

CAPITULO IV.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS REFORMAS
ANOTADAS.

Cualquier reforma dentro del derecho positivo de un país produce incontables consecuencias, muchas veces imprevistas porque la visión del legislador no puede abarcar la situación jurídica futura al expedir reformas tales que transforman por completo la vida social de un pueblo; pero sí se le puede exigir que concrete sus tendencias renovadoras del medio, interpretando fielmente las necesidades de la sociedad para la cual legisla.

Al estudiar las primeras reformas de que nos hemos ocupado, desgraciadamente no encontramos el proceso técnico social que sigue toda ley. No hay esa corriente ideológica que al través de la historia se robustece por las necesidades sentidas, siendo captadas por los sociólogos que se encargan de encauzarla, mediante sus prolijas investigaciones en la realidad social; por último, el legislador toma esa corriente, manifestada como aspiración colectiva, para concretarla en la ley que resulta el momento cumbre de todo proceso social.

Entre nosotros, necesidades políticas han motivado la mayor parte de las reformas y las leyes fueron en todo caso copias serviles de modelos extranjeros adaptados rápidamente, sin que precedan estudios sociológicos preparatorios; de ahí que las reformas no correspondieran a las exigencias de la sociedad y que se notaran en ellas frecuentes vacíos que era indispensable llenar con sucesivas modificaciones. Tal fenómeno aconteció con la ley de matrimonio civil. Verdad que ella respondía a la necesidad de reforma dentro del grupo familiar ecuatoriano, hasta entonces intocado, pero no fué lo suficiente amplia ni contempló muchos aspectos que después la práctica se encargó de evidenciarlos. Sólo procuraron los reformadores fortificar las instituciones liberales a fin de que un peligro reaccionario no las arrojara por tierra. El peligro político pudo más que la estabilidad armónica y noble de la familia.

El interés, en este capítulo, es de señalar algunas de las muchas reformas deficientes y de una manera especial en lo tocante a la ley de matrimonio civil. Dicha ley, ante todo, no

se ocupó de reglar convenientemente las relaciones de los cónyuges, de acuerdo con la categoría de contrato que se le dió al matrimonio a fin de que la sociedad conyugal tuviera hasta su disolución una constante garantía de la ley.

Se me podrá argumentar que tales obligaciones y derechos entre los cónyuges están convenientemente determinados en el Código Civil; pero es evidente que tales disposiciones encuadraban dentro de la armonía del citado cuerpo de leyes cuando el vínculo conyugal era considerado como indisoluble durante la vida de los consortes, y cuando las ideas y principios acerca de la sociedad conyugal, crianza, cuidados y protección de los hijos no habían llegado al nivel que hoy se encuentran.

Era necesario que se legislara sobre otros tópicos relacionados con la familia para que la reforma propuesta alcanzara todo su valor dentro de la nueva situación creada.

En este análisis breve de las consecuencias de la ley de matrimonio civil tocaré también los aspectos aún no reglados y cuya reglamentación se requiere de un modo imperativo. A ellos voy para ocuparme después de los efectos de la citada ley, tan sólo en líneas generales porque no sería posible detenerme más en estas consideraciones debido a la amplitud de la cuestión examinada.

Ante todo precisa un reconocimiento de la igualdad de ambos sexos para que todas las consecuencias legítimas del matrimonio alcancen a los cónyuges también en forma igualitaria.

No se concibe sociedad alguna en que uno de los socios tenga todas las atribuciones ampliamente garantizadas por la ley y el otro, en cambio, muy pocas, subordinando toda su actividad a las decisiones del primero. Sería una sociedad en que todo el cúmulo de obligaciones gravitara injustamente sobre uno de los socios.

Hoy día se aboga en todas partes por la igualdad absoluta de los dos sexos frente a la ley en cuanto al goce de los derechos políticos y civiles.

