

El artículo 229 de nuestro Código concede a la madre, sólo cuando falta el padre el derecho de dirigir la educación de los hijos sin que en momento alguno puedan obligarlos a tomar estado o a casarse contra su voluntad.

Como vemos siempre se concede al padre esa facultad y sólo, como textualmente dice el artículo citado, cuando falta el padre, toma la madre a su cargo la función de dirigir a los hijos. En cuanto a la segunda parte del artículo es una prohibición reivindicadora, pues durante la colonia y primera época de la independencia era costumbre obligar al hijo o hija mayor seguir la carrera eclesiástica y encerrarse en un convento respectivamente; además los matrimonios por conveniencia significaban una obligación para los hijos.

El artículo 264 de nuestro Código Civil, numeral primero, castiga al padre o a la madre, en los casos de sevicia atroz ejercida sobre los hijos, con la pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, nada se establece en el Código Penal, cuando esos maltratos han producido lesiones graves a los hijos, facultando a cualquiera de los cónyuges para entablar pleito por daños y perjuicios más la correspondiente indemnización.

Para establecer la obligación que tienen los padres respecto al sistema de sus hijos, las legislaciones han tomado en cuenta los bienes que posea cada uno de ellos; así a falta de padre por carecer de medios necesarios, la madre.

Muy en cuenta tienen las leyes los casos de indigencia que obligan a los padres a buscar el acomodo de sus hijos; punto de sumo interés por cuanto son frecuentes las entregas que hacen de sus hijos ciertos padres a personas capaces de atenderlos eficientemente en el vestuario, alimentación y educación.

El artículo 233 del Código Civil ecuatoriano habla del hijo alimentado y criado por otra persona cuando los padres los hubieran abandonado y que al pretender éstos sacarlo del poder de dicha persona, sólo podrán hacerlo previo pago de los gastos correspondientes; pero no se ha tratado cosa alguna respecto al acomodo de los hijos por causa de indigencia comprobada con indicación precisa de los deberes y derechos de los padres en semejante caso.

En nuestro Código de Policía existe una disposición facultando a determinados padres de familia, que carecen de los medios indispensables, para colocar a sus hijos como sirvientes



domésticos en casas honorables a satisfacción de dichos padres. Una materia tan importante debería ser objeto de reglamentación especial en leyes de orden civil y no como medida política sin la amplitud necesaria.

También se ha procurado en proyectos de legislación civil igualar, hasta donde las condiciones de la sociedad moderna lo permitan, los derechos de la madre y los del padre en todo lo tocante al nombramiento de tutor testamentario para los hijos, igual cosa en lo que concierne a heredarlos.

Se ha procurado mantener la mínima diferencia en los derechos del viudo o viuda cuando contraen nuevo matrimonio, respecto a la tutela de los hijos.

Tampoco existen diferencias marcadas en la organización de los derechos y obligaciones del padre y la madre de los hijos ilegítimos.

Las leyes modernas en su deseo de que en ningún momento el grupo familiar quede sin la protección debida han procurado reglar convenientemente las relaciones entre padres e hijos legítimos, pero siempre dentro de la mayor igualdad posible. Por eso dicha protección se hace extensiva hasta la familia ilegítimamente formada.

Examinadas de conjunto las distintas situaciones que el nuevo derecho ha creado, me parece muy del caso concretar nuestra atención a ciertos aspectos, dignos de crítica, de la ley de matrimonio civil. Cumpló así con el plan trazado en este capítulo.

Ya hemos hablado bastante acerca de la organización del matrimonio civil y maneras de celebrarlo en conformidad con las prácticas de otros países, así mismo efectuamos un estudio general de los principios sentados por la nueva ley en nuestro país.

Ahora nos toca estudiar el divorcio, establecido por la misma ley de matrimonio civil, y las consecuencias del mismo en las relaciones jurídicas de la sociedad ecuatoriana.

Ante todo en la ya mencionada ley (1903), artículo 22, encontramos que la única causa de divorcio con ruptura del vínculo matrimonial es el adulterio de la mujer.

La práctica desde que se estableció dicha ley puso de manifiesto que es difícil entablar demanda de divorcio fundada en esa causa, ora por escándalo que produce, ora sobre todo por la imposibilidad de probar el delito que no existe mientras que



no se consuma el hecho. El adúltero debe saber que es casada la mujer con quien lo realiza y de que la mujer no esté en la creencia de que es soltera o viuda.

