989 ha dado esta nueva redacción al artículo 305: "En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o de la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquel respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad".

147. La emancipación, en general

El artículo 308 define la emancipación por su principal efecto: dar fin a la patria potestad y señala a la vez sus clases. Dice así: "La emancipación da 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 curioso 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. 307), o sentenció el Juez por causas legales (Arts. 108 y 307) que ejerza la patria potestad la madre, y posteriormente ella se hace incapaz de ejercerla, en tanto que el padre entonces no sea 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 dieciocho 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 fue 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 recuperación 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. 1735) o el de sociedad de responsabilidad limitada.

148. Emancipación voluntaria

Solamente puede emanciparse voluntariamente al menor adulto. Realmente el Código Civil (Art. 329) 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. 309), que el Código de Procedimiento Civil 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.

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 confinara 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 anuncio de la emancipación que se va a realizar.

En lo relativo a los requisitos de fondo, aparte 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 artículo 309 habla expresamente del consentimiento "del padre y de la madre". Considero, 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.

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 recobrara 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 reemplazar 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. 998 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 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. 313). Naturalmente se requiere sentencia del Juez, con conocimiento de causa para que se revoque la emancipación en tales casos.

149. 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 artículo 310.

Art. 310.- “La emancipación legal se efectúa:

1. Por la muerte del padre, cuando no existe la madre;
2. Por matrimonio del hijo;
3. Por sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; y,
4. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años”.

La habilitación de edad fue introducida en el Ecuador en 1865 pero fue suprimida en 1869, quedando hasta 1970 el inciso final del artículo 310: “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 y por eso se suprimió mediante la Ley 256.

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.

La emancipación legal termina, cuando el padre desaparecido regresa, durante, la minoría del hijo (Art. 313).

150. 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. 329.- “La emancipación judicial se efectúa por sentencia del Juez, si ambos padres incurren en uno o más de los siguientes casos:

1. 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;

2. Cuando el padre o la madre han abandonado al hijo;
3. Cuando la depravación del padre, o de la madre, les hace incapaces de ejercer la patria potestad; y,
4. 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 o gracia que recaiga sobre la pena: a menos que en el indulto o gracia se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad”.

A los mencionados numerales habría que agregar el caso previsto en el artículo 324, que ni siquiera está contenido en el Título de la Emancipación, pero que también puede producirla judicialmente: “el padre o madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad”.

En general, las causas señaladas en el artículo 311 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 ejecutar la patria potestad.

151. 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 313, 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 fue 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 equiparar 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 artículo 313, 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. 311). Y muy semejante a éste sería el caso del condenado injustamente y que después es rehabilitado.

El artículo 328 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 artículo 325 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 cuida-

do 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. 325).





CAPÍTULO IX LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA

152. Concepto de hijo ilegítimo

La Ley 256 suprimió las calidades legales de hijos legítimos, legitimados e ilegítimos, y en todo el Código Civil se habla ahora únicamente de “hijos”, sin ningún calificativo. Esto no obsta para que las situaciones reales, de la vida, sean muy diferentes: uno es el caso del hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres; en este caso no hay duda sobre quienes son esos padres, y la relación de filiación se establece automáticamente y es presumida por la ley; en cambio, si el hijo ha sido engendrado fuera de matrimonio, no puede tener a favor suyo una presunción respecto de quienes sean sus padres, y se requiere un reconocimiento voluntario o judicial para establecer la relación filiación-paternidad.

Este cambio de sistema ha traído como consecuencia, entre otras, una total equiparación de derechos de todos los hijos, de todos los que obtienen la calidad jurídica de hijos (no, naturalmente, respecto de aquellos que por desgracia no se sabe, no puede saberse, de quien son hijos) y la extensión de los derechos y obligaciones de familia a todos los parientes, sin distinción de legítimos e ilegítimos, ya que tampoco subsisten tales calificaciones para los otros parentescos.

Es necesario, sin embargo, conocer la legislación anterior a 1970.

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 siguió precisamente la nomenclatura contraria a esta tan generalizada, y por tanto, para nosotros, eran 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 habían obtenido el reconocimiento de los progenitores.

El artículo 29 del Código Civil definía: "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 filiación ilegítima era el fundamento de todo parentesco ilegítimo tanto de consanguinidad como de afinidad.

153. 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. Aun 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.

En el plano doctrinal continúa la discusión 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 conveniencia 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 perfecta 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 Constitución de 1967 proclamó la igualdad, pero tocaba a las leyes secundarias regular razonablemente dicho principio.

154. Reconocimiento voluntario: capacidad activa y pasiva

Mientras que los hijos concebidos dentro de matrimonio tienen a su favor la presunción respecto de su filiación, los no concebidos dentro de matrimonio deben ser reconocidos por sus padres o declarados hijos por sentencia.

La Ley 256 ha tratado de facilitar y de estimular el reconocimiento, aunque se podía hacer más en tal sentido, simplificando los trámites. Todo lo que el Código aplicaba al reconocimiento de los ilegítimos se refiere ahora al reconocimiento de la filiación, sin otro calificativo.

En un punto tal vez no hubo acierto, y es en la reforma del artículo 261, hoy 247, que exige capacidad jurídica para que la mujer pueda reconocer un hijo: pienso que habría sido preferible concederle una capacidad especial, para que pueda reconocer un hijo aunque sea menor de edad, relativamente incapaz. 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. 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 artículo 247 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 de 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, hace esta distinción desde 1970.

Solamente los padres pueden reconocer. Como queda bien claramente expresado en el artículo 261; 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.

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.

En contra de la capacidad del menor adulto, para que pueda por sí mismo 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 se refiere a los actos y contratos, con un fin de protección de sus intereses patrimoniales, en cambio el reconocimiento de un hijo 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 255 del Código Civil autoriza a la madre aun menor, que fuere capaz para intentar la acción de investigación de la paternidad, asumiendo la representación del hijo.

Parece pues, que con mayor razón, por un simple acto suyo, no judicial, pueda conferir esa misma calidad de hijo; lo contrario sería bastante incongruente. Por otra parte, si la mujer menor de edad puede hacer esto, no cabría privar de capacidad al 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 artículo 247 se desprende evidentemente que no puede ser reconocido el hijo nacido de matrimonio. Solamente cabe reconocimiento respecto del "nacido fuera de matrimonio".

Tampoco cabe reconocer al que ya ha sido reconocido por otra persona en la misma calidad, es decir como padre o como madre. No pueden 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 artículo 247 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 artículo 63". 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.

Desde luego el reconocimiento debe ser un acto libre de vicios que lo invaliden: sin error, fuerza ni dolo que lo provoquen. El artículo 248 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.

155. 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; y, 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 artículo correspondiente (Art. 255) "mediante instru-

mento 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 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. 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.

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; por esto el artículo 194 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 arre-

pentimiento 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 requisito 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, 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. 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, y simplemente porque quiere cumplir ese acto en favor de una criatura abandonada.

Hasta hace 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 2000 (RO del 1-sep-1965) 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.

Nada impide que en el acta de matrimonio de ambos padres, 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 artículo 249 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 artículo 247 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.

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.

Para simplificar y facilitar el reconocimiento voluntario, habría sido conveniente suprimir los requisitos legales de notificación al hijo y de aceptación del reconocimiento por parte de éste; así se deseaba reformar el Código y así figuraba en el proyecto de Ley, pero la Comisión Legislativa no aceptó sino parcialmente esta reforma, ya que conservó el requisito de la notificación al hijo, aunque ya no es necesaria la aceptación expresa.

Me empecé vivamente en la supresión de ambos requisitos por varias razones: 1. Porque no juzgo prudente dejar a la simple voluntad individual del hijo la aceptación o repudio de sus padres; lo que la misma naturaleza ha establecido, no debe ser libremente rechazable; 2. Porque no veo que se tutele ningún interés legítimo a través de este trámite de notificación y aceptación del reconocimiento; 3. Porque mediante estas formalidades no se evita, como piensan algunos, los posibles fraudes; tales engaños serán raros, y se podrán de todas formas consumar, con o sin las formalidades mencionadas; 4. Porque en la vida corriente, muchos reconocimientos no se perfeccionan, por descuido, ignorancia, etc., con grave perjuicio de los hijos, ya que muchos piensan que todo está hecho con el simple reconocimiento; y, 5. Porque los mencionados trámites resultan costosos y complicados, sobre todo para las personas que viven en los campos o en pequeños centros, en los que no se dispone ni siquiera del asesoramiento de un abogado.

Pienso que habría significado una positiva ventaja, principalmente para los campesinos y para las personas más pobres, la supresión de tan inútiles trámites. Considérese que cuando se reconoce a un menor de edad, se necesita nombrarle guardador para que acepte o repudie el reconocimiento, y que esto resulta muy complicado.

Prevalció, sin embargo, la opinión contraria, apoyada en un único argumento: que si no hay notificación al hijo, puede abusarse de la ley y hacerse un reconocimiento falso, con el afán de heredar al reconocido, o de exigirle alimentos.

Pero este razonamiento parece desprovisto de valor. En primer lugar, raro el caso de hijos de padres desconocidos que posean una envidiable fortuna, más raro, que se logre captar dicha fortuna por no tener el hijo ningún heredero forzoso; y prácticamente imposible, que alguien, sin ser padre, logre suplantar al progenitor y alcance ese torcido intento. Además, la ley proporciona ya un procedimiento adecuado para evitar un reconocimiento fraudulento: la acción de impugnación del reconocimiento, muy distinta del simple repudio del reconocimiento. Si ha habido fraude, si el que reconoce no es el verdadero padre, en todo tiempo puede reclamar el hijo supuesto.

Por temor de que, ignorándolo el hijo, se verifique el reconocimiento fraudulento, la Comisión Legislativa insistió en que se mantenga la notificación al hijo, aunque finalmente accedió, a que no se exija la formal aceptación por parte del hijo. Algo se ganó, pero pudo haberse hecho bastante más.

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).

156. Impugnación del reconocimiento voluntario

Al afirmar el artículo 248 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 artículo 251 indica que se puede impugnar el reconocimiento: 1. Porque el reconocido no pudo tener por padre el que reconoce, según la regla del artículo 62 para el cálculo del tiempo de la concepción a partir de la fecha del nacimiento; 2. Porque el reconocido no tuvo por verdadera madre a la que reconoce; y, 3. 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 descendientes 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.

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 conformidad con esta doctrina, y con la letra misma del artículo 251, 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 les causa algún perjuicio, o disminuye algún derecho suyo, o les impone alguna obligación. Así por ejemplo, hay interés en los coherederos que ven

disminuida su porción hereditaria si tienen que compartirla con el presunto hijo.

Se ha planteado la pregunta de hasta qué tiempo será posible intentar la acción de impugnación del reconocimiento de un hijo. 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. 1699), mientras que en los demás casos cabría aún la prescripción ordinaria.

157. 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 la filiación. La primera es la prevista en el artículo 238; a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez que el hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio no tiene el estado civil de hijo. En cambio el segundo supuesto es el del reconocimiento de la calidad de hijo mediante declaración judicial, que es al que se refiere el Título VIII del Libro Primero: artículos 252 a 274.

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.

El artículo 269, que ahora es 255, quedó así: "La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su

madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz". Por tanto, ahora requiere de dicha representación el que no ha cumplido 18 años, y no hay inconveniente para que le represente la madre casada, puesto que ésta es capaz.

El menor que no tiene madre, 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 un curador ad-litem.

La Ley 256 suprimió el absurdo requisito que existía antes, de contar con el consentimiento el propio hijo menor de edad. También se simplificaron notablemente las normas sobre capacidad y, desde luego, se reconoció la capacidad de la mujer casada.

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.

158. 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 serio, 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 inadmisibles, como lo dispone el artículo 144 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 de esa mujer.

Si la propuesta madre niega serlo, el hijo tendrá que probar dos cosas: 1. El hecho de su nacimiento o más exactamente del parto de la demandada, y 2. 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.

El que no ha sido voluntariamente reconocido como hijo no solamente puede obtener que judicialmente se le declare hijo de una determinada madre, sino también de un determinado padre; 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 juramento declarara 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.

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, incluida Francia.

La investigación 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. Cual-

quier hombre que no presente esta característica no puede ser el padre del 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 aun 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.

159. Declaración judicial de la paternidad: Casos admitidos en Ecuador

Actualmente en el Ecuador la legislación presenta unas características propias de un período de transición, porque respecto de la declaración de la paternidad 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 tipificado por el Código.

Conviene considerar el texto del artículo 253 que señala estos procedimientos para la investigación de la paternidad: "La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:

1. 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;
2. En los casos de raptó, 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;
3. En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier autoridad o promesa de matrimonio;
4. 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; y,
5. 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 2, 3 y 4 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. 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 artículo 311 exigía que la citación se haga "en la persona del demandado", de modo que si falta este requisito, no valía el juicio ni el fallo correspondiente.

Se puede llamar a que una persona declare sobre si cree ser el padre 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. Cabría incluso interrogar sobre otros hechos relacionados estrechamente con la paternidad. Puede tener mucha más eficacia un interrogatorio hábilmente compuesto, que una simple 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, 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 compareciera 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 94. En cambio, el actual artículo 253 permite declarar judicialmente la paternidad si notificado el presunto padre "lo confiesa", de todo esto podría deducirse que ya no cabe confesión ficticia o tácita. Pero, por otra parte, según el artículo 131 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, 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. 143 del Código de Procedimiento Civil).

El segundo grupo de causas por las que se puede declarar judicialmente la paternidad está constituido por hechos ilícitos, debidamente probados, que inducen 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, y por eso no se toma en cuenta la edad de la madre.

Puede sorprender que nuestra ley permita la declaración de la paternidad solamente cuando se prueben las relaciones sexuales ilícitas que reúnan 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, casi como una sanción más contra el padre que ha procedido tan inmoralmemente. 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, 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, de los que depende su propio origen. Poco humanitaria, lógica y práctica, resulta, pues, en este punto nuestra ley. La realidad de la vida jurídica confirma esta crítica: son pocas las causas iniciadas para que se declare la paternidad por los indicados motivos.

La Ley 256 suprimió la exigencia del “principio de prueba por escrito” contenida anteriormente en el artículo 267 (hoy 253 Num. 3). Esto constituye un notable avance en la materia, en favor de los hijos.