Ya no se predica un feminismo trasnochado y ridículo simbolizado por la sufragista que deposita el voto en las ánforas electorales con los arrestos de un matón de barrio bajo. En el minuto presente se quiere un humanismo sincero fundamentado en el reconocimiento de los mismos derechos para hombres y mujeres. De este modo han evolucionado las tendencias femi-

nistas, cosa que ya la hice notar en la Primera Parte de esta tesis.

En la desesperada lucha por la vida, nota característica de los tiempos modernos, la mujer ha logrado imponerse conquistando para sí un puesto destacado; todo eso obliga a una medida más seria sobre el problema a fin de que la justicia sea igual para todos. Las mujeres tienen derecho a que la ley las ampare en las diversas etapas de la vida.

Las tendencias socialistas bien entendidas pretenden precisamente reivindicar para la mujer los derechos de que han sido excluidas. Ya Carlos Secretán ha dicho que en un Estado capitalista, la base de las leyes es la esclavitud de la mujer. "Un programa que se titulara avanzado y no aceptara la identidad legal de ambos sexos, sería un programa trunco, al que le faltara una de sus mitades".

El Dr. López Abadía, delegado a la asamblea del partido socialista reunida en Bilbao, antes de que se instalaran las Cortes Constituyentes, decía: "Deben concederse a las mujeres todos los derechos que tienen los hombres menos por ahora, el derecho de sufragio, pues considerando que la mujer está sometida a la férula del Clericalismo, consideramos contraproducente tal concesión. Esto no obstante el Partido Socialista procurará, por todos los medios que tenga a su alcance, liberar a la mujer del yugo clerical lo más pronto posible, llegado el cual momento, sería la oportunidad de concederle también el derecho al voto, que es uno de los anhelos de nuestro ideario".

Sin embargo, la Constitución española en el artículo 36 reconoció que los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrían los mismos derechos electorales. Después el artículo 40, en consonancia con el principio enunciado, establece que todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad.

De acuerdo con estas trascendentales reformas, la misma carta fundamental española más adelante establece que la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado y que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, pudiendo disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

No queda la menor duda de que la legislación española se

ha puesto a ritmo con la marcha social del mundo. Establecer el matrimonio sobre la igualdad de derechos para ambos sexos en un salto extraordinario que revoluciona todo el derecho positivo de ese país, otrora considerado como el de mayor atraso respecto a los demás del continente europeo.

Verdad que nosotros no hemos ido tan lejos, pero es también un hecho que la última Constitución al reconocer la ciudadanía a las mujeres les abre las puertas no sólo para la conquista de sus derechos políticos sino también civiles. Ese principio de igualdad política deberá completarse con la que se otorgue en el orden civil, especialmente dentro del matrimonio, pero no una igualdad que sea semillero de discordias y preeminencias, deberá ser una igualdad respetuosa de la personalidad femenina a fin de que ella no se vea privada de las garantías que toda legislación avanzada está en caso de darle.

Dentro de la por muchos motivos agitada vida moderna existen varias situaciones complejas que conviene reglamentar en forma igualitaria precisamente en bien del grupo familiar.

Con todo se afirma que "si consultáramos solamente la felicidad de los adultos de la generación actual habría motivo para dudar de la bondad del matrimonio". Doctrina que se emplea para robustecer aquella otra de que "el matrimonio no está destinado a promover el bienestar de los cónyuges, sino de las generaciones venideras." Es indudable que ambas doctrinas se colocan en planos extremos. La dicha de los adultos y el feliz establecimiento de la posteridad deben armonizarse en el matrimonio; pues, en caso contrario, la institución tiene que experimentar cambio.

Por eso dice bien un escritor cuando afirma que "la libertad dentro de la ley es condición indispensable al bienestar. La alternativa son el dolor, las enfermedades, la debilidad y la muerte".

