

ESTUDIOS
DE
LEGISLACION Y DE DERECHO CIVIL

ESTUDIOS
DE
LEGISLACION Y DE DERECHO CIVIL

POR

FRANCISCO JOSE URRUTIA
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DEL ECUADOR

TOMO I
LA AUTORIDAD MARITAL



QUITO
LIBRERIA AMERICANA
1902

A LA
JUVENTUD ECUATORIANA

DEDICA ESTA OBRA

EL AUTOR

PRÓLOGO

CADA tomo de esta obra estará dividido en dos partes. La primera contendrá la historia de la evolución jurídica de los principios á cada materia concernientes, la exposición de los sistemas adoptados en las legislaciones más conocidas y la apreciación filosófica de esos principios y sistemas. Sobre esta base, en la segunda parte, me propongo analizar las disposiciones del Código civil del Ecuador, comparando los principios que las informan con los verdaderos principios de la ciencia jurídica y con las disposiciones contenidas en otros Códigos modernos. La primera parte es, pues, un estudio sobre legislación, ó sea sobre la historia y geografía del derecho; la segunda es un estudio sobre el derecho civil ecuatoriano. De aquí el que haya dado á esta obra el título de "*Estudios de legislación y de derecho civil.*"

No he adoptado para mis estudios la forma de comentario, porque esa forma impone muchas veces un método determinado, que no se concilia con la exposición general de los principios, ni con el amplio desarrollo de las doctrinas.

Además he querido consagrarme, con preferencia, al estudio de aquellos títulos del Código civil cuyas disposiciones exigen, en primer término, una reforma.

ESTE primer volumen lo destino al examen de las cuestiones relativas á la *autoridad marital*, cuestiones de palpitante interés, hoy que la mujer trata de reivindicar los derechos civiles que le desconocieron las viejas legislaciones.

El concepto de la autoridad del marido, fundado en la incapacidad absoluta de la mujer, se transmitió como un dogma jurídico, de los antiguos á los nuevos Códigos. Las grandes reivindicaciones políticas, que conmovieron el siglo XVIII, apenas si alcanzaron á perturbar el dominio sereno de las creencias y de las tradiciones, consagradas en el derecho civil.

El Primer Cónsul, en su afán de vigorizar toda autoridad, hizo, aún, más absoluta la del marido y ese afán del Primer Cónsul, traducido en leyes, en su Código inmortal, inspiró disposiciones semejantes en todos los pue-

blos latinos que aceptaron el imperio jurídico de Napoleón.

Si revolucionario, como el siglo XVIII, pero más científico el siglo XIX, procuró dar á la mujer, educación tal, que la habilitase para afrontar por sí sola las luchas por la vida. La mujer no fué ya el ser débil y enfermo, merecedor de perpetua tutela, sino la émula del hombre en las conquistas de la inteligencia y de la industria. Así emancipada la mujer, quiso más amplitud de sus derechos en la ley civil; su voz llegó á los Parlamentos, y las reivindicaciones femeninas principiaron á ser leyes.

ALGO semejante á lo que hemos dicho respecto á las reivindicaciones de la mujer, tenemos de señalar respecto de los derechos de los hijos ilegítimos. La situación de éstos, ya en vida, ya después de la muerte de sus padres, fué en extremo desventajosa por las antiguas legislaciones. La máxima de que la investigación de la paternidad debía prohibirse *en absoluto*, levantóse siempre como una barrera de iniquidad entre los derechos de seres infelices y la impunidad de padres desnaturalizados. Estas injusticias tenían de ir desapareciendo, al impulso de las amplias y generosas ideas, que informaron

las leyes dictadas en las postrimerías de un siglo civilizador y humanitario.

EN la senda recorrida de reivindicación y de progreso, ha sido el porta-estandarte el pueblo filósofo, por excelencia, que es el pueblo alemán. El Código de aquel Imperio, expedido el 18 de Agosto de 1896, después de largas y luminosas discusiones en el Reichstag, es la más fiel expresión de los adelantos realizados en la ciencia jurídica [1].