Aunque se prueben uno o más de los indicados hechos, y que hayan 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. 254): es la llamada *exceptio plurium concubentium*, universalmente admitida. Es lógico que no baste 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 5 del artículo 253, 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.

160. Extinción de la acción para declarar la paternidad ilegítima

Tanto la acción para investigar la paternidad como la dirigida a establecer la maternidad ilegítima se extinguían en el Ecuador por la muerte del respectivo padre o madre.

Desde la reforma de 1970, se permite, por lo menos continuar la acción iniciada contra el padre vivo, contra sus herederos, después de que el padre haya muerto, si es que la acción ya se trabó por la contestación a la demanda.

Además, se prolongó el plazo de prescripción de estas acciones. El artículo 257 dispone ahora que: "Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo". En esta forma, también se ha mejorado la situación de los hijos, a la vez que se ha igualado en derechos al varón y la mujer, ya que antes los plazos de prescripción variaban según el sexo del hijo.

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.

CAPÍTULO X LA ADOPCIÓN

161. 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 "afiliazione", 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 de la 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 aun en otras leyes. Además, esta definición excluía la posibilidad de adoptar a un paciente, 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. Las reformas de 1958 y 1976 pretendieron corregir estos defectos. Actualmente tenemos en el Código Civil la siguiente definición:

Art. 314.- “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 se llama adoptado”.

El Decreto Supremo 2572-B, promulgado en el Registro Oficial 615 del 26 de junio de 1978, ordenó agregar el siguiente inciso al artículo 314: “Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años”. La intención de esta ley era buena: ampliar el margen de edad de las personas que pueden ser adoptadas: ya que en 1970 se rebajó el límite de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años, se quería restituir a estas personas comprendidas entre los 18 y los 21 años, la posibilidad de ser adoptadas. Pero habría sido preferible reformar el texto del Código diciendo de modo directo que se puede adoptar a quien no ha cumplido 21 años, en lugar de recurrir a esta ficción de considerar como menor al que ya es mayor de edad.

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.

En esta institución, las principales reformas introducidas por la Ley 256, consisten en: a) Suprimir la distinción totalmente inaceptable que establecía el Código entre hijos adoptivos legítimos e hijos adoptivos en calidad de ilegítimos; b) Permitir la adopción del hijo que ya había sido adoptado por el otro cónyuge; c) Permitir la posibilidad de adoptar el propio hijo que no hubiera sido reconocido; y, d) Suprimir algunas disposiciones que por ser de mero trámite, no debían tener cabida en el Código Civil.

Aparte de la adopción propiamente dicha, nuestro Código de Menores se refiere a la “colocación familiar”. Particularmente se hace mención de ella en el artículo 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, 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 parece 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 artículo 1480 del Código 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.

162. Capacidad especial del adoptante

Universalmente se exige, en todas las legislaciones, que el adoptante sea capaz. Pero aparte de esto, es muy frecuente que se requiera también reunir otros requisitos para poder adoptar. 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 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 parece 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 real-

mente 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 compaginó 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 (30 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. 322).

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 sexo, y el guardador o ex-guardador no puede adoptar, al pupilo o ex-pupilo 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 ex-pupilo 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.

La Ley 83, publicada en el Registro Oficial 486 del 25 de julio de 1990, permite, por excepción, adoptar a personas de distinto sexo del adoptante, siendo éste célibe, viudo o divorciado, siempre que tenga más de cuarenta años que el menor, y cumpla las demás condiciones de buena salud e idoneidad, previo informe favorable del Departamento de Trabajo Social y del Tribunal de Menores. En este sentido se reforma el artículo 336. Es evidente que la reforma se ha hecho para facilitar la adopción y no para dificultarla. Falsamente la han entendido algunas autoridades, pretendiendo exigir esos cuarenta años de diferencia también a personas casadas; el sentido de la ley es claro y se refiere exclusivamente a los célibes, viudos o divorciados; además, para las personas casadas, está la expresa disposición del artículo 319, que ordena tomar en cuenta la edad del marido, y, por consiguiente, sólo se requiere que éste tenga catorce años más que el adoptado, conforme al artículo 316.

Aparte de estas prohibiciones expresas de la ley, no existen otras. Pero como el artículo 346 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 permitiera 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.

163. 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. 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.

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.

Nuestro Código al definir la adopción indicaba hasta 1970 que el adoptivo “no es hijo del adoptante”. Pero como para adquirir la calidad de hijo ilegítimo se requería en nuestro Derecho o el reconocimiento voluntario o la declaración judicial, si no había ni lo uno ni lo otro, el engendrado fuera de matrimonio propiamente no era hijo ante la ley, y considero que sí podía ser adoptado por su propio padre. En cambio el que adquirió la calidad de hijo ilegítimo no podía ser adoptado por su propio padre o madre. La Ley 256 suprimió esas palabras.

Nadie puede ser adoptado por dos o más personas en el Ecuador, salvo el caso de que adopten conjuntamente los dos cónyuges (Art. 320). 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.

164. Consentimientos necesarios

El consentimiento de los adoptantes es insustituible. Por esto, quien no es capaz, no puede adoptar. Nadie puede reemplazar este consentimiento: no puede hacerlo el representante legal del incapaz; o puede el marido consentir el nombre de la mujer. Además en el caso de personas casadas, ya sabemos que nuestro Código exige expresamente el consentimiento de ambos. También se requiere por regla general el consentimiento de los propios padres del adoptado. Pero este consentimiento puede faltar en varios casos, o sustituirse. Por la reforma de 1978, no se requiere si el adoptado ha cumplido ya 18 años.

Si uno de los padres ha muerto o está legalmente impedido de manifestar su voluntad, el consentimiento del otro es suficiente (Art. 321). Entendemos que la incapacidad debe ser absoluta para permitir que 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 modos 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 aclarara este punto, para evitar toda duda.

Para los casos de separación o divorcio, nuestra ley ha escogido una solución transaccional: "(...) basta -el consentimiento- el de aquel de los padres que tenga la patria potestad, con aprobación de la Unidad Técnica de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social, previo conocimiento de causa, y mandándose oír al otro para que demuestre su conformidad o disconformidad con el acto de la adopción" (Art. 321). 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.

La Ley 256 agregó el último inciso al artículo 321, por el cual se debe contar con el consentimiento del director de la institución asistencial en que el menor está asilado, en su caso.

Finalmente, se exige también el consentimiento del mismo menor siempre que fuere adulto. 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 dependa la validez o la nulidad de un acto verificado por personas mayores.

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.

165. 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 artículo 322 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 impedimento, 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 perjudicial 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 comúnmente 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, oyendo 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 un 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 especial del menor, hasta que se consuma 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 artículo 323 ordena que en la escritura pública se haga constar de manera expresa “el número de los hijos que tenga el adoptante”. Esta exigencia tenía por objeto, antes de la reforma de 1970, determinar la calidad legal en que entraba el hijo a su nueva familia. Considero que la omisión de este requisito, o la declaración errónea y aun falsa, sobre este particular, no anularían la adopción, porque es un requisito accidental y que solamente tiene función probatoria y no constitutiva; y,

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 artículo 324 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.

166. Efectos de la adopción

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 derivados del parentesco; y, 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 artículo 325 establece que el adoptante ejerce la patria potestad, y el mismo artículo 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 derivadas 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.

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.

El artículo 328 indica que la patria potestad del adoptante se suspende o se pierde por las mismas causas que la del padre o madre. 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 recuperara 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 encargado 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 oír 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 constituido, 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 del 12 de noviembre de 1958 (RO 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 y que el Decreto Supremo 2000, (RO 576 del 1 de septiembre 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. 315).

El Decreto Supremo 2000 completó esta legislación sobre el nombre, ordenando que, si la adopción termina por sentencia, 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 XIII "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 adoptante.

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. 325), 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 adoptante. Se inspira esta norma en el deseo de evitar las adopciones interesadas. Tal regla está contenida también en nuestro Código, en el artículo 327.

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 adoptivo 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 artículo 327 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 adoptado 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.

Los padres del adoptante concurren con los hijos adoptivos, dividiéndose la herencia en dos partes iguales (Art. 326).

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 abintestato sus padres propios. La ley debería considerar algún derecho sucesorio del adoptante, sobre todo a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos del adoptivo; y,

e) Otros efectos derivados 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 prohíbe el matrimonio en la línea recta y en la colateral en segundo grado de parentesco "legal", es decir, proveniente de la adopción. 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 artículo 95, 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.

167. 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 caso 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 posible 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: 1. Si falta capacidad en el adoptante o en uno de los adoptantes si son dos personas casadas; 2. Si falta totalmente el consentimiento del adoptado, cuando éste debe darlo; 3. Por vicios del consentimiento en los adoptantes; 4. Si se viola alguna expresa prohibición de la ley, como la de no adoptar un soltero a persona de otro sexo; 5. 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; y, 6. 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 de 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 329 y 3308 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; y, 3. Cuando se declara la indignidad del adoptado, como en el caso de la sucesión por causa de muerte.

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 hiciere indigno de heredar al donante" (Art. 1444).

A su vez, son causas de desheredamiento: 1. 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, o de sus padres o hijos. 2. No haberle socorrido en la demencia o desvalimiento, pudiéndolo; 3. haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar; 4. haberse casado sin su consentimiento, estando obligado a obtenerlo; 5. haber cometido un delito castigado con cuatro años o más de reclusión, o por haberse abandonado a vicios o granjerías infames (Cfr. Art. 1231).

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 artículo 1010.

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 sistema 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; y, 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.





CAPÍTULO XI EL ESTADO CIVIL

168. Definición

Nuestro Código Civil dedica el Título XIV del Libro Primero “de las pruebas del Estado Civil”, cerrando así una serie de títulos relativos a relaciones de familia que originan fundamentalmente el estado civil.

Se define en el artículo 331, de la siguiente manera: “El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita 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, contraer obligaciones civiles”, lo cual deriva inmediatamente de la capacidad, y, de modo más remoto, del estado civil. La Ley 256 añadió: “o inhabilita”.

Los derechos y obligaciones que derivan del estado civil son principalmente civiles, como lo pone de relieve nuestra definición. Pero hay que reco-

nocer que también pueden extenderse las consecuencias jurídicas del estado civil a otras ramas del Derecho.

En esta materia se pretendió en 1970 eliminar del Código Civil lo que corresponde al de Procedimiento, pero no fue posible hacerlo, por la demora en la reforma del Código Adjetivo. Las principales reformas del Código consisten en: a) La definición de estado civil, se mejoró, según la observación que se hace en este texto; b) Se extendió la prueba de la posesión notoria de estado civil, a todos ellos, ya que no subsiste la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos; c) Por la misma razón, se suprimió toda referencia a esas calidades de los hijos; d) Tampoco se considera la incapacidad relativa de la mujer casada, ya que ésta ha pasado a ser plenamente capaz; e) Se considera expresamente la posibilidad de que los herederos continúen las acciones de estado civil como "legítimos contradictores", o sea, ocupando el lugar procesal del legítimo contradictor fallecido.

169. 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; d) Su regulación es de orden público; e) Es intransferible; f) Es irrenunciable; y, g) 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 características pertenecen más bien a los juicios o sentencias 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 inenajenabilidad 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 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 no comerciable 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 contrar matrimonio. También sucede en otros casos, que la voluntad de otras personas interviene decisivamente para la constitución o cambio del estado civil de otras; el caso más sobresaliente consiste en el reconocimiento de un hijo.

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 un hijo que se presume tal 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. 262).

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 respecto de todo individuo, al incurrir en una interdicción.

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.

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 en dos casos, el segundo de los cuales consiste en la relación entre uno de los padres de una persona y los parientes consanguíneos del otro padre de esa misma persona: por consiguiente, el reconocimiento y aceptación de tal hijo, 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 (en el supuesto de que dichos padres no estén casados).

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 tienen 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.

170. Fuentes del estado civil

En nuestro Derecho actual el estado civil deriva de: a) Hechos jurídicos; b) Actos jurídicos; y, 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 especiales propios de la jurisdicción que son las sentencias, constituyen, modifican o dan término a estados civiles en virtud de las disposicio-

nes 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.

Dentro de los hechos jurídicos dos son los principales en cuanto a fuentes de estados civiles: el nacimiento y la muerte. El nacimiento da principio a la personalidad legal (si se nace vivo), 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 filiación presuntiva, etc.

Pero, además del matrimonio hay otros actos jurídicos importantes en materia de estado civil: el reconocimiento de un hijo, la aceptación o repudiación de dicho reconocimiento, la repudiación de un hijo por parte de supuesto padre, la exclusión de bienes de la mujer casada, la separación parcial de bienes, 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, declara-

ción de la paternidad o maternidad, 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, por ebriedad consuetudinaria, además de las sentencias penales que llevan consigo la interdicción del reo. También el discernimiento judicial de las guardas modifica 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 2 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 habrían dado origen a las modificaciones que dichos actos jurisdiccionales simplemente declaran.

171. 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, entro en vigencia el 1 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 Registro Oficial 456 del 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 (RO 408 del 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 el Registro Oficial 450 del 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 (DS 1467, RO 535 del 5-jul-1965). Otro Decreto Supremo 1468 declara el valor de la Cédula de Identidad (el mismo RO 535). El 1 de septiembre 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. Se codifica la Ley por Decreto Supremo 402 (RO 690 del 14-nov-1966), y mediante Decreto Supremo 278 publicado en el Registro Oficial 70 del 21 de abril de 1976 se dicta una nueva Ley.

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 del 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 estaba 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 exclusivamente 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. Aun en ciertas naciones que han 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 inadmisibles 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 inicua y 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 agravar 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. 271) 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 deban 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 humillante e indecoroso 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 coacción, 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 y ordenar lo que por sí mismo es capaz de hacer respetar.

Por otra parte, la Ley de Matrimonio Civil, en el artículo 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 del 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 opo-

sición con los postulados de la Carta Constitucional que es la Suprema Ley del Estado.