"Es difícil indicar los deberes que corresponden a cada situación, más cada una tiene el suyo que constituye la vía por donde se orienta el desarrollo de las facultades. Y este afianzamiento de la personalidad no quiere decir el abandono desenfrenado a las propias tendencias sino la concentración de todas las energías hacia fines claramente determinados, mediante la coordinación de todas las funciones. Así el sujeto debe poner en ejercicio todas sus funciones dentro de los límites establecidos por la organización y las costumbres sociales, no porque

éstas sean siempre justas y acertadas sino porque son preferibles a la anarquía y el desorden".

Una vez establecido el matrimonio sobre la igualdad de los dos sexos, las actividades legales de ambos cónyuges tienden a identificarse en lo que respecta a derechos maritales, paternos y en las relaciones públicas.

Parece que hasta aquí la mayor parte de las legislaciones han obedecido a criterios fisiológicos para establecer una situación privilegiada del hombre sobre la mujer; pero hoy las doctrinas más avanzadas reconocen la importancia que para el haber social tienen ambos sexos y por eso procuran la igualdad de derechos.

Es necesario, como ya lo establecen legislaciones novísimas, que el marido y la mujer tengan hasta cierto punto una igual ingerencia para dirigir los asuntos de familia; igual cosa respecto al derecho de establecer el domicilio, con ligeras limitaciones fundadas en motivos de buena conservación moral y material.

Merece también que se tome en cuenta la manera de reglar armónicamente las prestaciones, que uno a otro de los cónyuges se deben dentro del hogar.

Creo, así mismo, que es necesario se establezca el grado de responsabilidad de cada uno de los cónyuges en el caso de lesiones infligidas al otro, lesiones que deben señalarse de mayor a menor en el Código Penal con su respectivo castigo a más de las indemnizaciones a que dieren lugar.

Tampoco se ha legislado entre nosotros sobre la responsabilidad de cada uno de los cónyuges, atribuyéndoseles facultades discrecionales, respecto al sustento de otros parientes; cuestión aceptada en códigos modernos a fin de evitar conflictos legales frente a un estado semejante.

Muchas veces sucede que la afflictiva situación económica de uno de los cónyuges, rayana en la miseria, obliga al otro a buscar no sólo el propio acomodo sino también el de su consorte; en vista de tal situación algunas legislaciones reconocen ese derecho determinándolo de un modo preciso.

Existe una tendencia marcada en las leyes de ciertos países a conceder a la mujer derecho para entablar pleito basado en la enajenación del afecto de su marido, no tratándose precisamente del caso de adulterio, pues entonces es otra la situación jurídica.

ca que se presenta. Y en este caso, así como en el de abandono, las leyes señalan indemnizaciones por daños y perjuicios.

Las leyes modernas, o por lo menos los juristas de hoy, son tan escrupulosos que establecen preceptos penales para sancionar a los cónyuges depravados en sus relaciones maritales. No solamente se acepta el divorcio por causas graves producidas durante el trato carnal sino que se sancionan tales delitos, previamente especificados, con indicación de las respectivas indemnizaciones por daños y perjuicios; pues establecido el matrimonio dentro de la igualdad de los dos sexos se entiende que debe llenar su misión siempre en circunstancias normales ya que, en caso contrario, se convertiría en centro de depravación o pésimo ejemplo social.

A este respecto bueno es indicar que la eugenesia se abre paso en otras partes donde la preocupación por los problemas sociales es evidente. Se ha establecido como imperativo categórico la buena salud de los contrayentes; así, pues, la autoridad civil no procede a celebrar el matrimonio mientras no se presenten los respectivos certificados en los que se constate que los aspirantes no adolecen de enfermedades que constituyan peligro para los futuros consortes ni para la prole. La violación de este requisito hace responsable al funcionario que lo omitió. Igualmente se han señalado penas, consistentes por lo general en indemnizaciones pecuniarias, para el caso de contagio venéreo. La tendencia actual, como se nota en los aspectos de que nos hemos ocupado, es la de fijar, a más de las penas respectivas por la infracción cometida, sumas de dinero a satisfacer por el agravio inferido. Dichas sumas de dinero se llaman indemnizaciones, consideradas jurídicamente. En Estados Unidos las indemnizaciones por lo general forman parte de las penas en la justicia penal y civil.