En Francia, por ejemplo, la prueba se vuelve más fácil por cuanto basta que se constate que una mujer casada penetró sola en la habitación privada de un hombre.

Entre nosotros no existe tal prueba, desdolorosa de toda suerte para el marido que deba producirla; aún cuando según nuestro Código de Enjuiciamientos Criminales el adulterio de la mujer sólo puede ser acusado por el marido siempre es indudable que la prueba tiene graves dificultades.

El Código Penal en el artículo 330 establece que "la persecución o condenación por adulterio no podrá tener lugar sino a petición del marido, el cual no podrá hacerlo en los casos siguientes:

1º—Si ha consentido en el trato ilícito de la mujer con el adúltero; y

2º—Si voluntaria y arbitrariamente ha separado de su lado a su mujer o la ha abandonado."

En vista de las muchas dificultades producidas en la práctica para probar el adulterio de la mujer, obteniendo por ese motivo el divorcio los legisladores se vieron en el caso de establecer el numeral cuarto, al artículo 2º de la reformatoria de 1904 a la ley de matrimonio civil, y que dice:

"El mutuo consentimiento de ambos cónyuges previa declaratoria en sentencia ejecutoriada."

Además la reformatoria de 1910 ordenó, que al inciso último del artículo 21, se agregara una excepción, quedando, en consecuencia, dicho artículo redactado en su parte final de la siguiente manera:

"El cónyuge culpable queda inhabilitado para volver a casarse en la República, por el término de diez años, *excepto en los casos de divorcio o por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, quedando éstos hábiles para contraer matrimonio después de dos años.*"

No quiero entrar en el análisis crítico de esta reforma, únicamente deseo anotar ciertos aspectos interesantes para el desarrollo de la presente tesis.

Como bien habíamos dicho, el adulterio de la mujer figuró



como única causa de divorcio primero, y después las dos que fueron añadidas por la reformatoria de 1910.

Dichas causas no prestaban la suficiente facilidad para entablar la demanda de divorcio, conforme hemos dicho, por temor al escándalo social a más de la dificultad para probar los hechos alegados. Así, pues, se estableció esta nueva causal que orillaba todas las dificultades. Desde entonces todas las demandas de divorcio se proponen por mutuo consentimiento.

En cuanto al inciso agregado, por ley reformatoria de 1910, a la ley de matrimonio civil, en virtud del cual se faculta a los cónyuges divorciados para contraer matrimonio después de dos años, ha producido ciertos tropiezos en el terreno de la práctica motivadores de frecuentes consultas a la Corte Suprema.

En Ambato, si mal no recuerdo, se produjo el caso singular de que dos cónyuges divorciados, por mutuo consentimiento, antes de dos años quisieron volver a casarse, arrepentidos quizás del divorcio que los separara. Surgió un conflicto al interpretar la ley; los funcionarios del Registro Civil no quisieron admitir la petición para casar a los divorciados mientras no se cumplieran los dos años fijados en la ley. Ante la insistencia de los peticionarios se consultó a la Corte Suprema y este Tribunal, sentando jurisprudencia, hizo notar que los dos años debían entenderse con respecto a terceras personas, pero no precisamente frente a los cónyuges divorciados que pretendieran contraer otra vez matrimonio entre sí.

Con todo, aún cuando se trata de la opinión de tan alto tribunal, sería muy conveniente que se efectuara una reforma en ese sentido para impedir frecuentes vacíos.

Otra cuestión interesante, acerca de la cual ya se ha pronunciado también la Corte Suprema, es respecto al desistimiento del juicio de divorcio en cualquiera de las instancias (necesariamente tiene tres), pues se ha dado el caso de que una vez entablado el respectivo juicio los cónyuges llegan a un acuerdo privado, en virtud del cual deciden los dos o uno de ellos pedir que no se continúe la tramitación. Se preguntó: Podrían proceder en tal forma? ¿Procede o no el desistimiento en cualquiera de las instancias?

La Corte Suprema resolvió que se podía desistir en cualquiera de las instancias, inclusive la tercera, por cuanto sólo se trata de una consulta al superior acerca de la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial.



Tampoco se ha tenido en cuenta esta situación al elaborar los artículos de la ley de matrimonio civil. Sería muy conveniente una revisión al respecto para completar en lo posible dicha ley.

Cabe una observación detenida acerca del numeral segundo del artículo 21 de la misma ley de matrimonio civil. Dicho artículo está redactado así:

“El matrimonio termina:

1º—Por la muerte natural de uno de los cónyuges;

2º—Por sentencia ejecutoriada que declara la nulidad de matrimonio, etc.