Finalmente, la nueva Ley de 1965 (RO 450 del 4-mar-1965) ordena que las inscripciones de nacimiento y el matrimonio 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 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, (RO 535 del 5 de julio de 1965) declara obligatoria la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos acaecidos en cualquier fecha, inclusive anterior al 1 de enero de 1901. Antes no se había exigido jamás la inscripción de hechos o actos constitutivos de estado civil, anteriores al 1 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, obstetrix 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); y, 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 nacimientos; 2. De matrimonios; y 3. De defunciones (Art. 17). El artículo 10 ordena que los diversos actos y hechos de estado civil relativos a una misma persona deben correlacionarse, es decir inscribirse en la partida de nacimiento los demás hechos (matrimonio, 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 inscrito la partida de nacimiento del individuo del cual se trate, para que verifique la correspondiente anotación.

En el artículo 19 se enumeran los requisitos cuya omisión anula las inscripciones: "1. La expresión 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 concurre al acto o no pueda o quiera firmar; y, 4. La firma del Jefe de Oficina". Sin embargo, por cuanto dispone el artículo 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. Efectivamente, como el

artículo 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.

172. 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 precisamente el Código establece que la prueba ordinaria de un estado civil consiste en la correspondiente partida, o más exactamente, como dice el artículo 332 las respectivas "copias de las actas del Registro Civil".

El artículo 332 hace una enumeración incompleta de los estados que se pueden probar con "las copias de las actas del Registro Civil". Además del estado de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se pueden probar así mismo: la maternidad, 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, etc.).

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.

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 que 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 preferente respecto de una determinada prueba, y en caso de contradicción debe prevalecer aquella partida destinada expresamente a probar aquel concreto estado civil.

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. 336) 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 Ley de Registro Civil, ha reforzado el valor probatorio de las partidas, desde el momento en que no sólo se declara expresamente que las actas de inscripción en los libros de Registro Civil son instrumentos públicos, sino que deben ser debidamente documentadas o sentadas con prueba testimonial, y no pueden mortificarse sino por orden judicial (Art. 85). También las copias de las partidas son instrumentos públicos (Art. 108).

Un instrumento público, de suyo, se presume auténtico. Y el artículo 334 del Código Civil establece que: "Se presumirá la autenticidad y pureza de

los documentos antedichos, si estuvieren en la forma debida". 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 artículo 334 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 partidas.

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 presencié 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.

173. 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 el caso de la partida impertinente.

La impugnación por una 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 artículo 334, es evidente que puede impugnarse fácilmente una partida, como no auténtica, si carece de aquella debida forma. Precisamente la Ley señala como 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.

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.

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 se 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 en un lugar distinto del que afirman las partidas, de una de las partes que se dice 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 declaraciones. Así, por ejemplo, una persona puede lograr que se inscriba un hijo como suyo 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, 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 artículo 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, se establece 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 correspondiente al Jefe correspondiente de Registro Civil y el mismo

“previo conocimiento de causa” hace la rectificación correspondiente (Art. 80). 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.

174. 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” (Art. 377 del CC y Art. 711 del CPC), 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 artículo 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 estos “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.

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 artículo 337 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 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 de 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, o personas que estén representadas por otras, el Notario debe exigir la manifestación de los comprobantes legales de la capacidad (Arts. 169 y 172 Num. 4 del Código de Procedimiento Civil. Estos artículos no figuran en la última recopilación).

La prueba por medio de otros documentos que no sean las respectivas partidas, tiene ciertos límites. Por ejemplo, si lo que no existe es la escritura de reconocimiento, 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 constituido antes del 1 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 1 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.

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 artículo 705 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. 697); 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. 699).

La información sumaria de testigos a que se refiere el artículo 716, 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 (Arts. 216 y 217 del CPC).

175. Prueba por la posesión notoria del estado civil

Varias disposiciones precisas de nuestras leyes (por ejemplo Art. 115 del CC) 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”.

Pero, 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 te 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. 341) establece que ha de probarse “por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable”. No hasta, 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 constituido debidamente, y la posesión ilusoria, aparente, de un estado no constituido, no da lugar a ningún género de legalización de tal estado inexistente.

El Decreto Supremo 2000 habla de “prueba de posesión notoria de un apellido” (octavo artículo de los innumerados comprendidos en el artículo 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 artículo 705 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.

176. 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 subordinada a las edades de las personas, así por ejemplo, el de recurrir al Juez para la calificación del disenso 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. 342), 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, para establecer la edad, oír el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas.

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.

177. 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.

Mucho se ha discutido sobre si debe probar la identidad personal quien presenta una partida de estado civil, o sí, por el contrario, se debe presumir tal identidad, y quienes no estén 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.

Siendo el nombre el elemento de identificación más corriente, su fijeza y uso regular debía estar regulado por ley. La primera disposición sobre el nombre de las personas naturales se dictó en un 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 2000, publicado en el Registro Oficial 5776 del 1 de septiembre 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 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. 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 escogieron 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 uno solo de sus padres llevarán los apellidos paterno y materno del padre o la madre que los hubiere reconocido. Si el que le reconociera no tuviere más que un solo apellido, se anotará dos veces dicho apellido”. “Si con posterioridad, lo reconociera 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 rectificación 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 más justo. Ha omitido la Ley regular el apellido de la mujer con separación conyugal judicialmente autorizada, lo cual es una laguna notable.

178. 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).

La Ley de Tránsito Aéreo dispone que los nacimientos y muertes ocurridos a bordo de aeronaves ecuatorianas se consideren producidos en el Ecuador (Art. 9), y por tanto deben inscribirse en nuestros registros.



CAPÍTULO XII LOS ALIMENTOS LEGALES

179. 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 de 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 el proyecto de reformas al Código, quisimos que no se variara sustancialmente esta materia, y que solamente se suprimiera lo relativo a la muerte civil (suprimida en 1936), y se considerara el caso de los que habiendo cumplido los 18 años, continúan necesitando la ayuda alimenticia mientras son estudiantes; pero como prevaleció el criterio de suprimir en absoluto toda distinción entre "legítimos" e "ilegítimos", resulta que la Ley extendió el derecho de alimentos a favor de parientes lejanos que antes se consideraban ilegítimos, por ejemplo un bisnieto o un bisabuelo.

La eliminación de las calidades legales de todos los parentescos, ha originado una notable simplificación de la materia. Ahora se deben alimentos: 1. Al cónyuge; 2. A los hijos, 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no ha sido rescindida o revocada (Art. 349). Se deben alimentos congruos a los designados en los cuatro primeros numerales y en el 7. Los demás, reciben solamente los alimentos necesarios.

Como la mayoría de edad se cumple a los 18 años, se redujo a esta misma edad el límite hasta el cual se pueden exigir alimentos, salvo otra razón de incapacidad para ganarse la vida.

180. 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 re-

querida. 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.

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 obligare 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 predominan 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 alimentarlo, 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 dere-

cho 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 alimentarlo 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 alimentarlo 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 incondicional, 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.

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 ausente de la casa paterna tiene, en principio, derecho a alimentos congruos, 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. 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 que 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, como la actitud culpable del un cónyuge, que da origen a su separación, no libera de la obligación de favorecer al cónyuge incurablemente 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.

181. Características del derecho de alimentos

Las principales características del derecho de alimentos señaladas por nuestro Derecho son las siguientes: a) Constituyen un derecho especial (Art. 350); b) No son comerciales (Art. 362); c) No admiten compensación (Art. 363); d) Se diferencia de las pensiones alimenticias atrasadas (Art. 364); e) Tienen carácter permanente (Art. 360); f) Su monto es relativo y variable (Art. 360). 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; y, i) La obligación alimenticia es divisible.

a) Carácter especial del derecho de alimentos. La peculiaridad de estas reglas jurídicas que concretan un deber que va más allá de la justicia y llegaba 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 V 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 artículo 350, confirmando las disposiciones de los artículos 4 y 12 del mismo Código Civil. También el artículo 365 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.

La preeminencia de las normas especiales sobre las generales, consagrada en los artículos 4 y 12 del Código Civil, tiene aplicación en el artículo 367, 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 artículo 349. 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;

b) El derecho de alimentos está fuera del comercio. Para algunos autores, como Arias, los alimentos son de orden público, y ésta sería la razón radical para considerarlos fuera del comercio. En todo caso, nuestro Código dice expresamente en el artículo 362 que: “El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno ni renunciarse; todo esto configura 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 prohíbe el artículo 362, 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.

Otra forma de renuncia, consistiría en fijar un límite de tiempo para la duración del servicio alimenticio.

El artículo 2353 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 artículos 380 y 381. 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 apro-

bar el Juez la transacción en la que el alimentarlo no haya perdido o disminuido 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. 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 artículo 362 que los alimentos no pueden transferirse ni por actos entre vivos ni por herencia, el siguiente artículo expresamente prohíbe 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 artículo 381. Esta prohibición deriva también del carácter intransferible 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 artículo 363 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 artículo 364;

d) El derecho de alimentos se diferencia de las pensiones alimenticias atrasadas. Queda absolutamente clara la distinción en el texto del artículo 364: "No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitiéndose por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete 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: 1. Porque el artículo 362 del Código Civil excluye absolutamente la posibilidad de cederse este derecho "de modo alguno"; 2. Porque el carácter mismo del derecho de alimentos, derecho personalísimo y destinado a satisfacer necesidades imperiosas de la vida hace imposible el embargo; 3. 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 podrían 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. 928 del Código de Procedimiento Civil), es decir, hacer tomar preso al deudor con el fin de que pague. Esta es una impor-

tante excepción al principio de que no hay prisión por deudas, principio que se halla expresamente declarado en la Constitución de la República, 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. 929 del Código de Procedimiento Civil). Además, la ley permite que se embarguen para hacer efectivos los alimentos, bienes que son de suyos inembargables. El Código del Trabajo declara inembargable la remuneración del trabajador, salvo para el caso de pensiones alimenticias. La Constitución establece igual cosa.

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. 997 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, Fuyo, sostiene que si el obligado no tiene bienes suficientes, debe prorratarse 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 otro. 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 alimentarlo 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 codudores". 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 alimentarlo procedería acertadamente demandando a un mismo tiempo a dos o más personas, aun 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.

182. Fuentes del deber alimenticio

La obligación de dar alimento 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, 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.

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.

183. Clases de alimentos

Aparte de las divisiones que ya quedan establecidas por razón de la fuente, los alimentos también pueden ser: congruos o necesarios; devengado o futuros; provisionales o definitivos.

Los congruos se definen en el artículo 351 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 congruos tienen un carácter más relativo y variable de persona a persona. Lo que es congruo para una persona de muy humilde condición social, no sería congruo para otra persona de superior posición. Hay unas exigencias que dependen de la condición social, que los alimentos congruos 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 congruos: al cónyuge, a los hijos, a los descendientes, a los padres y al que hizo una donación cuantiosa. Pero todas estas personas pierden el derecho a los alimentos congruos si hacen injuria grave al ali-

mentante. También pierden el derecho a los alimentos congruos, 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. 277).

Les corresponde recibir alimentos necesarios a los ascendientes y a los hermanos.

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. 355).

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.

184. 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 dieciocho 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 superfluos, 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 congruos, 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.

185. Sujetos del derecho de alimentos

El artículo 349 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 artículo 349: "Se deben alimentos:

1. Al cónyuge;
2. A los hijos;
3. A los descendientes;
4. A los padres;
5. A los ascendientes;
6. A los hermanos; y,
7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada".

El artículo 547 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 artículo 582 del Código de Procedimiento Civil, de modo igualmente incidental, pero ya más directo, habla de "los auxilios alimentarlos 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 XV 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 artículo 349. Así, por ejemplo, es evidente que si tienen derecho a alimento los descendientes, quienes están obligados a dárselos son los ascendientes. 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 artículo 108 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 el cónyuge inculpable tiene derecho a recibir hasta la quinta parte de los bienes del otro para completar lo necesario para su congrua 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. También la obligación entre padres e hijos, y entre ascendientes y descendientes 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.

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.

186. 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 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, tal el caso de la madre menor de edad.

187. 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.

Correlativa a la simplificación de los grados de personas que tiene derecho a pedir alimentos, ha sido también la simplificación del orden de las personas a quienes se puede demandarlos según la Ley 256: 1. Al cónyuge y al que recibió una donación cuantiosa; 2. A los padres o ascendientes; 3. A los hijos o descendientes; en último término, a los hermanos. Se debe preferir a los de más próximo grado, en los casos de ascendientes o descendientes. Sólo se puede pasar a otro título, a falta de todos los del anterior título.

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.

188. 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 artículo 337 del Código Civil y el 711 del Código de Procedimiento Civil dicen que “al hijo que demandare alimentos o una herencia, no se le admitirá demanda si no presentare 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 constituido el estado civil en que se funda el pretendido derecho.

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.

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 han obtenido alimentos necesarios cabría la presentación de una nueva demanda solicitando los congruos, como consecuencia de lo que se acaba de indicar.

189. Forma y seguridades

“Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagan por mesadas anticipadas” (Art. 359).

Se pagan los alimentos normalmente en dinero. Pero bien podría el alimentario aceptar que se los den en especie, y disponerlos así el Juez si resul-



ta 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. El Decreto Legislativo 44 publicado en el Registro Oficial 253 del 1 de agosto de 1980, estableció la decimocuarta y decimoquinta pensiones de alimentos.

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.

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 artículo 361 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 artículo 738 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 cantidad 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.

190. Duración y fin del derecho

“Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentarlo, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda” (Art. 360). Por tanto, si se conceden a un varón menor de edad, cesa el derecho cuando llega a la mayoría, salvo que, como dice el mismo artículo 360, “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 que parte de su beneficiario. 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 alimentarlo se supone en el caso de ser menor de edad. Pero si ya cumple los 18 años, deberá probar el interesado su imposibilidad de ganarse la vida, por enfermedad u otro hecho semejante. El 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 sólida para pedir alimentos.

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 congruos 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 entender 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 1010 y 1233 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 cuarto 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. 264). 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 artículo 359 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.

191. Alimentos voluntarios

Puede establecerse una obligación alimenticia voluntariamente, sea por contrato o por disposición testamentaria. El contrato, normalmente 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 artículo 366 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 artículo 366 para ponerlo en armonía con la actual legislación.

En todo caso, en los alimentos voluntarios, la regla fundamental es la que prevalece la voluntad de quien o de quienes los hayan constituido. Las normas que libremente se fijan, son las que regulan este derecho, y no se aplican las disposiciones propias de los alimentos forzosos, sino a lo más por analogía, en uso necesario, por no haberse estatuido directamente algún aspecto.