Portugal, España, Italia, Bélgica, etc., etc., han introducido también grandes reformas en su legislación civil. El Código francés se ha quedado ya muy atrás respecto de los Códigos de otros pueblos, y aunque algunas leyes reformatorias, como la del 6 de Febrero de 1893, que amplió la capacidad civil de la mujer casada, y la del 25 de Marzo de 1896, relativa á los derechos sucesorios de los hijos naturales, corrigieron algunas de las injusticias del Código de Napoleón, hay muchas

(1) "El Código alemán es el monumento legislativo más reciente y más importante del derecho contemporáneo. El forma el centro al rededor del cual vendrán á girar necesariamente los Códigos del porvenir. Muy triste es tener que consignar aquí que la Francia se ha dejado adelantar en una obra indispensable. Le toca ahora, á su vez, el entrar en la nueva vía, el procurar buscar una expresión más perfecta de la ley social, en la positiva" "Raoul de la Grasserie. Cole civil allemand. Introduction."

otras disposiciones que reclaman reforma, y un clamor general se levanta por ésta, entre los más distinguidos publicistas y jurisconsultos franceses (1).

Lo que hemos dicho del Código francés, puede decirse, y con mayor razón, del Código de Chile, copiado literalmente por algunos otros de los Códigos latino-americanos, entre ellos, el del Ecuador. El Código de D. Andrés Bello, será siempre un monumento perenne de gloria para su autor; pero sobre ese Código han pasado algunas décadas de progreso jurídico, y la reforma se impone también para él.

Con razón, hablando de dicho Código el más esclarecido de sus comentadores, el abogado ecuatoriano, D. Luis F. Borja, nos dice: "Muy lejos estamos de juzgar que el Código chileno ni se aproxime á la perfección; pues, antes al contrario, tiene gravísimos defectos provenientes, ya de las ideas que predominaban en la República cuando se formó el proyecto: ya de que el *Derecho científico* moderno, que apenas si principiaba á formarse, no era aún ese inmenso foco de luz, que ahora alumbra y guía á todos cuantos no son ciegos voluntarios."

(1) Actualmente está pendiente en las Cámaras francesas un proyecto de ley de Gustavo Rivet, por el cual se mejora notablemente la condición de los hijos ilegítimos. En pro de esta reforma, abogan elocuentemente, Magnaud, Presidente de la Corte de Casación, Rosny, Brioux, Ballet, Coulou y muchos otros escritores y jurisconsultos. Pueden verse sus opiniones en "La Revue" del 1.º de Julio de 1902.

Acudir, pues, á ese inmenso y luminoso foco; señalar las reformas apetecibles en el Código ecuatoriano, que como lo hemos dicho, es el mismo Código chileno, he aquí mi tarea. La emprendo con la convicción de que es superior á mis fuerzas; y esta convicción añadida á la falta de estímulo para producciones como la mía y á las dificultades materiales, inevitales aún entre nosotros, me habría hecho desmayar en mi propósito, si no lo hubiese sostenido firme, la fe en la fecundidad del trabajo de la inteligencia, la fe en que las producciones intelectuales, aun las más deficientes, contribuyen también á acrecer el caudal de los conocimientos humanos, la fe, sobre todo, en que ellas forman el lazo misterioso que une el espíritu de las generaciones pasadas, al espíritu de las generaciones venideras.

He procurado además, suplir mi deficiencia, apoyándome, al sostener una nueva doctrina, en la opinión de quienes puedan darle peso.

DEDICO esta obra á la juventud ecuatoriana; es decir, á la juventud estudiosa, que será la que pueda apreciar mi trabajo. Con una porción distinguida de esa juventud, compartí las tareas universitarias; sus entusiasmos y sus anhelos, fueron también

los míos, durante los años consagrados al hermoso estudio del Derecho.

De mis compañeros en aquellos días inolvidables, muchos son ya, honra de la magistratura y del foro ecuatorianos, y la amistad con que me honran, es legítimo título de orgullo para mí.

Bajo la valiosa protección de esos compañeros, pongo esta obra, seguro de que la estimarán, ya que no por su valor intrínseco, por el esfuerzo que significa hacia un ideal levantado.

Pero si aún ellos han de recibir indiferentes mi trabajo, no me pesará de las horas que le he dedicado. Esas horas, han sido para mí grato solaz, en medio del duro combatir por la existencia.