Se entiende que un acto o contrato es nulo cuando les ha faltado los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo acto o contrato, por consiguiente, se trata de algo que no ha tenido principio y que por tal en ningún momento existió legalmente.

Ahora bien, llama la atención que al redactarse el artículo 21 se haya dicho que el matrimonio termina, entre otras causas, por la sentencia ejecutoriada que declara la nulidad del acto, es decir, señalar como concluido algo que no tuvo principio.

Ya se ha presentado el caso de que un hijo legítimo, después de su padre, prosiguiera el juicio de nulidad del segundo matrimonio que había propuesto su progenitor. Parece que al actor le sorprendió la muerte cuando el juicio estaba en primera instancia. Bien se comprende el interés del hijo por continuar la causa dada la odiosidad que por lo general existe entre hijastros y padrastrós.

El Alcalde admitió al hijo, legítimo heredero de su padre, como parte en el juicio de nulidad propuesto por el fallecido. La Corte Superior confirmó el fallo favorable del inferior y una vez el juicio en la Suprema, dicho fallo fue revocado por cuanto al declararse la nulidad, según la ley de matrimonio civil, tal declaratoria da por concluida la sociedad conyugal y como ya había terminado la sociedad por la muerte del cónyuge que propuso la nulidad hubiera sido decir sencillamente lo mismo que por ministerio de la ley ya se había operado.

Es probable que el legislador redactó dicho artículo de la manera anotada por cuanto se tomó en cuenta que el matrimonio, aún cuando nulo no deja por eso de producir efectos de mucha trascendencia que no podrían pasarse por alto.



En los artículos 19 y 59 de la ley de matrimonio civil se establecen las causas que producen la nulidad: una son relativas a la capacidad de las personas y otras respecto a las formalidades. Además en artículos posteriores se indican aquellas que constituyen nulidad absoluta y, por consiguiente, no son subsanables; en cambio se especifican aquellas que al desaparecer permiten la celebración de nuevo matrimonio.

También es necesario que se note la diferencia entre la nulidad de un matrimonio y su falsedad. En el primer caso la nulidad puede ser por la forma o por el fondo del asunto mismo. En cuanto a la falsedad es otro aspecto jurídico de sumo interés especialmente para proponer una acción, pues los resultados de la misma no son iguales que en el caso de divorcio o nulidad. Según el concepto corriente, falsedad es toda alteración de la verdad que esté penada por la ley y no constituye un delito especial. Sería un caso de falsedad de matrimonio el contraído ante un seudo funcionario del Registro Civil. Los cónyuges pueden creerse legítimamente casados y surtir su matrimonio efectos civiles mientras subsista la justa causa de error.

Otro aspecto interesante es el de la disolución del matrimonio y las consecuencias del mismo frente a ciertas disposiciones del Código Civil. Así el artículo 119 del citado Código dice que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

Acerca de las demás causas de disolución añade el mismo artículo, toca a la autoridad eclesiástica juzgar; y la disolución pronunciada por ella surtirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte.

Al expedirse la ley de matrimonio civil el artículo que acabamos de mencionar ha quedado modificado en su primera parte y derogado en la segunda. El divorcio con ruptura del vínculo conyugal disuelve el matrimonio, lo mismo que el caso de muerte, el único establecido por nuestra legislación civil sustantiva.

En cuanto al inciso segundo del mismo artículo, bien sabemos que ya no es la autoridad eclesiástica la llamada a juzgar en esta materia sino la de orden civil.

Por consiguiente el divorciado o divorciada están en libertad de volver a casarse de tal suerte que de hecho se modifica el artículo 120 correspondiente a LAS SEGUNDAS NUPCIAS,



pues en sana lógica no sólo debía corresponder la formación de inventario solemne de los bienes que esté administrando y pertenecientes a hijos de anterior matrimonio y que se encuentren bajo su patria potestad o curaduría.

El deseo de la ley es el de proteger a los hijos de viudo o viuda cuando éstos pretendan contraer nuevo matrimonio.