El artículo 1161 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 el legatario. Si se legare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla dieciocho años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad.

El artículo 1377 establece que aun 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 artículo 1195 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.

192. 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 prohíben 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.

CAPÍTULO XIII LAS GUARDAS EN GENERAL

193. 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 mismo 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.

Las principales reformas introducidas por la Ley 256 en esta materia fueron: 1. Suprimir la incapacidad de la mujer para el ejercicio de toda guarda; ahora, tiene la misma capacidad que el varón, sea soltera o casada; 2. Se equipararon los derechos del marido y la mujer; 3. Se sustituyó la llamada "guarda legítima del hijo ilegítimo", por la patria potestad que ahora se ejerce sobre toda clase de hijos menores de edad; 4. Se eliminaron las incapacidades provenientes de consideraciones de índole religiosa; 5. Se extendió el ejercicio de la guarda a toda clase de parientes (ya que no se

distinguen los legítimos de los ilegítimos), pero, en consecuencia, se permite más fácilmente la excusa del ejercicio de estas cargas; y, 6. Se unificaron las guardas a que podían estar sometidos los menores de edad, y todas ellas se denominarán en adelante “tutela”; así como todas las guardas de los interdictos se llamarán “curadurías”, lo mismo que las guardas especiales, de bienes y toda guarda que no sea la tutela de menores. Esta última reforma ha permitido una notable simplificación del sistema y la eliminación de varios artículos del Código que resultaban prácticamente repeticiones inútiles.

194. 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 artículo 367 de nuestro Código Civil contiene la siguiente definición: “Las tutelas y curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores”.

Es 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 a 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 injerencia 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; acentúa esta palabra, el carácter obligatorio de las guardas, que, por otra parte, se significa con la expresión: “impuestos a ciertas personas”.

195. 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; y, 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 manera por las leyes y los autores. Unos les califican de “poder”, otros, de “carga”, “función”, “organismo” y aún “ministerio”. Algunas de estas denominaciones no cabrían de ninguna forma en nuestro sistema, como las del “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 finalidad de asistencia regular a los incapaces. El sentido institucional de las

guardas hace también que se sustraigan 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.;

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 sexta Partida manifiestan que las guardas testamentarias son obligatorias. Nuestra reciente legislación ha mitigado esta característica;

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 guardador, 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 artículo 415 del Código Civil y en el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil;

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 anglosajones, en los que las disposiciones se refieren predominantemente a la administración y conservación de los bienes. En Chile, la ley

número 4827 del 17 de febrero de 1930, llamada ley de Comisiones de Confianza de los Bancos, en la letra e) del artículo 1 establece que los Bancos comerciales e hipotecarios que reúnan ciertos requisitos pueden “ser guardadores testamentarios generales conjuntos, curadores adjuntos, curadores especiales y curadores de bienes”; y,

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, aun 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.

196. 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 fue hecha en un testamento, si la hace la ley o si ha estado a cargo del magistrado o Juez”.

La reforma del año 1970, reservó las tutelas para los menores únicamente, y sin distinción de menores impúberes o adultos: todos están sujetos a tutela. Las demás guardas son curadurías: Las de interdictos, las especiales, las de bienes, Así se expresa en los artículos 370 y 371.

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 las de interdictos, o también pueden ser curadurías simplemente de bienes, adjuntas, especiales.

Están sometidos a curaduría general 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 yacente, 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 localizado, 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; 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 sola 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 o madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada" (Art. 373).

El curador especial, en cambio, se da "para un negocio particular", como dice el artículo 374. 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 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.

El artículo 512 del Código de Procedimiento Civil habla también de otra interdicción: la 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 artículo 1463 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, si 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, como el Código Penal de la Policía Civil Nacional y el Código Penal Militar, 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 artículo 56 del Código Penal precisa que toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, y a reclusión menor extraordinaria, 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 determinan 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 figura más próxima, la de disipador.

197. 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 artículo 380 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.

198. 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 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 ausente, y por su misma naturaleza no parece que puedan tener origen testamentario, más aún, de la curaduría de la herencia yacente dice el artículo 520 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 produjo 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 tuvieran padre, si los constituía herederos, entonces, como cualquier otra persona que les dejara bienes podía nombrarles guardador y en todo caso, el Juez debía confirmar este nombramiento.

En nuestra legislación actual pueden nombrar guardador; el padre, la madre o 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 quién 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.

En virtud del principio de igualdad, ahora pueden nombrar curador adjunto tanto el padre como la madre. En principio, la madre puede lo mismo que el padre en esta materia. Se han suprimido las especiales incapacidades y limitaciones de la mujer; por eso se derogó el artículo 400, y también otros semejantes, por la reforma de 1970.

El primero que puede nombrar guardador testamentario es el padre. Tal designación puede hacer siempre que no haya sido privado de la patria potestad por disposición del Juez, según el artículo 311 (caso de emancipación judicial del hijo), o que haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo. 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 o madre; 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 si tienen representante legal (madre que pueda ejercer la patria potestad); curador para el que está por nacer; 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 artículo 472, también al hijo disipador que esté bajo la curaduría del padre.

Respecto del que está por nacer, hay que aclarar que el padre, y sólo él puede nombrar dos clases de guardadores: conforme al artículo 382, 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 artículo 380.

El nombramiento testamentario de curador para el demente, no requiere declaración previa judicial del estado de demencia, hasta 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.

Parece también evidente que si el padre hubiere perdido el derecho de nombrar guardador, conforme al artículo 385, entonces, la designación hecha por la madre tendría plena validez y prevalecería sobre un eventual nombramiento que hubiere hecho el padre incapacitado para ello.

En el caso del hijo disipador, la madre puede nombrarle guardador testamentario, siempre que se cumpla la misma condición que el artículo 490 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.

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 artículo 381. Pero sería preferible decirlo expresamente para el caso del reconocimiento voluntario del hijo, 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 374, 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 común; en principio, ambos deberían desempeñar la guarda.

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 prohíbe 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 y 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 solamente 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 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. 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, 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 prohíbe 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 resolutive, 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 artículos 405, 406 y 407 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.

199. Guarda Legítima

Se entiende por guardador legítimo, al llamado por la ley para ejercer su cargo, aunque, como los demás guardadores, debe recibir 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 3 del Título XVI 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: 1. 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; 2. 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; 3. Cuando se emancipe el menor; y, 4. Cuando se suspende la patria potestad por decreto del Juez.

El artículo 410 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”.

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 artículo 392 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 18 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 dativo (Art. 340). 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.

Desde luego, la Ley 256 suprimió tal distinción entre la guarda legítima de los pupilos legítimos y de los ilegítimos. Tampoco se hace ya distinción entre la calidad de los parientes llamados a ejercer la guarda; esto último ha originado que el grupo de personas llamadas a la guarda legítima resulte aún más amplia, excesivamente amplia, y como compensación necesaria de este fenómeno se introdujo la mayor facilidad para poder excusarse del ejercicio de las guardas.

Ahora son llamados al ejercicio de la guarda legítima: 1. El padre del menor; 2. La madre; 3. Los demás ascendientes; 4. Los hermanos y los hermanos de los ascendientes del pupilo (Art. 393). Naturalmente, el padre o la madre, ejercerán normalmente la patria potestad, pero les corresponde ejercer la guarda del hijo que fue emancipado y luego se incapacita. Se da preferencia al padre sobre la madre; pero con relación a los demás parientes, no hay preferencia alguna a favor del varón.

El artículo 393 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. 394), 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 artículo 300 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.

200. Curaduría dativa

Si una persona que debe estar sometida a guarda no tiene 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 estos: 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 hijos; c) el curador interino que se confiere por el Juez, cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curaduría; y, d) el curador interino que debe reemplazar temporalmente al 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 artículo 538: 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 18 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 artículo 414 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. 397).

Pero cuando se trata de conferir curador dativo al menor adulto, según el artículo 459, es el mismo menor quien debe pedir el nombramiento, designando la persona en quien deba recaer, y si 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.

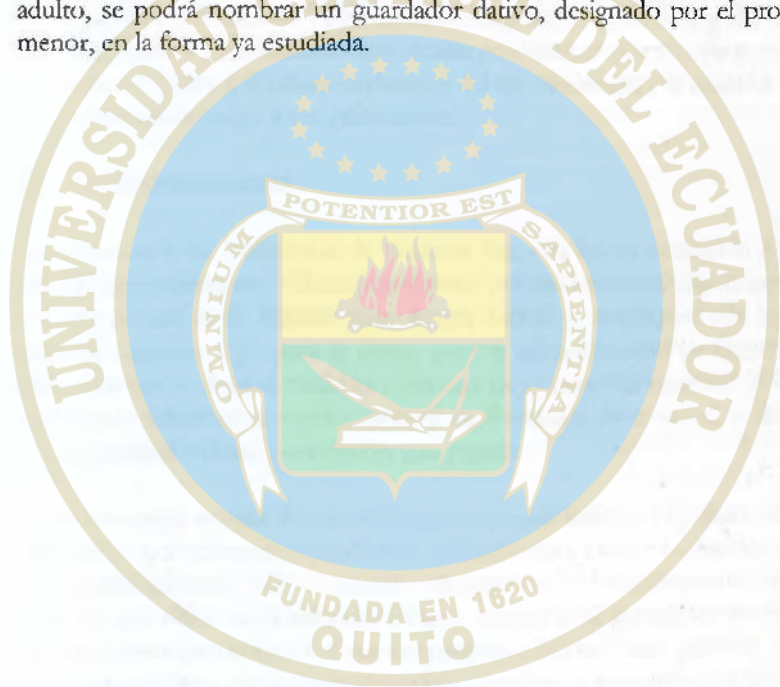
Cabe preguntarse, si en el caso de designar el menor adulto a una persona incapaz para el ejercicio de la guarda, podría el Juez nombrar libremente a otra, o si tendrá que consultar nuevamente al pupilo. La misma designación de un incapaz demostraría la poca madurez del pupilo para que se le haga a él 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 desacuerdo 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 artículo 459 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 guarda general del menor adulto, se podrá nombrar un guardador dativo, designado por el propio menor, en la forma ya estudiada.





CAPÍTULO XIV

DILIGENCIAS PREVIAS AL EJERCICIO DE LAS GUARDAS

El Título XVII 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.

201. 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 quién 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. 416 inciso 2). Pero más bien que decreto judicial es sentencia. Decreto, según el artículo 271 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. 269 del Código de Procedimiento Civil).

Además, también se llama discernimiento al procedimiento judicial o juicio que termina con la sentencia de discernimiento. El artículo 515 da a entender que esto es así, cuando define a los curadores ad litem como “los dados por la judicatura para 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 artículo 398 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 artículo 533, se confiere por decreto del Juez pero no en un 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 reúne realmente las condiciones legales que debe tener; confiere a esa misma persona la posibilidad de excusarse por causa justa, si la tiene; se establece el estado de 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 artículo 2383 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 causas que le incapaciten 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 artículo 738 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 del discernimiento: el propio menor adulto está facultado para pedir al guardador y aún para designar la persona que debe ejercer el cargo, luego él mismo puede dirigirse al Juez (artículo 459 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 artículo 747 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 con mejor derecho para 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; e) Si se trata de menores asilados o reclusos en establecimientos de la Asistencia Social, debe también contarse con el Director de dichos establecimientos; f) El guardador debe dar fianza o constituir hipoteca, y éstas deben ser aceptadas por el Juez, aprobándolas si son suficientes (Art. 744 del Código de

Procedimiento Civil); g) El guardador debe jurar el cumplimiento de los deberes que le impone el cargo (Art. 739 del CPC); h) Se extenderá un acta con el nombramiento, el juramento y la declaración judicial de que el guardador entra en funciones (Art. 740 CPC); i) El acta se debe protocolizar, y servirá de documento habilitante: "poder", dice la ley (Art. 740 del CPC). Los discernimientos en casos 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 artículo 402 declara que son nulos los actos que el tutor o curador haya ejecutado antes del discernimiento; pero una vez obtenido 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, los efectos del acto realizado antes del discernimiento. Ciertamente 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.

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 artículo 442 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 perverse 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 al 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.

202. 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 puede 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 artículo 399. En primer lugar se debe observar que no todo guardadores está, pues obligado a esto, como luego se verá, hay excepciones.

Se observa que el Código emplea un tanto impropriamente 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 artículo 31 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 entregar-

se 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.

“Si la fianza es exigida por la ley o por decisión de Juez, puede sustituirse con una prenda o hipoteca suficiente”, dice el artículo 2240, y el artículo 401 no hace sino aplicar este principio al caso concreto del guardador, permitiéndole constituir hipoteca pero no prenda.

En esta materia, además de eliminar las diferencias entre legítimos e ilegítimos, la innovación de la Ley 256 consistió en permitir a modo de caución para el ejercicio de las guardas, las prendas agrícola, industrial o de comercio. Estas prendas especiales no implican entrega de la cosa prenda-ria al acreedor (en este caso, el pupilo), de modo que no había razón para prohibirlas, y se hizo bien al permitir las.

Se exceptúa de la obligación de rendir fianza por causas que la ley señala precisamente, y que inspiran en un triple criterio: o porque no hay bienes que administrar (o son muy exigüos); 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.400).

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 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 patrimo-

nio 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 el cónyuge, los ascendientes y descendientes quienes tampoco están obligados a prestar fianza. No se exige a los padres que tienen el usufructo, caución de restitución de la cosa fructuaria (Art. 287); 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 y a los ascendientes.

Los padres exonerados de prestar fianza, deben, sin embargo constituir la 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.

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. 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 prohíbe, está permitido, y la ley no prohíbe que el testador al nombrar guardador le exima de la fianza; la ley prohíbe 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, Fuyo considera que el testador no puede exonerar del requisito de prestar fianza, porque los casos de excepción están taxativamente enumerados en el artículo 400, y no se encuentra entre ellos el del guardador testamentario, y en apoyo de su opinión cita una sentencia de la Corte de Concepción, del 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 pertenecen 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 guardador "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.