En España ha librado campañas para conseguir mayor atención por las medidas eugenésicas por ejemplo el Dr. Gregorio Marañón, quien, en obras de bella divulgación científica, propone principios muy en armonía con el mejoramiento de la raza.

Las medidas preventivas se han impuesto en muchos países para impedir el alarmante crecimiento de enfermedades secretas que ponen en peligro la natalidad robusta y normal de los países.

Todo eso está abandonado entre nosotros, escudados en un puritanismo absurdo hemos procurado cerrar los ojos ante la

realidad, eludiendo así el análisis de estas cuestiones que son vitales para el porvenir de nuestra sociedad.

Antes de abordar otros tópicos quiero detenerme de un modo especial en el aspecto eugenésico tan importante en nuestros días. Grandes pensadores han dedicado los mejores capítulos de sus obras a la consideración de este serio problema que se confunde con el de la vida y mejoramiento humano.

No es un secreto para nosotros que los pueblos antiguos consideraron el matrimonio como el medio más adecuado para mejorar la raza. Y aún cuando principios superiores sostenidos por filósofos como Platón fueron acremente criticados por encerrar aspiraciones de élite, sin embargo, en el fondo obedían a un deseo de mejoramiento, no de otra manera se pueden explicar las leyes que prohibían las uniones entre tipos de razas superiores con inferiores y Platón fue un celoso defensor de tales leyes.

Los principios que se oponían a matrimonio entre consanguíneos fueron sostenidos por los que reprobaban las uniones entre personas afectadas por enfermedades incurables o contagiosas, pues la tendencia de que el amor debía ser el único impulso en el matrimonio fue perjudicial a los dictados eugenésicos, casi desconocidos hasta que la célebre escritora Clemencia Royer indicó la conveniencia de perfeccionar las razas mediante el matrimonio.

Las legislaciones avanzadas no han trepidado en establecer el examen pre-nupcial como requisito indispensable para efectuar el matrimonio.

En la mayor parte de los Estados de la Unión Americana existen disposiciones relativas a este asunto. New Jersey, Ohio, Louisiana, New Hampshire, Alabama, Oregon, Pennsylvania, Virginia, etc., establecen reglas terminantes respecto al varón y algo benignas para las mujeres.

Por mala suerte no hay entre nosotros estadísticas específicas relacionadas con la mayor parte de las defunciones de niños, pero sin temor a equivocarnos estamos seguros que la mortalidad infantil se produce, entre otras causas, por las malas condiciones constitucionales en que vienen a la vida, heredando las taras de sus progenitores y si a tales antecedentes agregamos el pésimo acomodamiento de nuestras clases sociales inferiores tenemos la clave del problema.

Dos males causan verdaderos estragos en la prole: la sífilis

y la tuberculosis. Especialmente contra estas enfermedades, muchas veces ocultas en un primer período pero en segura gestación, deben ir las medidas preventivas.

Tengo el convencimiento de que muchas personas timoratas harán sus reparos al examen pre-nupcial, considerándolo vejatorio o por lo menos opuesto a los impulsos del corazón, único guía seguro de las uniones, pero como dice Marañón "todo progreso tiene que pasar por un período de incompreensión", y así ha de suceder con la reforma propuesta; no obstante, cuando sean comprendidos los beneficios que ella reporta para el mejoramiento de la raza, se habrá hecho la luz en las conciencias poco dispuestas a las corrientes vivificadoras.

Tampoco creemos que tales trabas pueden alentar el concubinato o la tendencia a las llamadas uniones libres, como suponen muchos, pues en una sociedad donde los ciudadanos han alcanzado un alto nivel de cultura habrá la suficiente comprensión para una reforma tan humanitaria.