Pero aquí no se trata de una persona libre por muerte del respectivo consorte, es el caso de disolución de matrimonio por sentencia ejecutoriada que declara el divorcio absoluto. ¿Deberá dicho divorciado o divorciada formar el inventario de que habla el artículo 120 del Código Civil? En estricto derecho parece que no cabe la menor duda pues si tienen hijos de anterior matrimonio la disposición también les corresponde; sin embargo, en la práctica no se exige el cumplimiento de tal disposición por la forma clara en que está redactado el artículo, no siendo posible darle tal extensión; aún cuando como acabamos de decir, el interés protector de la ley debe comprender a los hijos de divorciados aspirantes a contraer nuevo matrimonio. El artículo 120 debería ser más amplio diciendo: "La persona que, etc."

Además al presentarse esta nueva situación, es decir, la de divorciado o divorciada debido a la reforma que efectuara la ley de que nos ocupamos, se requiere que en el título DE LAS PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL se establezcan las reglas necesarias para probarse la calidad de divorciado.

Según nuestro Código "estado civil es la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles."

Es incuestionable que el divorciado no puede equipararse al soltero, conforme creen algunos, pues las circunstancias civiles que acompañan a dicha calidad no son las mismas que en el caso de soltería. Se acepta, aún por la etimología de la palabra, que soltero es el célibe, esto es que no ha contraído matrimonio.

Ahora dentro del estado matrimonial pueden suceder estos dos aspectos: por muerte de uno de los cónyuges el sobreviviente toma el nombre de viudo o viuda o conseguir el divorcio y los así separados se llaman divorciados.

Me parece, según mi modesto criterio, que estas dos situaciones apuntadas son consecuencias de un estado civil genérico. No obstante, muchos sostienen que se trata de verdaderos es-



tados civiles (viudos o divorciados) puesto que la suma de derechos y deberes que dichas calidades suponen son suficientes para tomarlos en cuenta como estados.

Y antes de pasar a otro asunto cabe sobre este tópico otra observación. *Afinidad legítima*, según el Código Civil, es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

Ahora bien, de acuerdo con esa definición legal, aún cuando por el divorcio el vínculo matrimonial que une a los cónyuges queda roto, el parentesco continúa con los consanguíneos de la otra. Así, por ejemplo, no habría impedimento alguno para que un juez conozca de una causa en que es actora o demandada su ex-consorte y, en cambio, el mismo juez no podría intervenir en los juicios en que sean parte los hermanos de su ex-mujer. Salta a primera vista la anomalía que es necesario remediar mediante la reforma de la definición antes mencionada.

Sea como fuere, es indispensable que el título XVI correspondiente al Primer Libro del Código Civil contemple también la manera de probar la calidad de divorciado o divorciada que, desde luego, no podría ser sino con la copia de la sentencia ejecutoriada que declara la disolución del matrimonio.

Es indispensable señalar que tampoco se ha dicho cosa alguna respecto al registro de las sentencias en que se declara disuelto un matrimonio a fin de que las partes interesadas gocen de los beneficios que, según la ley de registros e inscripciones, corresponden a quienes inscriben un estado.

Código Civil del Uruguay establece que ejecutoriada una sentencia de divorcio, será inmediatamente comunicada por el juez de la causa a la Oficina del Estado Civil y a la respectiva Junta Económica Administrativa, a fin de que sea anotada al margen del acta del matrimonio.

Existe, además, otro punto de vital importancia relacionado con la ley de matrimonio civil, punto del que en forma incidental hablamos anteriormente. Queremos referirnos a la suerte que, después del divorcio, corresponde a los hijos. Hasta hoy las sentencias nada dicen respecto a este particular, constituyendo tal estado de cosas una verdadera anomalía que conviene corregir cuanto antes en beneficio de la colectividad. No se podría alegar el seguir las disposiciones del Código Civil porque ellas se refieren al divorcio, como simple separación de



cuerpos, y por consiguiente, no tienen el mismo efecto que cuando se trata del divorcio con ruptura del vínculo matrimonial. Existe también el criterio de que deben observarse las disposiciones generales relativas a la disolución del matrimonio por causa de muerte. Con todo no es suficientemente satisfactorio tal criterio porque en los casos de divorcio hay otras situaciones que no podrían caber dentro de dichas reglas. Entre nosotros se dió el caso de que marido y mujer divorciados acordaran, mediante escritura pública, que los hijos menores, sin atender a sexo ni edad pasaran a poder de la madre hasta su mayoría.