203. Obligación de hacer inventario

La base para la contabilidad del guardador es el inventario, por el cual constan 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 artículo 402 que permite al guardador realizar actos urgentes aun 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 me-

nor, 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 efectos graves en que incurre 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; y, 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. Fuego, 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

artículo 552 pierde también el derecho a la remuneración, cuando la remoción fue por negligencia, y con mayor razón si fuere por dolo.

La ley prohíbe 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 artículo 440; 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 Ministerio 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 exigüos 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 respetables, 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. 405), como en el Procedimiento Civil (Art. 626).

Los curadores ad litem no están en ningún caso obligados a hacer inventario, porque propiamente no manejan bienes. El artículo 516 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. 624).

Debe comprender el inventario la descripción circunstanciada de todos los bienes raíces y muebles del pupilo (Art. 407), 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 aplican 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 insustituible 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 evaluarse, 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 tengan que ser restituidas 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 incluidas en el inventario eran ajenas y se entregaron legalmente a sus dueños, o que incurrió en un error inculpable, inven-

cible, 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 inculpa- ble 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 incluida 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.

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. 413), siguiendo así una regla distinta de la que rige la interpretación de los contratos (Art. 1582) 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 constatarán simplemente de las cuentas. El artículo 408 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 incluirse el caso de adquisiciones e inversiones de inmuebles aunque sea por su compra. Cosa parecida encontramos dispuesto en el artículo 1280 para el inventario que debe hacerse cuando se pretende gozar del beneficio de inventario.

Al tratar del juicio de partición el Código de Procedimiento Civil, 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 pupilares, es decir con intervención del Secretario del Juzgado, eventualmente del Juez, dos testigos y peritos, participando también, naturalmente, el guardador saliente y el entrante.

CAPÍTULO XV ADMINISTRACIÓN DE LAS GUARDAS

Estudiaremos el contenido del Título XVIII del Libro Primero del Código Civil: “De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes”, dividiendo la materia en siete parágrafos: 1) Obligaciones del guardador durante el desempeño de su cargo; 2) Actos de administración ordinaria; 3) Actos de administración extraordinaria; 4) Actos prohibidos al guardador; 5) Obligaciones del guardador al terminar la guarda; 6) Caso especial del guardador oficioso y del falso guardador; y, 7) Prescripción de las acciones relativas a las guardas.

Parágrafo 1o.

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, y, g) Por haber varios guardadores del mismo pupilo. Se trata de esto en los siguientes puntos.

204. Representación del pupilo

Todo guardador representa al pupilo. Es uno de los representantes legales que enumera el artículo 28 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 aun 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, 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 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 evi-

dente que tal distinción muchas veces resultaría difícilísima 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 sujetándose a solemnidades especiales (actos de administración extraordinaria), y finalmente, se prohíben de modo absoluto ciertos actos (actos prohibidos), todo lo cual se estudiará más adelante en detalle. 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 el 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 artículo 415 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 artículo 738 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, aun 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 los artículos 28 y 415 del Código Civil, y por lo mismo sus facultades no pueden restringirse voluntariamente ni por renuncia por parte de él, ni por voluntad del representante 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 artículo 436 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 al 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. 436); 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 artículo 1595 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.

Aparte de los actos personalísimos, en los que no cabe representación legal (como el testamento, el reconocimiento de un hijo etc.), a veces, leyes especiales limitan también la representación del guardador, con la intención de proteger más al pupilo. El 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, 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.

205. Autorización del guardador al pupilo

Si bien el guardador puede y debe representar a todo pupilo, cabe también que autorice para 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 insustituible. Un guardador prudente, sabrá medir las atribuciones que confiere a su pupilo y progresivamente entrenarse para el libre desempeño de sus propios negocios.

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).

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.

206. 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 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, 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 artículo 427.

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 sinnúmeros dificultades y críticas, y hoy se tiende a una simplificación del sistema, ante el fracaso de los consejos de familia y la ineficacia de los 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.

207. 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 constituirán 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. 404). 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 artículo 2086 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 Num. 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 enojoso 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.

208. Responsabilidad genérica de los guardadores

El guardador responde hasta de la culpa leve; por consiguiente no responde de la culpa levisima, 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. 455).

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 aun 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 sufrió: 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 podrían 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.

209. 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

tiende 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. 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 un 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 consultor 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, Fucyo, 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 seguirán 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.

210. 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 cuando existe un curador general y un curador adjunto, o cuando, aparte 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 al 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. 1543 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 la primera vista parece que el artículo 438 se refiere 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, convenida 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 artículo 456, 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. 379). Con igual libertad puede proceder el testador (Art. 379).

Aun 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 (artículo 514); también tienen esta responsabilidad subsi-

diaria 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”.

La expresión “diversos lugares”, empleada varias veces por el Código a propósito de las guardas, se ha reemplazado por la Ley 256, por “diversos cantones”, precisando así, lo que era indeterminado. La jurisdicción, en muchos casos es cantonal, las funciones de algunos funcionarios tienen también el mismo alcance; y parece un término medio de extensión razonable -entre la provincia y la parroquia-, para fijar el ámbito de responsabilidades y funciones de los guardadores.

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 sistema, 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 2o.

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; y, h) dar y recibir dinero a mutuo.

211. Conservación y cultivo de los bienes

La conservación, reparación y cultivo de los bienes del pupilo se señalan en el artículo 434 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 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.

212. 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 431 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.

Las inversiones pueden ser a plazos fijos o inmediatamente realizables.

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 el pupilo los intereses corrientes de esas cantidades.

213. Ventas ordinarias

El artículo 418 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 curación.

214. 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. 433).

Aunque el guardador tiene la obligación de cuidar especialmente el cobro de las deudas, "inmediatamente que sea exigible el pago" (Art. 433), este, 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.

215. 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 artículo 439 reconoce al tutor o curador el derecho de que se le abonen los gastos que

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. 435). 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.

216. Interrupción de prescripciones

“El tutor o curador tendrá especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo” dice el artículo 434, 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. 2411).



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. 2422), y otras más que corren contra toda clase de personas (Art. 2423); 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.

217. 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. 432) 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 demasiado 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.

218. 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 autoriza-

ción 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 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 tratase 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 artículo 435 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 artículo 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. Finalmente, en el caso de los curadores de bienes, cuyas facultades trata el legislador de restringir al máximo (Cfr. Art. 508), entonces sí se prohíbe de modo expreso "contraer empréstitos" (Art. 509), de tal modo, que se debe suponer que los demás curadores sí pueden lo que no se les prohíbe.

Parágrafo 3o.

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, herencias o legados; e) transacciones y compromisos; f) donación de muebles; g) dar fianza; h) pagarse a sí mismo los gastos hechos; y, i) actos en que tenga interés personal el guardador o personas allegadas a él.

219. 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 enajenación 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.418). 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 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.

Nuestro Código se refiere expresamente a la enajenación o hipoteca y establecimiento de servidumbre sobre inmuebles. En sentido directo, y aun por el contexto, parece referirse solamente a los inmuebles corporales, tal como los define el Código en el artículo 605: 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. 597).

Además de la enajenación de los bienes ya indicados, el Código prohíbe establecer sobre esos inmuebles servidumbres, si no es con autorización judicial. Dificilmente 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 servidumbre 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 prohíbe 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 prohíbe son nulos y de ningún valor (artículo 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 artículo 456 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. 778 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.

“Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio”, dice el artículo 695. Se plantea cuál es el efecto de la falta de autorización judicial para la enajenación de bienes 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.

220. 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. 418). 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.

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 artículo 418, 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.

221. División de bienes que tenga el pupilo en común con otros

Las 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.

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 (Art. 421 del Código Civil), aprobación de la división una vez hecha (Art. 424 del Código Civil), y que la partición se haga judicialmente (Art. 657 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 coparticipes. 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), 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 artículo 657 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. 999 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 practicado 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 así el trámite y adquiere eficacia la partición.

222. Aceptación o repudio de donaciones herencias y legados

Los incapaces no pueden en ningún caso ni aceptar ni repudiar las herencias (artículo 1248); no pueden aceptar por sí mismos si siquiera con beneficio de inventario, porque aún así puede resultarles gravosas (por ejemplo, por razón de las costas). Para repudiar herencias de más de veinte mil sucres o que comprendan inmuebles, necesitan además, autorización judicial con conocimiento de causa (artículo 1259).

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.

La aceptación o repudio de donaciones, herencias o legados está sujeta a los mismos requisitos, cuando el representante del incapaz sea el padre o la

madre o un guardador (Art. 298), 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 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. 423). 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 aceptación de la herencia con beneficio de inventario parece que asegura al pupilo de todo riesgo, pero no es así; aun 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.

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.

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.

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 artículo 422 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 artículo 423 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. 1260); 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 reivindicar 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.

En cuanto a la omisión del beneficio de inventario en el caso de aceptación de una herencia, el efecto jurídico de esta trasgresión de la ley, está señalado por el artículo 1273: "las personas naturales o jurídicas representadas, no estarán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta donde alcance lo que existiera 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.

223. Transacciones y compromisos

El artículo 425 señala como actos de administración extraordinaria las transacciones y compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de veinte mil sures, 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. 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.

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 artículo 419. 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.

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 artículo 2349 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.

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 artículo 152 del Código de Procedimiento Civil prohíbe a los menores y demás incapaces prestar juramento decisorio, pero no les prohíbe 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.

224. 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 artículo 428 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 artículo 1669 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 mane-

ra que parecen excluir la posibilidad de remitir una deuda del pupilo, hemos de entender que prevalece la regla del artículo 428, y entonces el artículo 1669 prohíbe únicamente que el mismo incapaz haga la remisión, pero no, que su representante, el guardador, remita una deuda, con la debida autorización judicial.

En el artículo 427 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.

225. 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, las 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, del pupilo, y además, que haya causa urgente y grave.

Somarriva, Fucyo, 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 garantizar 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).

226. 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. 527). 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.

227. 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, hermanos y consanguíneos o afines, 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 (artículo 999 del Código de Procedimiento Civil). Tratándose del pupilo, se prohíbe 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 a esta disposición ocasionaría como las anteriores examinadas, nulidad relativa.

Parágrafo 4o.

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; y, c) comprar o arrendar para sí los bienes del pupilo.

228. Donación de bienes raíces

Hemos visto que el guardador puede excepcionalmente donar muebles o dinero del pupilo, pero la ley le prohíbe absolutamente la donación de inmuebles.

Para la donación de cosas que valgan más de veinte mil sucres se requiere insinuación judicial (Art. 1413), 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 inmobiliarios 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.

229. Arriendos por largo tiempo

Se prohíbe 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 dieciocho 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.

230. Compra o arriendo de bienes raíces del pupilo

Ni el guardador, ni su cónyuge, ascendientes o descendientes 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 prohíbe como al mismo guardador, comprar o arrendar bienes raíces del pupilo, es algo más restringido que el conjunto de individuos a quienes se les prohíbe 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 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, aunque fueren muy valiosos.

El artículo 1738 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 artículo 437 que prohíbe 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 5o.

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; y, c) pagar el saldo negativo que eventualmente hubiere; d) pagar intereses por el tiempo de retardo.

231. 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 artículo 440.

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 artículo 443 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 artículo 449 se refiere a la "mora en exhibir" la cuenta; seguramente queda constituido 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. 443).

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.

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 artículo 1408 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.

¿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. 448).

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”.

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 probar. 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. 162 del Código de Procedimiento Civil).

232. Entrega de los bienes

“Expirado, su cargo procederá el guardador a la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible”; comienza así el artículo 442. Esta entrega debe hacerse al mismo pupilo si ya es capaz, o al nuevo guardador 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 retenía, 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.

233. 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 guar-

dador 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.

Parágrafo 6o.

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.

234. Guardador oficioso

La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos es un cuasi contrato, 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. 2186). 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 levisima (Art. 2188)

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 levisima. 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. 472), 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 levisima.

235. 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 discierne 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. 451). 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 artículo 451, 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 artículo 451 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 artículo 539 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 artículo 550 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.

236. 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 conferírsele la guarda, o las que sobrevinieron 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 7o.

Prescripción de las acciones contra el guardador

237. 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 pupillaje; sin que se comprenda en esta disposición la acción que tiene para cobrar el saldo que resultara. Si el pupilo falleciera antes de cumplir el cuatrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo”, dice el artículo 450.

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.

No 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.

238. Suspensión de la Prescripción

La prescripción cuatrienal de las acciones contra el guardador comienza a correr desde “el día en que el pupilo haya salido del pupillaje”. 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 pupillaje 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 reconocido por su padre o madre.

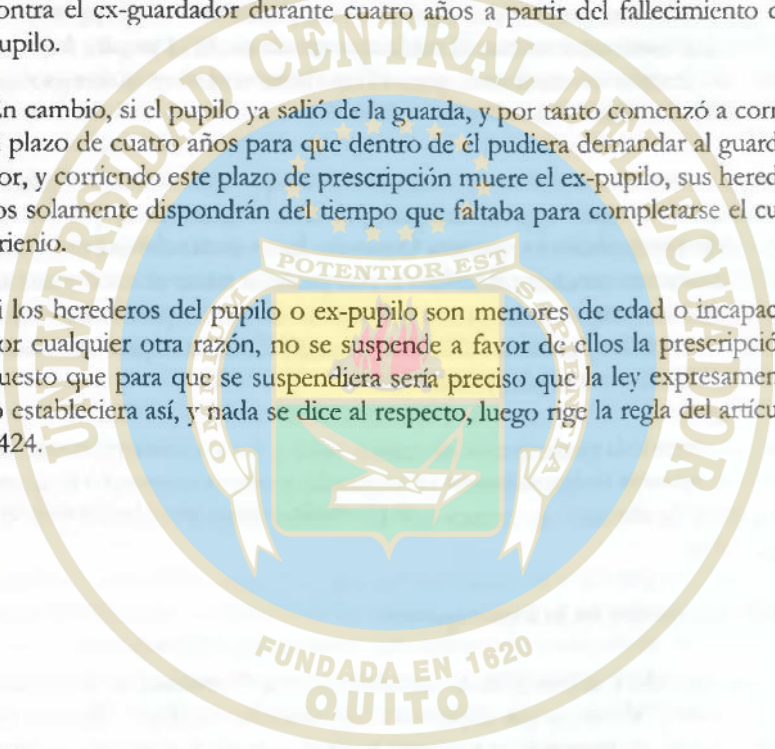
Por regla general la prescripción de las acciones corre desde que la obligación se hace exigible (Art. 2414), y puede el pupilo pedir al guardador la indemnización de un perjuicio durante la guarda, de modo que tenemos

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.