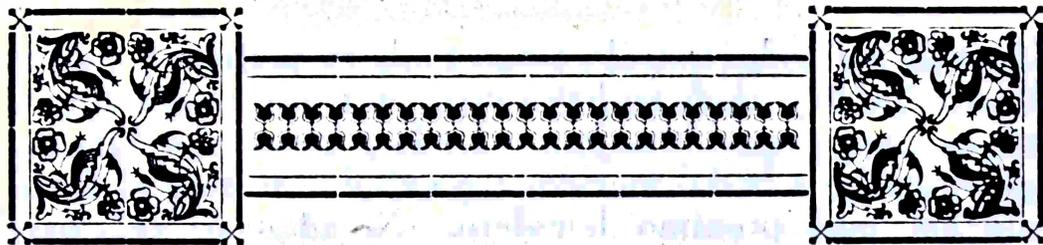
FRANCISCO JOSÉ URRUTIA

Quito, Noviembre de 1901.



PRIMERA PARTE
LA AUTORIDAD MARITAL

OJEADA HISTÓRICA SOBRE LA MATERIA.
FUNDAMENTOS, CARACTER Y NECESIDAD DE LA AUTORIDAD
MARITAL



CAPITULO PRIMERO

Condición de la mujer según las legislaciones primitivas del Extremo Oriente. La ley hebraica; los patriarcas. Las leyes de Grecia y de Lacedemonia

“Las mujeres dicen los libros santos de la India, son impúdicas y coléricas; tienen malas inclinaciones y perversos deseos. Que los maridos pongan el mayor cuidado en vigilarlas; que nada se les deje hacer por su propia voluntad.” (1)

Este precepto compendia las doctrinas imperantes en los primitivos países del Oriente respecto de la mujer. Esta se tiene como un medio para aumentar la población, cuando no como un simple instrumento de placer; así la consideran los grandes filósofos y legisladores de aquellos pueblos; así lo consignan las leyes de Manou y de Confucio.

Bajo el imperio de tales principios, claro es que la condición civil de la mujer tiene de ser muy triste; ella es

(1) Manou V. 147—IX, 2, 19.

incapaz en todo sentido respecto de su persona y de sus bienes; no hay edad, no hay estado en el que pueda librarse del yugo que la sujeta. De la potestad absoluta del padre pasa á la del marido; y ya viuda cae bajo el dominio del mas próximo heredero. No adquiere nada para sí; cuanto puede adquirir es para su padre ó para su marido, y uno y otro pueden venderla, como cualquiera de los bienes.

Aceptada la poligamia, permitida la repudiación de la mujer á voluntad de su señor, queda ella á la merced del capricho y de las pasiones desordenadas del hombre. Si no es repudiada, puede, cuando estéril, ser cedida á un próximo pariente. El alto y noble concepto del amor no ha penetrado aun en medio de esos pueblos sensuales y la idea de la familia es desconocida en absoluto.

La legislación y las costumbres, una y otras, señalan á la mujer un papel humillante y muy inferior al del hombre en el desenvolvimiento de la humana actividad. El poder político es despótico en extremo; el poder doméstico lo es también. El clima mismo enervante y excitador de las pasiones, en fin, todo contribuye á la degradación de la mujer.

Tan arraigada es la creencia en esos pueblos de que la mujer es un ser inferior al hombre que los filósofos y legisladores orientales juzgan que ni aun en una vida futura pueden romperse los lazos de la esclavitud femenina. Mahomed dice en el Korán, que aunque la esposa tenga una alma, no parece que esa alma pueda ir al paraíso de los hombres. Los chinos rehusan á la mujer una alma inmortal y los indios creen que es el amor del marido el que puede abrir á la esposa la puerta de las celestes felicidades.

La ley hebraica levanta ya la condición de la mujer, los patriarcas son sacerdotes y tiranos; pero el sacerdocio los hace dulces y respetuosos para con sus mujeres (1). La

[1] "El patriarca es el tipo de la sencillez y de la inocencia; mas bien que el varón incorruptible y justo es el niño sin mancha de pecado.... En vano buscaréis por el mundo en aquellos remotísimos tiempos al hombre pobre de espíritu, rico de fe, manso y sencillo de corazón, modesto en las prosperidades, resignado en las tribulaciones, de vida inocente y de honestas y pacíficas costumbres. El tesoro de esas virtudes apacibles resplandeció solamente en las solitarias tiendas de los patriarcas bíblicos," [Juan Donoso Cortés. Discurso de recepción en la Real Academia Española].

poligamia existe; pero rara vez el patriarca tiene más de una mujer y en todo caso solo una tiene la dignidad de esposa, las demás son concubinas ó sirvientas. Sara hace que Abraham arroje de la casa á la egipciana Agar y al hijo de ésta y el proceder de Abraham es aprobado por Dios (1).