Muchos creen que el juez de la misma sentencia, que declara roto el vínculo conyugal, debía dictar las disposiciones necesarias para asegurar la situación de los hijos y que en ese sentido debería reformarse la ley respectiva. Es observación oportuna y necesaria, pues tal como se encuentra la institución deja mucho que desear en el orden de las garantías y mejoramiento social. A fin de ilustrar esta materia copio la última parte del artículo 187 del Código Civil del Uruguay en la cual se establece la situación de los hijos, cuando el divorcio se tramita por la sola voluntad de la mujer. Dicha parte dice así: "En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. El Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un comparendo entre los cónyuges, en el que se intentará la conciliación y se *resolverá la situación de los hijos si los hubiera*, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer, mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes. Si no comparece el cónyuge contra quien se pide el divorcio, el Juez resolverá, oídas las explicaciones del compareciente, *sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia*, decretando en todos casos la separación provisoria de los cónyuges y fijando nueva audiencia con plazo de seis meses, a fin de que comparezca la parte que solicita el divorcio a manifestar que persiste en sus propósitos. También se labrará acta de esta audiencia y se señalará una nueva, con plazo de un año, para que la peticionaria concorra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse.

En esta última audiencia el juez citará a los cónyuges a un nuevo comparendo e intentará de nuevo la conciliación en-



tre ellos y comparezca o no el esposo, decretará siempre el divorcio, en caso de conciliarse, sea cual fuese la oposición de éste."

Como vemos la ley uruguaya ha tomado en cuenta la situación de los hijos para reglamentar el divorcio, juicio que tiene una tramitación medida para impedir resultados contraproducentes.

Como conclusión a este capítulo he creído del caso indicar algunos aspectos prácticos en el contrato de matrimonio así como también respecto al juicio de divorcio. Solamente se trata de modestas sugerencias y como tal las propongo. Antes de procederse a la celebración del matrimonio civil, sería conveniente establecer un trámite previo más serio y que manifestara en forma clara la situación de los cónyuges, garantizando mejor los derechos de éstos lo mismo que los de la sociedad.

El trámite previo debería efectuarse de la siguiente manera: Ante cualquiera de los jueces llenarse una información sumaria para probar la capacidad de los que pretenden contraer matrimonio, diligencias practicadas con citación del defensor de matrimonios, por ejemplo, y una vez presentados los documentos comprobatorios de la mencionada capacidad, entre los cuales debería exigirse el certificado médico, el juez procederá a declararlos aptos, declaración que habrá de servir para que la autoridad competente proceda a celebrar el matrimonio e igualmente servirá para formular la correspondiente escritura de sociedad conyugal en la que done estipularse las cláusulas que las partes crean oportunas, o a falta de especiales, las mismas contenidas en las reglas de las capitulaciones matrimoniales. Además la ley debería establecer las reservas que pueden hacerse en dicha escritura de sociedad y aquellas que no son admisibles, entre esas la de quedar obligado a no pedir el divorcio. De esa manera se cumpliría más exactamente con la índole del contrato matrimonial que, aún cuando ha sido calificado de *sui generis* por algunos tratadistas, no deja de tener por eso todas las consecuencias civiles de los demás contratos.

En cuanto al juicio de divorcio no veo la razón para que se le dé el trámite que hoy tiene, tres instancias indispensables, con el consiguiente gasto de dinero para los interesados, siendo necesario esperar la confirmación del fallo de primera instancia en la segunda y luego en tercera. A nadie se le



escapa que esa tramitación demanda tiempo muy largo y durante el cual pueden producirse situaciones desventajosas.

Por otra parte esa misma prolongación del juicio se presta a continuadas explotaciones por parte de uno de los cónyuges, especialmente cuando se ha propuesto el divorcio por mutuo consentimiento. Ya se ha dado el caso por varias ocasiones de que uno de ellos exija sumas de dinero al otro para poner su firma en el escrito ratificatorio cuando el juicio sube a la Corte Superior, repitiéndose el mismo episodio en la tercera instancia.

Todo esto origina trastornos, convirtiéndose juicio tan serio en una especie de juego en el que la petición más decidida no tarda en ser cambiada por la vacilación o desistimiento, a más de las zancadillas judiciales a que se prestan estas clases de juicios con muchas puertas de escape, fáciles asideros para esa clase de argucias.

Bastaría que los cónyuges deseosos de entablar divorcio procedieran a firmar una escritura de disolución de la sociedad conyugal, conforme se practica con las demás sociedades, disolución que surtiría los mismos efectos que la sentencia ejecutoriada en que se declara roto el vínculo matrimonial. Se efectuarían las publicaciones necesarias por la prensa o por edictos fijados en la puerta del despacho de los actuarios y del registro de la escritura en la matriz habríase de darse parte a los jefes de las oficinas civiles para los fines de ley.