En caso de que el celibato creciera sería indudablemente por el justo temor que los individuos experimentarían a dejarse examinar; ante la seguridad de su mal sólo había de quedarles la decisión de someterse a tratamiento.

Es indudable que la sífilis y la tuberculosis son las enfermedades que más víctimas causan en nuestro medio, debilitando las futuras energías.

Sensible es contemplar el gran número de hombres jóvenes cuya desgraciada prole constituye un testimonio elocuente de cuanto decimos, y aún más sensible todavía el cuadro de inexpertas mujeres, pagando las orgías envenenadas a que se entregaron sus maridos, antes de unirse en matrimonio, en el que ellas pensaron encontrar su redención. Tampoco podemos pasar por alto la escena que se presenta cuando varios niños inocentes pasean sus taras heredadas de padres enfermos. La locura, la idiotez, el raquitismo, la epilepsia, la parálisis y mil afecciones más nos indican que los principios eugenésicos deben tomarse muy en cuenta.

Por otra parte al establecer principios de esa índole en la legislación sirve de preventivo para que las mentes despreocupadas no malgasten sus energías, contaminándose irremediablemente, si piensan que se les espera un porvenir sombrío cuando pretendan formar un hogar que debe ser el centro de los afectos y solicitudes más exquisitos.

A fin de concretar mejor este aspecto creo del caso consignar un proyecto de ley, estableciendo en la República el examen pre-nupcial.

Dicha ley podría decir:

“Art. 1º—Todo nacional o extranjero, tanto hombre como mujer, que desee contraer matrimonio civil en la República, presentará al juez respectivo un certificado en que conste que él y ella no adolecen de enfermedades contagiosas, extendido por un médico autorizado legalmente para ejercer su profesión en territorio nacional.”

“Art. 2º—No quedan comprendidos en la disposición del artículo anterior los matrimonios *in extremis*.”

“Art. 3º—Los ecuatorianos que, en territorio extranjero, contrajeran matrimonio en conformidad a las disposiciones del Código Civil, deben presentar al respectivo agente diplomático o consular el certificado a que se refiere el artículo 1º de esta ley”.

“Art. 4º—Los matrimonios que se celebrasen en contravención a esta ley son nulos, y así serán declarados por el juez a petición de cualquier persona interesada.”

“Art. 5º—El juez que autorice un matrimonio sin haberse cumplido con el requisito que dispone esta Ley pagará una multa de quinientos sucres.”

“En igual pena incurrirá el agente diplomático o consular que omitiere la práctica de esta diligencia previa al matrimonio.”

“Art. 6º—El médico que a sabiendas expidiere un certificado falso, pagará una multa de quinientos a mil sucres, y sufrirá prisión de uno a tres meses.”

Ahora nos toca estudiar otro aspecto dentro de las tendencias igualitarias entre hombres y mujeres. Es un hecho que las actividades de ambos sexos se han igualado durante la guerra universal, como ya lo anotamos en la Primera Parte de esta tesis, la mujer tuvo destacada actuación en sectores donde hasta entonces había llegado. Por eso inmediatamente se dejó sentir la tendencia a reconocer la situación creada, dando facilidades a la mujer casada, por ejemplo, para que pudiera intervenir en asuntos mercantiles sin autorización del marido.

Nuestro Código de Comercio concede a la mujer casada facultad para ejercer el comercio siempre que preceda autorización expresa o tácita de su marido. En caso de que el ma-

rido sea menor de edad la autorización es concedida por el Alcalde Municipal.

La mujer casada que ejerce el comercio o ejecuta actos de comercio, según nuestra ley, obliga a la responsabilidad de sus actos los bienes de su marido, los de la sociedad conyugal y los suyos propios de cualquier naturaleza que sean. El marido para limitar esa responsabilidad puede excluir sus bienes y los de la sociedad en todo o parte, siempre que lo haga por escritura pública, debidamente registrada, que deberá publicarse.