La ley de Moisés dignifica la unión sexual; establece la igualdad entre los esposos; condena el adulterio. David prefiere hacer matar á Urías marido de Bethsabee, para poseerla después, antes que cometer adulterio con ella (2).

No es aun el matrimonio un sacramento, como bajo la ley nueva, ni puede serlo; pero sí una institución santa, al contrario de lo que pasa en los pueblos gentiles. Aun existe la poligamia, aun el levirato; pero con todo, el pueblo hebreo poseedor, como es, de las tradiciones bíblicas respeta y ama á la mujer; la poligamia y el divorcio están neutralizados por instituciones saludables y por honestas costumbres. La sociedad doméstica existe y la mujer no está reducida á la condición de cosa. El pueblo hebreo no es un pueblo de esclavos como los pueblos gentiles; las tradiciones bíblicas mantienen la libertad, y al amparo de esas tradiciones, bajo la salvaguardia de esa libertad, la mujer tiene derechos reconocidos y respetados; ella es la compañera del hombre y no su sierva; ella es la madre de los hijos y éstos son el orgullo de los padres, la *corona de los ancianos*, al decir de la Escritura.

Las vírgenes de Israel son cantadas por los poetas; ellas calman las iras del Cielo cuando la furia de Dios va á estallar; ellas consuelan al pueblo afligido y cuando llegan á ser madres son bendecidas por las muchedumbres, que esperan la venida del Salvador.

Aun en muchas ocasiones la mujer hebrea ejerce funciones públicas en el Estado. Débora gobierna la nación y conduce los ejércitos de Israel á la victoria. Gobierna también la viuda de Alejandro Janneo y la mujer de Hircano Macabeo. En suma la misión de la mujer en el pueblo hebreo, no es la misión degradante que entre los gentiles. Las hijas de Sión no son esclavas, como las

[1] La Biblia—El Génesis, cap. XXI.

[2] La Biblia—Los Reyes, cap. XI.

mujeres infieles, sino que se reputan como seres benéficos y nobilísimos; no son ya las descritas en los libros de Manou, sino las comparadas á los blancos lirios en el Cantar de los Cantares.

Nos dice Herodoto (1) que entre los etruscos, los egipcios, los griegos primitivos y otros pueblos hubo tiempo en el que la mujer fué el jefe de la familia y transmitió sola su nombre á los hijos. A pesar de esto, á juzgar por los textos de los filósofos más antiguos, y por el decir de historiadores ilustres, la mujer griega vivía en completa dependencia de su marido. Los filósofos griegos no tienen idea muy elevada de la mujer. Platón la cree una creatura "apenas superior á los animales desprovistos de razón." (2) Hipócrates la juzga de una naturaleza perversa y de una inclinación irresistible al vicio (3). Aun en las fábulas de la mitología se traduce esta creencia general respecto á la inferior condición de la mujer. Clytemnestre había asesinado á su marido Agamenón, por lo cual ella á su vez fué asesinada por Orestes, quien vengó á su padre. Orestes fué defendido ante el tribunal de los dioses por Apolo y Minerva. "Escuchad, dice Apolo á los dioses, no es la madre la que da la vida al hijo; ella no hace sino guardar el germen depositado en su seno. Se puede nacer sin tener madre, tal como nació Jupiter, que jamás fué alimentado en las tinieblas del seno maternal." Orestes fué absuelto por el voto de los dioses.

Sin embargo, la condición de la mujer griega no puede igualarse á la que tuvo entre los pueblos gentiles de aquella edad. Es cierto que la mujer griega está bajo tutela perpetua, porque es reputada siempre menor; pero esa tutela se la da el Estado, en guarda de su propio interés. La mujer griega tiene representación ante la ley, como que puede adquirir y su dote está protegida y puesta bajo el amparo de la misma ley; el marido no puede disiparla á su arbitrio; al contrario tiene que restituirla y puede ser compelido á ello por acciones eficaces.

Ni podia ser nunca la misma la condición de la mujer en los pueblos despóticos y sensuales del Oriente que

(1) Herodoto. I, 173.

(2) Platón. Tratado de las leyes.