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.

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 artículo 2424.



CAPÍTULO XVI

REGLAS SOBRE LAS GUARDAS DE MENORES

239. Generalidades sobre la tutela y la curaduría de menores

El artículo 370 declaraba que “están sujetos a tutela los impúberes”, y el 364 enumeraba en primer término entre los sujetos a curaduría general, de los menores adultos.

Mediante la Ley 256, se unificó la tutela y la curaduría de los menores de edad, menores de 18 años por tanto, bajo el único nombre de tutela. Las dos instituciones eran antes casi idénticas y su fusión ha traído consigo la supresión de algunos artículos del Código que resultarían repetidos.

Subsiste alguna pequeña diferencia en cuanto al modo de ejercer la tutela respecto de los impúberes que por ser absolutamente incapaces sólo pueden ser representados, y la tutela de los menores adultos, que permite al tutor autorizarles a los pupilos ciertos actos.

Los menores emancipados se equiparan al mayor de edad y no requieren ya de tutor: pero si son puestos en interdicción tendrán un curador, que corresponda al género específico de guarda que necesitan.

Desde luego, ninguna distinción se hace en cuanto a la calidad de las personas, sea de los pupilos, sea de sus padres, ascendientes o parientes que ejerzan la tutela. Se suprimió la “guarda legítima de los hijos ilegítimos”; ahora, en principio todo menor (legítimo o ilegítimo), si tiene padres hábiles, está sujeto a patria potestad y no a guarda.

Se derogó el artículo 454 que prohibía que el menor residiera en la habitación de quien habría de sucederle si muriera, porque se consideró excesivo el temor del legislador de que pudiera cometerse un crimen.

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 tal vez 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 tutela del menor es general, y comprende el cuidado más amplio de la persona y bienes del menor. Pero aparte de la tutela 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 “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.

240. Nombramiento del tutor o curador general

La tutela de los menores puede ser testamentaria, legítima o dativa. 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.

Pero, en cambio, cuando se trata del menor adulto, el artículo 459 establece que “el menor adulto que careciere de tutor debe pedirlo al Juez, desig-

nando 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 designarla persona que ha de desempeñar la tutela.

Si el pupilo no ejerce la primera facultad 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.

Se entiende que el pupilo "carece de tutor", 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.

Además, en el caso de las curadurías especiales no es lógico que el menor de edad 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 pariente 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 intesta-

to al incapaz (Art. 1012). Esta diferencia responde a que el menor adulto es sólo relativamente incapaz, y además, puede él mismo solicitar que se le dé guardador, de modo que la intervención de los parientes no resulta tan indispensable.

241. Domicilio y habitación del pupilo

En general, según el artículo 58 “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 el cuidado personal del pupilo, se da por entendido que normalmente debe vivir con el guardador. Nadie 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. 455), 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 obligaciones; si faltara a éstas, podría intervenir el Juez y establecer normas más rígidas.

242. 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 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 pueden darse a entender por escrito.

243. 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 persona 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, existen 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. 456); en segundo término se podrán enajenar los bienes de capital mobiliarios; 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. 456) 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. 349).

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 artículo 558, y el artículo 458 señala una evidente falta grave que da lugar a la remoción: "la continuada negligencia en proveer a la congrua sustentación y educación del pupilo".

Cuando son otras personas distintas del tutor 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.

244. 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 destacados 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, a los demás ascendientes, y luego a los otros consanguíneos cercanos (Arts. 269 y 276 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 artículo 453 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 el título X, sin perjuicio de ocurrir al Juez cuando lo crea conveniente".

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 artículo 455, 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 aun a sustituir, en casos extremos, a quienes abandonan su deber.

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. 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. 278).

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.

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 observara mala conducta.

También los guardadores pueden corregir a los pupilos y no cometen delito si los injurian, a menos que sus expresiones puedan ser calificadas de calumniosas.

245. Trabajo del menor

Se 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 18 años pero que han cumplido 14 años, puedan 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 publicas, concretamente: el Inspector o Subinspector del Trabajo. Antes de los 13 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. 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 prohíbe 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).

246. Representación del pupilo

Todo guardador es representante legal del pupilo, y por tanto, lo es el tutor. 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 tutor 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.

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 artículo 456 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 artículo 418 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, 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. 284); lo mismo, si se trata de pupilos que ejercen una profesión o industria (Art. 288) y para estos actos o contratos no necesitan autorización del representante legal: padre, madre o guardador (Art. 296) o que éstos les representen, pero no pueden tomar dinero a interés, ni comprar al fiado excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre, madre o guardador; y si lo tomaren, no quedarán obligados sino hasta el monto del beneficio que les haya reportado (Art. 295).

Consecuencia de la representación del pupilo por parte de su guardador, es la responsabilidad de éste por los actos del pupilo que vive bajo su con-

trol; el guardador responde también de los daños y perjuicios que el pupilo causare a otras personas, cuando éstos pudicron evitarse usando la normal diligencia.

247. Autorización

Ya hemos indicado que el menor adulto (no el impúber), puede ser autorizado por el tutor para actuar válidamente.

Si hay varios tutores obligados a administrar, deben todos ellos autorizar al pupilo, para que éste pueda obrar lícitamente (Art. 437).

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. La autorización del guardador, en tal caso, se debe inscribir en el Registro Mercantil (Art. 30 No. 2, del Código de Comercio).

248. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público está llamado a opinar respecto del nombramiento del guardador (Art. 459); 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. 462). 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 acarreen 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.



CAPÍTULO XVII

GUARDAS DE LOS INTERDICTOS

249. 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 disponen 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 tutela 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 tutor 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 artículo 1490 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 carecieron 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.

250. Interdicción del disipador

Define Escriche la disipación como “la conducta de una persona que desperdicia o malgasta la hacienda o caudal”.

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 disipador 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. 466.).

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.

251. 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 la embriaguez alcohólica, llevan una conducta general que se puede asimilar a la del disipador, que 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 del 9 de septiembre 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 artículo 576 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. 495).

Los toxicómanos 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.

252. 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 quie-

nes 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 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 (monomaniacos, 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 solo hecho no crea una relación jurídica entre el nombrado y el supuesto demente: se requiere el correspondiente discernimiento, y para esto, 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 si 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.

253. 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 491 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 artículo 481 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 artículo 1463, y debe darse curador al sordomudo, según el artículo 490; pero el artículo 493 aclara que “cesará la curadu-

ría 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 XXII 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 artículo 1463.

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. 1463) que no puede defenderse y litigar por sí mismo; pero en los otros casos, se requeriría previamente la interdicción.

El artículo 760 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.

254. Interdicción por condenas penales

El Código Penal enumera entre las penas peculiares del delito en cuarto lugar. "Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles".

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, aceptar o repudiar el reconocimiento de su padre o madre, 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. 1463), y el 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 disposición 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 divor-

cio, 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. Nos encontramos por consiguiente con enormes vacíos y graves problemas.

Nada dice la ley; pero como se trata de una institución protectora, se debe aplicar la analogía.

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 artículo 393, 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. 459), 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 deban extenderse las facultades de este guardador, a la administración de los bienes de la sociedad conyugal (si el penado es un marido); o 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 artículo 311 del Código Civil, se emancipa el menor cuando el padre o la madre son condenados a reclu-

sión de cuatro o más años, pero según el artículo 305, 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 (tutela 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.

255. Interdicción por concurso de acreedores, quiebra y situaciones similares

Tiene lugar el concurso de acreedores, 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.

Art. 417 CC6EF

Según el artículo 512 del Código de Procedimiento Civil, "el fallido queda de hecho en interdicción de administrar bienes; en cuanto a los que adquiriera 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 en 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.

Según el artículo 60, 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 presenta analogía con la interdicción del fallido. Aunque no incurre en interdicción, el comerciante en suspensión de pagos queda con una limita-

ción 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).

Una vez que hemos estudiado los diversos tipos de interdicción, pasemos a analizar las características de las guardas de los interdictos.

256. Quienes pueden y deben pedir la interdicción

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. 464), 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 hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos y por el Ministerio Público. Si el supuesto disipador fuere extranjero, podrá también provocar el juicio, el competente empleado diplomático o consular (Art. 465).

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 disensiones 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. 465), del demente (Art. 481), del ebrio (Art. 477), el toxicómano (Art. 477), y pueden también pedir el nombramiento de curador de la herencia yacente que corresponda a herederos que sean sus conacionales. 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.

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 prin-

cipio, 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 tutor 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 interdicción: el tutor 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. 1012). 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 cuarto grado que pudiéndolo, no han socorrido a la persona de cuya sucesión se trata, cuando estuvo demente o desvalida (Art. 1010), pero este deber de socorro no implica necesariamente provocar la interdicción, de

otro modo no tendría sentido el artículo 1012. 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. 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.

257. 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 decreto 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, absolutorio, 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 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 cu-

rador 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 interdicción del disipador, son requisitos indispensables: a) correr traslado con la demanda; b) oír al agente fiscal, si éste no ha promovido el juicio; c) oír a los parientes más inmediatos, mayores de edad y de mejor juicio, del supuesto pródigo (Art. 742 Código de Procedimiento Civil). 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 ("cercaños"). Estas reglas se aplican también al ebrio (Art. 761 del Código de Procedimiento Civil) y al toxicómano (Art. 762 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. 748 del Código de Procedimiento Civil).

Pronunciada la sentencia y ejecutoriada, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad (Art. 468 del Código Civil). Uno de los libros que debe llevar el Registrador de la Propiedad es precisamente el Registro de Interdicciones. 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.

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. 468 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 artículo 482: "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. 752 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.

258. 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 ejerzan la curaduría del hijo, pueden nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda (Art. 472).

La guarda del demente y del sordomudo que no puede darse a entender 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 pueden nombrar curador testamentario para el hijo disipador sólo en el caso de que estén ejerciendo la guarda del hijo disipador (Art. 472). 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. 383). 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 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 artículo 393.

El principio de la igualdad jurídica de los cónyuges y la capacidad reconocida a la mujer casada, llevaron a profundas modificaciones en esta materia, mediante la Ley 256. Así, el orden de los llamados a ejercer estas guardas es: 1) el cónyuge (marido o mujer), si no hubiere separación conyugal judicialmente autorizada; 2) Los padres y ascendientes; pero si estuvieron casados, éstos no pueden ejercer la guarda sino con el consentimiento del otro cónyuge; y, 3). Los colaterales hasta el cuarto grado. El Juez tendrá

libertad para escoger entre los designados en los números 2 y 3, la persona o personas que más a propósito le pareciere.

Es muy lógico que en primer término se llame al cónyuge, sea hombre o mujer, para el ejercicio de estas guardas; y también es muy razonable que no pueda ejercer la guarda el cónyuge separado judicialmente, ya que en tal caso se ha roto la unidad espiritual y jurídica del hogar, y la sentencia de separación hace terminar las obligaciones entre los cónyuges, excepto la de la fidelidad recíproca.

En el caso del demente, se prefiere a los descendientes, luego a los ascendientes y finalmente a los colaterales; pero siempre en primer término el llamado es el cónyuge.

El cónyuge puede aceptar o excusarse de la curaduría del disipador y de la del ebrio o toxicómano. Si no la acepta, puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal. La solución dada es mucho más equilibrada y justa que la prevista -por un error evidente del legislador-, en el Código desde 1958: se podía pedir la separación conyugal judicialmente autorizada: no había proporción entre la causa y el efecto; además, era un derecho conferido exclusivamente a la mujer, sin razón que justificara esa especie de privilegio absurdo. Esto ya no subsiste, y lo que puede hacer el cónyuge renunciante, es pedir la liquidación de la sociedad conyugal, medida mucho menos extrema que la separación conyugal, y que guarda relación con la naturaleza del conflicto: cuestión de bienes.

259. Facultades especiales de los curadores de interdictos

El curador del marido interdicto por disipación, ebriedad o toxicomanía, interviene en la administración de la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista, y la tutela o curaduría de los hijos menores del disipador (Art. 470).

La mujer si es mayor de edad puede optar por dos soluciones: o bien consentir que el curador del marido administre los bienes de la sociedad conyugal o bien, tomar ella misma la administración de 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, ahora puede pedir la terminación de la sociedad conyugal.

El curador del marido administra también la tutela 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 del disipador, porque si estaban bajo su patria potestad, ésta se suspende por la interdicción (Art. 303), y entonces, pasa a la patria potestad de su madre (Art. 305). 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 artículo 378: "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 para los hijos del interdicto, administrando interinamente la guarda el mismo curador de la madre, y pudiendo disernírsele a él mismo dichas tutelas. Si, en cambio, la madre "ejercía la tutela de los hijos", el curador de la madre es llamado a administrar dicha tutela. Y pienso que también en este caso, la ley debería ser explícita en el sentido de que debe procederse a especial nombramiento de tutor para los hijos.

El cuidado o administración de la tutela 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.

Lo lógico sería que la ley establezca de modo preciso que, dentro de cierto plazo, por ejemplo de seis meses, el Juez deba nombrar 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. 305) 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 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 terminación de la sociedad conyugal. Esto, desde la reforma de 1970. 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; fi-

nalmente, la ley le autoriza para pedir la liquidación de la sociedad conyugal.

El artículo 471 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.

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 si 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. El marido puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal, según la Ley 256.

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.

260. Cuidado personal del pupilo

El interdicto por disipación, ebriedad o toxicomanía conserva su libertad personal, pero los dos últimos están especialmente sometidos a las medidas de la Policía Sanitaria, y en los casos extremos pueden ser reclusos en sanatorios o establecimientos especiales; además, el guardador debe reducirlos a una casa de temperancia, siempre que fuere necesario y posible (Arts. 474 Código Civil y 761 del Código de Procedimiento Civil).

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. 474).

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 (Arts. 479 y 491). 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 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. 485).

Pero, por las razones de seguridad, antes apuntadas, dispone el Código que "el cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendara a persona alguna que sea llamada a heredarle, a no ser su padre o madre, o su cónyuge" (Art. 485); lo cual se aplica también al sordomudo (Art. 491). 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.