Al reconocerse a la mujer casada iguales derechos que al marido, aquella puede comerciar sin autorización de su consorte, obligando sus propios bienes y los de la sociedad, pero nunca los del marido. Séame permitido a este respecto citar una opinión del Dr. Remigio Romero León, quien se expresa así:

“Desde los bancos del Colegio he combatido, en la limitada esfera de mi actividad, las leyes relativas a la incapacidad para contratar de las mujeres casadas; pues no he podido comprender por qué el matrimonio que dignifica y eleva así al hombre como a la mujer sea causa para incapacitar, a uno de los contrayentes, en el ejercicio de los derechos civiles. Si se alega en contrario con las declaraciones sobre la santidad de ese como sacerdocio de la mujer en el hogar, y sobre la necesidad de alejarla de los negocios fuera de la casa, también la viuda (sobre la que pesan mayores cargas y deberes para con la familia) debía ser persona incapaz, lo que es absurdo bajo todo concepto. Estos resabios de las legislaciones que consideraban a la mujer como cosa deben desaparecer ya de los códigos en los países civilizados....”

Omito señalar otros derechos igualitarios de los cónyuges en asuntos tales como adopción, separación de leche y mesa, validez de testamentos antes del matrimonio, de administración, ejecución de mandatos y otros por considerarlos excesivamente avanzados y peligrosos, quizás, para nuestro medio aún no bien preparado por una educación enaltecedora, ajena a tantos y tantos prejuicios.

En cuanto a los derechos paternos también se han tomado en cuenta tendencias igualitarias que coloquen a los cónyuges a igual nivel. Nuestro Código Civil establece, en el artículo 488, que las mujeres son incapaces de toda tutela o curaduría, salvando las excepciones siguientes:

1º—La mujer que no tenga marido vivo puede ser guardadora de sus descendientes legítimos o de sus hijos naturales;

2º—La mujer no divorciada puede ser curadora de su marido demente o a sordo mudo;

3º—La mujer mientras vive su marido, puede ser guardadora de los hijos comunes, cuando en conformidad al artículo 1748 se le confiere la administración de la sociedad conyugal".

El artículo 492 del mismo Código dice:

"El marido no puede ser tutor o curador de sus hijos naturales, sin el consentimiento de su mujer".

En el numeral primero del artículo primeramente citado se establece una prohibición absoluta a la mujer casada para ser guardadora de sus hijos naturales, mientras viva su marido.

En cambio, el marido puede ser tutor o curador de sus hijos naturales, previo consentimiento de su mujer.

Este artículo se fundamenta en razones de orden efectivo y armonía doméstica, pero en cambio otorga al marido, de todas maneras, un derecho de que su mujer no puede gozar. Hoy se tiende a igualar tal situación en provecho de una descendencia que no puede sufrir las consecuencias de su mal nacimiento, así pues se concede a cada uno de los cónyuges derechos respecto a la tutela, sustento, gobierno, cuidados, dirección, educación y bien general no sólo de los hijos llamados naturales sino también de los ilegítimos, aún cuando esto sea motivo de alarma para los defensores de una moral rígida.

Entre nosotros esta última situación jurídica no se acepta todavía por cuanto el matrimonio no se funda en el principio de igualdad de ambos sexos.

En cuanto a la responsabilidad y situación de la madre respecto al padre en todo lo relacionado con la curaduría de los bienes de los hijos menores, así como la participación en las ganancias de lo que éstos produzcan existe también la tendencia marcada a la igualdad.

Basado el matrimonio moderno en la igualdad de los dos sexos las consecuencias del mismo se reparten en forma igualitaria entre los cónyuges, así, por ejemplo, cuando se trata del aprendizaje de los hijos, los respectivos padres deben tener iguales derechos, pero generalmente la madre está facultada para dirigir en forma preferente a las hembras.

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 policial 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. Cumplo 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 reformativa 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 reformativa 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 padrastros.

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 1º y 5º 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 concurra 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 mesurada 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 habriase de darse parte a los jefes de las oficinas civiles para los fines de ley.