(3) Hipócrates. Tomo II, pág. 910.

en un pueblo amante de la filosofía, cultivador de las artes y de las letras y regido por instituciones republicanas, como era el pueblo griego. El ciudadano de Atenas, que proclamaba y defendía la libertad en los comicios, no podía convertir á su esposa en una esclava, en el seno del hogar. Aristóteles dice que el esposo, tirano respecto de su esclava, es rey respecto de sus hijos y magistrado republicano para con su esposa (1).

La ley griega autoriza, es verdad, el concubinato; pero la concubina no llega á tener la dignidad de la esposa; ni los hijos de concubina pueden llegar á ser reputados miembros de la familia, sino mediante la legitimación.

Pueblo guerrero, el lacedemonio, se propuso dar á la mujer la misma educación que al hombre. Las luchas en el circo, los ejercicios constantes en el gimnasio, con los cuerpos casi desnudos, eran comunes á los niños de uno y otro sexo. La defensa del Estado: he aquí la suprema misión de hombres y mujeres, según el espíritu de la ley de Licurgo. Este sistema de educación prostituyó á la mujer lacedemonia á tal punto que su depravación llegó á ser célebre (2). En un pueblo como el lacedemonio formado exclusivamente para la guerra, con una autoridad militar despótica, mal podía la mujer aspirar á la condición que luego le reconocieron otros pueblos y otras legislaciones.

[1] Aristóteles. Política, I, 5.

[2] Plutarco. Obras morales. Tratado del amor.

CAPITULO II

La mujer romana. Tiempos primitivos. La tutela perpetua. Las leyes Papia Popena y Claudia. Reglamentación de la dote. Independencia de la mujer. Relajación de las costumbres en los últimos tiempos del Imperio

“*Veteres voluerunt feminas etiamsi perfectæ etatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*” (1) “*et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam*” (2). Estas palabras de dos de los más eminentes jurisconsultos romanos nos manifiestan cual fué la condición civil de la mujer en los primeros tiempos de Roma.

La mujer no tiene según la primitiva legislación romana un solo día de independencia, en todo el transcurso de su vida. Cuando no está bajo la potestad del padre de familia (*in potestate*), ó bajo la potestad del marido (*in manu*), cae bajo la dependencia del tutor, el cual lo mismo que el del impúber podía ser testamentario, legítimo ó dativo. El marido mismo, al testar, podía dar un tutor á su esposa como á una hija y cuando, por concesión del marido, ese tutor era elegido por ella se llamaba *tutor optivo*, en oposición al designado nominalmente ó sea el *tutor dativo*.

Establecido el parentesco civil de la agnación para el efecto de la transmisión hereditaria de los bienes, muerto el padre cae la hija bajo la tutela del más próximo agnado y bajo esa tutela no puede ejercer acto alguno civil; ni aun las convenciones matrimoniales, no siquiera el testamento puede ser otorgado por ella sola. La muerte

(1) Gayo. I, § 144.

(2) Ulpiano. Reg. II, I.

del *pater familias* da al hijo la independencia, á la hija no; esta no hace durante su vida sino cambiar de señor, cuando no es su señor el padre, es el marido y cuando no es el marido el tutor.

El marido, adquiere la *manus*, es decir el poder legal sobre la mujer, bien sea por la confarreación [sacrificio en que los desposados se servían de un pan de trigo]; bien por la coempción [venta solemne de la mujer hecha al marido]; ó bien simplemente por la usucapión (esto es el uso no interrumpido durante un año). Por cualquiera de estos medios la esposa sale de la potestad paterna para pasar á la del esposo, deja ya de adquirir para el antiguo señor y adquiere para el nuevo; cesa de pertenecer á la familia antigua y pasa á ser parte de la del marido; pero, en todo caso, por las formalidades mismas de las nupcias, análogas á las de una venta, por el dominio que se transmite de una á otra mano, se ve que la mujer civilmente es cosa y no persona.

Y es que la ley romana, de los primeros tiempos de la fundación de la ciudad, quiere á todo trance que la mujer sea sierva del marido. Numa había fijado para las mujeres la época del matrimonio en la tierna edad de 12 años, para que los romanos se casasen con vírgenes puras y obedientes, que pudieran ellos educar á su arbitrio. Casada la mujer no conserva ni su nombre ni su familia, ni aun sus viejos lares; su persona civilmente está absorbida por la persona del marido. Este puede juzgarla, condenarla, aun á muerte, y ejecutar ó hacer ejecutar el mismo la sentencia (1).