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.

261. 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 artículo 474, 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 artículo 431.

El dinero y más bienes de los ebrios consuetudinarios y toxicómanos, debe administrarse como en el caso del disipador, porque a éste tipo de guarda se remite expresamente el artículo 477. 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. 483), curar al sordomudo o enseñarle a leer y escribir (Art. 510), y aún, para averiguar el paradero del ausente, en el caso de la curaduría de bienes del ausente (Art. 501), 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.

262. 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 señalaca por el Juez (Art. 474). 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 505 %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 prohíbe 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 interdictos actuara en

estado de intoxicación, que le prive del uso de la razón, el acto sería absolutamente 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 presume 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 inválidos.

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 o aceptar o repudiar su propio reconocimiento como hijo 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 tal 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.

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 (artículo 1463). 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 entender 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 suje-

tos 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 de 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 demente 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 prohíbe expresamente, así, no puede dar el asentimiento para el matrimonio de un hijo menor de edad (Art. 82), tampoco puede divorciarse (Art. 126), o ejercer una guarda (Art. 518). 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 artículo 530 declara nulos los actos de tutor o curador 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 (ver el Código de Procedimiento Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal de la Policía 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.

263. Responsabilidad del guardador

Aparte de las responsabilidades generales de todo guardador, que se estudiarán 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.

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. 474).

El disipador puede solicitar la intervención del Ministerio Público, cuando los actos del guardador le fueren vejatorios o perjudiciales "y el curador se conformará entonces a lo acordado por el Ministerio Público" (Art. 473). 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.

264. 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 constituida 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 readquirieren 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.

En segundo término, 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.

En términos generales, el trámite para la rehabilitación es semejante al de la interdicción. 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 ejecutoria la correspondiente sentencia, no antes, ni tampoco después, ya que las publicaciones se refieren a terceros.

265. 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).

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”.



CAPÍTULO XVIII CURADURÍAS DE BIENES

266. 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 artículo 367.

El Código no define tampoco directamente las curadurías de bienes, pero sí declara en el artículo 372 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.

Aparte 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 artículo 762 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 adquiere la propiedad absoluta. También se menciona en el artículo 1255 una curaduría de bienes que por su peculiaridad se aparta un tanto de los clásicos módulos de que trata el Título XXIII del Libro Primero, y a la cual nos referiremos más adelante.

267. 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 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 constituido procurador, o sólo le haya constituido 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. Pero esta razón también con-

cluimos 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.

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.

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 artículo 812 del Código de Procedimiento Civil indica que se contará con el fiscal en los juicios de consignación, si el acreedor estuviera 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 Art.145), 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.

Aun las personas jurídicas pueden considerarse ausentes. El artículo 8 de la Ley de Compañías establece que las personas jurídicas que contrajeron obligaciones en el Ecuador y que deban cumplirse en la República, si no tienen representante pueden ser consideradas como el deudor que se oculta.

ta y representadas por un curador dativo, conforme al artículo 494 del Código Civil.

b) Quienes pueden pedir el nombramiento de curador de bienes para un ausente.

La reforma de 1970, asimiló más las curadurías de bienes a la curaduría del disipador, con la cual guarda mayor analogía que con la del demente. Así los llamados a pedir el nombramiento de curador de bienes, son las mismas personas que pueden pedir la curaduría de disipador (Art. 495).

Se estableció igualmente la absoluta equiparación del varón y la mujer, y de ambos cónyuges, respecto de estas guardas. El cónyuge con separación judicialmente autorizada, no puede ejercer esta guarda respecto de los bienes del otro cónyuge (Art. 499).

La mujer que no quiera asumir la curaduría de bienes del marido, ya no puede pedir la separación conyugal, sino solamente la disolución de la sociedad conyugal.

Además de las personas que pueden pedir la interdicción del disipador, 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. 494). 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 artículo 469, 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 normas facul-



tades 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.

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. 502), 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. 506). 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. 496). 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.

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 cantones (Art. 496). 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 artículo 317, 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.

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 oír al Ministerio Público antes de proceder a designar o llamar a la persona que deba desempeñar el cargo (Art. 497).

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, así 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.

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. 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 constituido 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 los hijos que estén bajo la potestad del desaparecido. Si se suspende o termina tal potestad debe reemplazar en su ejercicio la madre o bien se debe nombrar curador 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. 186). 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 gravarles 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.

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. 145).

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 disolución de la sociedad 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 de la sociedad conyugal sin necesidad de contar con el consentimiento expreso de ella, el mismo que se presume (Art. 187). (Este artículo fue derogado en 1989).

g) Casos especiales de curaduría de bienes del ausente.

El artículo 1255 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 artículo 1255: "Si el asignatario ausente no compareciera por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por el 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 artículo 495, 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 el ausente, o cuando se concede la posesión provisional o definitiva de sus bienes a los herederos presuntivos, o si se extinguen dichos bienes.

268. 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; y, g) Causas especiales de terminación de esta curaduría.

a) Cuando se da curador a la herencia yacente.

El artículo 502 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 artículo 1263 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 solo 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 declararse yacente la herencia.

Si ha aceptado un legatario su correspondiente asignación o legado, pero ningún heredero ha aceptado, ni tampoco el albacea, si hay lugar a la declaración de herencia yacente.

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 funcionamiento 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 Errázuriz sostiene que la herencia yacente es persona jurídica, aduce que el Código (artículo 2409 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 artículo 2400 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 2248) 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 sobreviniente 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 XXIX 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 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. 1255 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. 503). 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 si 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 pie. Por consiguiente, sólo puede ser dativa la curaduría de la herencia yacente, y así lo establece el artículo 502. 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. 379).

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. 669 del Código de Procedimiento Civil). Recibidos los bienes, la función principal del curador es la de conservarlos, y la de pagar las deudas hereditarias.

Contrasta con la disposición del artículo 478 que restringe las facultades del guardador para enajenar bienes, la regla del artículo 505 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 inmovilizar 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 artículo 419 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”.

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.

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 artículo 1263.

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 artículo 762 también presenta una especial figura similar al curador de la herencia yacente, aunque no idéntica. Dice esta disposición legal que: "si se dispusiera 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 artículo 512 dice que la curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, o en el caso del artículo 505, 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 solución 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. 619 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 artículo 512 señala como causa general determinación 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.

269. 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 artículo 506, 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 con vida. Si no nace vivo, 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 62, y solamente se atribuirán los derechos si realmente corresponden al recién nacido por su calidad legal de hijo. Si un niño nace en un tiempo tal que no permite presumir 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 concebido en matrimonio 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 artículo 506 al nacimiento en “el tiempo debido”, es decir el tiempo necesario para que se presuma que es hijo de matrimonio; además, el artículo 507 plantea el caso del nombramiento de curador adjunto, el cual normalmente se da a la madre que ejercerá la patria potestad; finalmente, no estableciendo tal distinción el legislador, tampoco el intérprete debe hacerla.

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 deba 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 artículo 507, 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, 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. 444), 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 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, 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.

270. Facultades comunes de los curadores de bienes

El artículo 508 señala que estas facultades se reducen fundamentalmente a tres cosas: a) la custodia y conservación de los bienes; b) el cobro de los créditos; y, e) 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, aparte 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 prohíbe (Art. 509) 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 artículo 509 restringe la facultad de enajenar los bienes, no solamente los raíces y preciosos (como a los otros guardadores), sino también prohíbe 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 artículo 510 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 obligaciones 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. 1299). Los asignatarios pueden “implorar las providencias conservativas que les conciernan” (Art. 1299), y el curador de bienes tiene obligación de tomarlas, en cuanto de él dependa, o pedir las 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.

271. 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 quien 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 artículos 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.



CAPÍTULO XIX

CURADURÍAS ADJUNTAS Y ESPECIALES

272. Principios generales sobre estas guardas

A mi modo de ver, los curadores adjuntos pueden ser especiales o también generales. El artículo 513 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 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 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 o madre que ejercen su potestad paterna 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 esté bajo la potestad 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 373: “Se llaman curadores adjuntos los que se dan, en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre o madre 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 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. 374). Se entiende; negocio jurídico, asunto legal. Bien puede no ser de índole patrimonial, como el caso previsto expresamente en el artículo 86; el curador especial para autorizar el matrimonio de un menor. 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.

273. En qué casos se nombra curador adjunto

Según dispone el artículo 378, “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 reúnan 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 289 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 madre, o por haber sido éstos desheredados. 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 294 agrega otra causa para que se nombre curador adjunto para el hijo de familia: cuando se quita al padre o madre 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 305, y si la madre fuere incapaz o no existiera, se nombraría un curador general y no adjunto.

Aplicando el principio de la igualdad de los cónyuges y reconociendo plena capacidad jurídica a la mujer casada, la Ley 256, reemplazó en el Título de los Curadores Adjuntos, las referencias al “marido”, por otras tantas referencias a los “cónyuges”, ya que ambos han de administrar la sociedad conyugal y ejercer la patria potestad sobre los hijos. Por las mismas, se derogó el artículo 534 que privaba a la madre que contraía nuevo matrimonio de la administración de los bienes de sus hijos, originando una guarda, que podía ser adjunta, y que ahora ya no tiene razón de ser.

Tanto el padre como la madre, puede dar curador adjunto por testamento, desde la reforma tantas veces mencionada. No obsta para esto el hecho que la mujer haya pasado a nuevas nupcias, pues la prohibición que en tal sentido contenía el Código, fue también derogada.

En los casos en que se suspende la patria potestad del padre, conforme al 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 han sido privados de la patria potestad 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 artículo 386, 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 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.

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 cantones 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, puede 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.

274. 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 aun 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 artículo 382 expresamente enumera el derecho del padre o madre de nombrar curador adjunto, de modo que no cabe duda al respecto.

Conforme al artículo 385 el padre puede nombrar curador para los derechos eventuales del que está por nacer; y cabría un adjunto a él.

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 fallecido el padre, pues, según el artículo 525 se presume nombrado para la curaduría de bienes del que está por nacer.

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 mas próximos al pupilo, a la persona más apta, pero sin que tenga que sujetarse a un orden riguroso.

275. 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 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 consideren 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.

276. Quienes son curadores especiales

Curador especial es el que se nombra para un negocio particular (Art. 374), 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. 86); b) para que el menor pida al Juez la calificación del disenso paterno para su matrimonio (Art. 88 Código Civil y 732 Código de Procedimiento Civil); c) para el divorcio consensual o para el juicio de divorcio, del cónyuge menor de 18 años (Arts. 109 y 111), 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 o madre que tiene la patria potestad o curaduría de los menores se quiere volver a casar (Art. 131); e) para que el menor de edad pida la separación conyugal judicialmente autorizada (ya no vigente); f) para notificar al menor la voluntad de reconocerle y que acepte o repudie aquel beneficio; g) cuando el padre o madre no quiere o no puede representar el hijo en juicio con un tercero (Art. 301) 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, si no hay padre que pueda representar al menor (Art. 256); la madre 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 puede representar a los hijos, aunque no haya habido notificación y aceptación del reconocimiento, por cuanto dispone el Código de Menores; i) en general cuando el hijo debe litigar con el padre o madre, si el otro progenitor no puede representarle (artículo 34 del Código de Procedimiento Civil); según el artículo 1030 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 (ver Código de Procedimiento Penal de la Policía y Militar).

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.

277. Procedimiento para nombrar estos curadores

Las curadurías especiales son dativas, como declara el artículo 515. 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 juntas tienen carácter especial, y entonces pueden ser también testamentarias.

Pero el Título XXV 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", (Arts.741 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 (Art. 743 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 artículo 742 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 (Arts. 459 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 artículo 516, pero tampoco debe rendir fianza, puesto que esta guarda no se discierne (Art. 398), y la exigencia de fianza o caución es requisito previo del discernimiento (artículo 399); además el artículo 399 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 (revisar el Código de Procedimiento Penal actual y el de la Policía) entonces el mismo Juez nombra y posiona en la misma diligencia, sin cumplir necesariamente el requisito de que el menor adulto presente el candidato, ni el de oír a los parientes del menor y al fiscal: solamente, debe el Juez exigir a ese curador especialísimo que se poseione jurando desempeñar fiel y legalmente su cargo (revisar 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 al ausente), es propiamente un curador ad litem sin otras facultades que la de representar en el juicio al ausente que carece de otro representante 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. 516), 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.

278. Facultades y responsabilidades 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 (artículo 293) 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 artículo 514.

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 artículos 109 y 111 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.

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.

No es preciso decir, que terminan estas guardas cuando el asunto para el cual fue nombrado el curador, queda concluido.



CAPÍTULO XX INCAPACIDADES Y EXCUSAS

279. 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 artículo 367; 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.

Nuestro Código resulta muy claro, por cuanto divide con precisión en el Título XXVI: “De las incapacidades y excusas para la tutela y 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 lo., 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 provenientes de la edad; IV, de las relaciones de familia; V, las originadas por oposición de intereses o diferencia de religión entre el guardador y el pupilo; VI, las incapacidades sobrevenientes; y, VII, reglas generales sobre las incapacidades.

280. 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 enumeran en el artículo 536 estas causas de incapacidad: artículo 338: Son incapaces de toda tutela o curaduría:

1. Los ciegos;
2. Los mudos;
3. Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;
4. Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;
5. Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;
6. Los que carecen de domicilio en la República;
7. Los que no saben leer ni escribir,

8. Los de mala conducta notoria;
9. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el artículo 311, número 4o., aunque se les haya indultado de ella;
10. El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el artículo 110, menos en el caso de los numerales 8, 11 y 12;
11. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 311; y,
12. 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 precisión el artículo 338. Pero nuestro artículo 1463 declara absolutamente incapaces a los dementes, y el artículo 518, 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 5 parece superfluo, porque el dissipador 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 disposiciones 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 artículo 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.

Dos incapacidades inaceptables contenía el código: la de toda mujer, por razón de su sexo, y la de la mujer casada, por razón del matrimonio; ambas incapacidades fueron eliminadas por la Ley 256; además, se estableció la igualdad de los cónyuges en esta materia, de modo que, en aquellos casos en que por excepción podía ser guardadora la mujer, se pedía el consentimiento del marido, pero ahora uno y otro cónyuge necesitan del consentimiento del otro para asumir ciertas guardas que podían comprometer la unidad del hogar.

Los fallidos, una vez rehabilitados, pueden ejercer la guarda. Así se reformó el numeral 4o. del actual artículo 338 (antes 536).

El numeral 10 también se modificó, sobre la base del principio de igualdad: es incapaz el cónyuge (marido o mujer) que haya dado causa para el

divorcio, según el artículo 109, menos en el caso de los numerales 8, 11 y 12 o sea cuando la causa no es propiamente culpable. La 12a. causal fue derogada por la Ley 43.

Naturalmente, en esta materia, como en otras, se ha eliminado toda referencia a la calidad de los hijos, y en general de los parentescos. Esto origina una cierta extensión del grupo de personas llamadas al ejercicio de las guardas, y consiguientemente era necesario ampliar también la posibilidad de excusarse del ejercicio de las guardas, para evitar que se exigiera este desempeño a personas con una vinculación muy remota, o tenue, que llevaría a interesarse poco por la guarda.

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.

281. Incapacidades por razón de la profesión, empleo o cargo público

El artículo 519 enumera dos categorías de personas que por su dedicación al servicio de los demás no podrían cuidar de un pupilo en concreto: "Son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría:

1. 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; y,
2. 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 segundo 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.

282. 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 dieciocho 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 (18 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 artículos 520 y 521.

“Art. 520: No pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido dieciocho años.

Sin embargo, si es llamado a una tutela o curaduría el ascendiente, qué no ha cumplido 18 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 18 años.

Pero será inválido el nombramiento del tutor o curador menor, cuando, llegando a los dieciocho sólo tendría que ejercer la tutela o curaduría por menos de dos años”.

“Art. 521.- Cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el artículo 342, 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 artículo 520 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. 342). Evidentemente se puede errar, y nombrar así a quien todavía no cumple 18 años, pero el nombramiento es válido (Art. 521). 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 artículo 451. Solamente la buena fe, la ignorancia invencible sobre la edad del guardador, justifica su continuación en el cargo y da validez a los actos (Art. 521), y si no la tiene, el guardador es responsable de los perjuicios que ocasione, pierde todo derecho a remuneración y debe ser removido (Art. 531).

283. 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. 522: El padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado”.

“Art. 523: El cónyuge no puede ser tutor o curador de sus hijos sin el consentimiento del otro cónyuge”.

“Art. 524: El hijo no puede ser curador del padre disipador”.

“Art. 525: El cónyuge separado judicialmente no puede ser curador del otro”.

Si el padrastro no puede ser guardador de los entenados y tampoco podría serlo la madrastra por estar en la misma relación de parentesco que el padrastro, respecto de los entenados.

En el régimen matrimonial anterior a la reforma que estamos comentando, el marido tenía una absoluta primacía en el hogar, y la mujer, incapaz, no podía ejercer la guarda de sus propios hijos sino con el expreso consentimiento del marido. El nuevo sistema se funda en la igualdad, y este principio podía aplicarse, sea suprimiendo el consentimiento del cónyuge, o bien imponiéndolo como necesario pero tanto para que el marido como para que la mujer ejerza una guarda de sus hijos. Pareció preferible la segunda solución, porque el ejercicio de una guarda sobre hijos propios de un cónyuge -sobre todo si no son comunes a ambos cónyuges-, podría traer graves dificultades para el hogar, de no haber mutuo acuerdo. Así, pues, el actual artículo 523 establece que una persona casada no puede ser curador de sus hijos, sin el consentimiento del otro cónyuge (marido o mujer).

El hijo no puede ser curador del padre disipador, y tampoco puede serlo el 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.

284. Reglas relativas a la oposición de intereses o diferencia de religión entre 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 contrapuestos a los del pupilo. Aun 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. 526: No podrá ser tutor o curador de una persona el que le dispute su estado civil”.

“Art. 527: 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 conjuntamente, 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. 528: 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. 529: Los que profesan diversa religión que la del pupilo no pueden ser tutores ni curadores”.

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 más que en el testamento, se considera legado (Art. 1090), 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. 1097).

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. Pero no lo sería si des-

pués 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 al cónyuge ni a los ascendientes o descendientes del pupilo (Art. 527).

285. Reglas sobre las incapacidades sobrevenientes

“Art. 529: Las causas antedichas de incapacidad, que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela o curaduría, darán fin a ella”.

“Art. 530: 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 se anulen sus actos. Nos remitimos a cuanto se dijo a propósito de la curaduría del demente.

286. Incapacidades 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 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.

287. Reglas generales sobre las incapacidades

Las reglas que se dan en la VII parte del párrafo lo. del Título XXVI, se inspira en estos principios: a) el guardador incapaz debe ser removido; b) la actuación ilegal de 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. 531: Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de conferírseles 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. 532: El guardador que se creyere incapaz de ejercer la tutela o curaduría 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 artículo 539. Sobreveniendo 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 artículo 539 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 cantón”

Con relación a la curaduría putativa, es decir a la aparente, desempeñada 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 artículo 531, lo mismo que el 451 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 artículo 451: 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, resultaron perjudiciales al pupilo, el guardador deberá indemnizarle.

Una excepción al artículo 531 tenemos en el artículo 521. 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 18 años.

El artículo 550 dice que los guardadores pierden “todo derecho a la asignación” de la décima, cuando se descubre una incapacidad preexistente; pero en concordancia con el artículo 531, debe entenderse que los términos demasiado absolutos empleados en el artículo 550, 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. 769 del Código de Procedimiento Civil). También el incapaz puede recurrir al fiscal para que provoque la remoción del guardador (Art. 7875 del Código de Procedimiento Civil), la cual, entre otras causas puede ser por incapacidad del

tutor o curador. Según el artículo 560 “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. 539). 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.

288. 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. 533: Pueden excusarse de la tutela o curaduría:

1. El Presidente y Vicepresidente de la República, los ministros de estado, los ministros de la Corte Suprema del Tribunal Fiscal, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Nacional de Menores y de las Cortes Superiores, los fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público, los jueces del Crimen y los jueces de Menores;
2. Los administradores y recaudadores fiscales;
3. 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;

4. Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho lugar;
5. Las mujeres (derogado por la Ley 43 del año 1989);
6. Los que adolecen de grave enfermedad habitual, o han cumplido setenta y cinco años;
7. Los extremadamente pobres;
8. Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados o teniendo hijos bajo patria potestad, 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; y,

9. Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos, contándose también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República.

Art. 534: En el caso del artículo precedente No. 8o., el que ejerciera dos o más guardas de personas que no son hijos suyos, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas, a fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo; pero no podrá excusarse de ésta.

Art. 535: La excusa del No. 9o. del artículo 552, no podrá alegarse para no servir la tutela o curaduría de un descendiente.

Art. 536: No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, sí el que la alega tiene bienes. En este caso será obligado a constituir hipoteca prenda agrícola, comercial o industrial u otra caución suficiente, a juicio al Juez, sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de la administración.

Art. 537: 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.

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 268.

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 ha suprimido su incapacidad.

El artículo 401 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 u otra garantía, tiene en ello causa legal de excusa; aunque la prueba de estos hechos negativos sea realmente difícil.

289. 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. 538: 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. 539: 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. 540: 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 siguieron 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. 541: Los motivos de excusa, que durante la tutela sobrevengan, no prescriben por ninguna demora en alegarlos.



Art. 542: 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, señalara 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, ampliarlo 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. 532).

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. 766 a 768 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.

290. Reglas comunes a las incapacidades 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 rehúsan 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. 1015), 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. 544: Si el Juez, en la primera instancia, no reconociera las causas de la incapacidad alegadas por el guardador, o no aceptare sus excusas, y si el guardador apelare, o por el Tribunal Superior se confirmare el fallo del Juez a quo, 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, ofreciera 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 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 perjuicios producidos por el retardo. 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.

Se reformó el artículo 563, que hoy en 544, de modo que precisamente se responsabiliza al guardador que apela de la sentencia que le niega la excusa; se trata así de proteger al pupilo, inclinando al guardador a aceptar -la sentencia de primera instancia y agilizar la solución del problema.



CAPÍTULO XXI

TERMINACIÓN DE LA GUARDA Y REMOCIÓN DEL GUARDADOR

291. 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 incapacidad y la correspondiente guarda (Art. 475), cosa semejante sucede con el demente (artículo 489), el sordomudo sale de la curaduría no sólo cuando llega a hablar u oír, sino también si aprende a leer y escribir (493), las curadurías 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. 512).

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 cumple 18 años. 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.

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, más 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, hasta 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.

292. 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 artículo 558 enumera las causas de remoción.

Art. 558: Los tutores o curadores serán removidos:

1. Por incapacidad;
2. Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los artículos 403 y 458;
3. Por ineptitud manifiesta;
4. Por actos repetidos de administración descuidada; y,
5. 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.

De estas diversas causas, la primera tiene un carácter más rígido, pues las causas de incapacidad están precisamente señaladas por la ley, y el numeral 1 del artículo 558 se refiere exclusivamente a ellas, y no a la incapacidad 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 numerales 2 y 4 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 culposos, para igual efecto.

En un tercer grupo, en cuanto que admiten una interpretación más flexible aún, agrupamos a las causas 3 y 5. 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 al 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 el 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 congrua sustentación del pupilo (Art. 458), sino cuando esta 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 cumpliera esta obligación que marca el artículo 457, incurrirá el guardador en un específico caso de negligencia por el que debe ser removido.

El artículo 578 establece una presunción sumamente útil para facilitar el trámite de la remoción, en beneficio del pupilo:

Art. 559: Se presumirá descuido habitual en la administración 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 administrado debidamente otra u otras, no parece acertada la disposición que manda remover a tal guardador.

Art. 560: 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.

293. 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. 775 del Código de Procedimiento Civil); y aunque en el artículo 561 ya se señalan de modo genérico estas facultades, se insiste sobre ellas en varios lugares, como en el artículo 473 a propósito del puesto en interdicción por disipador, o en el artículo 560, en el caso de haber sido removido el guardador de una guarda y estar desempeñando otra de la que también debe ser removido. He aquí el artículo 561.

Art. 561: La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aún por cualquiera persona.

Podrá provocarla el pupilo mismo que haya llegado a la pubertad, recurriendo al Ministerio Público.

Serán siempre oídos los parientes y el Ministerio Público.

294. Trámite de la remoción

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, 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 ordinario y el magistrado debe dictar todas las providencias necesarias para asegurar la persona y bienes del pupilo (Art. 772 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. 769 y 771); 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. 772 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. 562: 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. 563: 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.



CAPÍTULO XXII

REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES

295. 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.

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. 542 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 reparaciones 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 eran imprescindibles 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. 554). 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 debi-

era alimentos a otras personas, el monto de esas pensiones se disminuye 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 artículo 554 "a medida que se realicen los frutos". El Código distingue frutos "pendientes", "percibidos" y "consumidos" (Art. 661), pero en el artículo 554 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.

Los gastos que el guardador haga para cumplir sus obligaciones, se le deben restituir, y no forman parte de su décima, los recibe aparte de la décima. Pero mientras que el artículo 439 se refiere a "gastos", en general, el artículo 547 dice "gastos necesario". Entiendo que el guardador tendría derecho también al pago de los gastos útiles, fundándose en el carácter especial del artículo 439. Solamente los gastos superfluos, perderá el guardador.

296. 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 administración 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 artículo 555, 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.

297. 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. 546). En todo caso cualquier acuerdo u orden judicial rige para lo futuro.

No podría mortificarse 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.

298. Excepciones a la regla general de la décima

a) 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. 557);

b) 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;

c) El guardador que se excusa pierde el derecho a la remuneración desde que deja de ejercer la guarda (Art. 549). 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 al 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;

d) 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. 550). Más exactamente, hay que tener en cuenta también la culpabilidad de la incapacidad en el caso de las sobreve-

nientes, 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 artículo 531, se supone que pierde el derecho a la remuneración, desde el momento en que descubre la incapacidad;

e) 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. 551). La solución es justa;

f) El guardador que administra fraudulentamente pierde todo derecho a remuneración, debiendo aun restituir lo que haya recibido ya (Art. 552);

g) 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 cumpliera bien sus obligaciones, y en proporción a su cuidado de los bienes del pupilo;

h) 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.

También si permite el matrimonio del pupilo o pupila con un descendiente suyo (del guardador), incurre en igual sanción (Art. 104), 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;

i) 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”; y,

j) Si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia, el tutor o curador está 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. 553). 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 administración, 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.

299. 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 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 artículo 551 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.







Esta obra se complementa con:

Código Civil

2 tomos



SIB - U

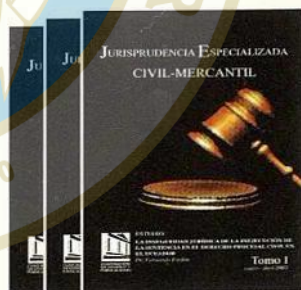
[illegible]

Legislación Civil

Doctus



Jurisprudencia Especializada
Civil-Mercantil



Diccionario del Derecho Civil



ESTE LIBRO ES PROPIEDAD

SU VENTA ES DEMANDADA

Las dos grandes instituciones sobre las que se desarrolla el Derecho 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.

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".

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 impediante; b) Se debe cumplir con todas las solemnidades legales, aun aquellas que no sean esenciales para la validez.

Al definir el artículo 81 al matrimonio como "contrato solemne", queda 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.

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 antijurídico, al margen de la ley, o bien, estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias.

Una división muy importante del divorcio es por causales de ley o por mutuo consentimiento.

Derecho de autor: 029762: 14-oct-2008

Obra Completa: 9978-86-800-3: 14-oct-2008

ISBN No. 9978-86-805-8: 17-oct-2008

Tiraje: 1.000 ejemplares

Precio: US \$ 30.00

ISBN 978-9978-86-805-8



9 789978 868058



Quito: Acuña E2-02 y Agama, Telfs (593-2) 2221-711 2232-694
2232-696 Fax: (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
E-mail: ecp1@accessinter.net ventas@ecp.org.ec
Guayaquil: Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando Centro
Comercial Garzocentro 2000 Ofic. 901, Telf (593-4) 2279-035
Cuenca: Honorato Vasquez 794 y Luis Cordero, Telf (593-7) 2837-281