Después de las guerras púnicas las matronas romanas aspiraron á participar de los beneficios de una libre y opulenta república; sus deseos se fueron colmando y su ambición apenas si pudo ser contenida por las medidas propuestas por el severo Catón el Censor. Las solemnidades de las antiguas nupcias, fueron abolidas y la mujer pudo oponer á la usucapión la interrupción, por la ausencia de tres días del lecho nupcial. Pudieron ya suscribirse contratos matrimoniales sin perder la mujer al casarse su nombre, ni dejar de pertenecer á su familia; se aseguró la fortuna de la mujer contra las disipaciones

[1] Gibbon. Cap. XXIII, § 6. Decadencia y ruina del Imperio Romano.

del marido; se tomaron providencias contra las donaciones entre los esposos y se concedieron recursos legales á la mujer ofendida contra el marido ofensor.

Luego vinieron las leyes Papia Popea, en tiempo de Augusto y la ley Claudia en tiempo de Claudio. Por la primera Augusto, con el primordial objeto de estimular el aumento de la población estableció que las mujeres libres que tuviesen tres hijos quedarían exentas aun de la tutela legítima. La ley Claudia suprimió en absoluto la tutela legítima de los agnados y así con estas leyes hubo ya mujeres, *sui juris*, es decir civilmente independientes.

El padre fué obligado á dotar á la hija y el marido á devolver los bienes dotales, disuelta la unión, puesto que convenía facilitar los matrimonios por la conservación de esos bienes [1]. Después la ley Julia "*De adulteriis et de fundo dotali*" prohibió la enajenación de los inmuebles dotales, sin el consentimiento de la mujer y la hipoteca de ellos, aun mediando dicho consentimiento. Finalmente Justiniano estableció la prohibición absoluta de enajenar y gravar los inmuebles dotales, con ó sin el consentimiento de la mujer.

El establecimiento del régimen dotal en Roma es obra de un desarrollo sucesivo. Por qué gradación, se pregunta uno de los más notables expositores de las Instituciones de Justiniano [2], del matrimonio, acompañado de la *manus* marital, en que la personalidad de la mujer queda absorbida por el marido, se llegó á pasar á un sistema en que la dote llevada por la mujer para sostener las cargas del domicilio común es conservada y asegurada?

En suma tenemos á la mujer romana reducida á la condición legal de cosa, sin personalidad, sin derechos, en los primeros tiempos de Roma. Luego, en tiempo de los Emperadores, la vemos emancipada ya, libre de la antigua tutela, señora de su persona y de sus bienes.

Pero no son solo las leyes las que en una época y en una nación, determinan la condición de la mujer. Las leyes no son sino un precepto salido de la boca de los hombres; las costumbres son el espíritu, la educación, el

(1) *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere propter quam, nubere possunt. Dig. 23, 3, 2, f. Ulp.*

(2) Ortolán. Explicación histórica de las instituciones. Libro II, § 588.

modo de ser de un pueblo. Como corroboración magnífica de esta máxima de Montesquieu tenemos la historia de Roma; historia que será siempre de palpitante interés para todos los pueblos que han sucedido en el transcurso de los siglos al pueblo rey.

La mujer romana, esclavizada al parecer por la primitiva legislación, sujeta á perpetua tutela, desprovista en absoluto de derechos, ocupa, sin embargo, rango muy distinguido en la sociedad romana. No vive en realidad la mujer bajo degradante despotismo, como pudiera creerse por la lectura de las leyes de aquella época; muy al contrario. Cuando el marido conduce á la joven desposada á la nueva casa, ambos se detienen al entrar y la esposa dice al esposo: "Allí donde tú eres el señor yo seré la señora." (*Ubi tu Caïus, ibi ego Caïa*). Luego, en el seno del hogar, la mujer es una matrona respetada, aun rodeada de dignidades y de honores. Ella dirige los asuntos domésticos en el interior de la casa y educa á los hijos; fuera de ella concurre á las ceremonias públicas y ofrece sacrificios á los dioses. No ejerce funciones políticas, pero sí tiene en la administración del Estado notabilísima influencia. La historia de Roma está llena de nombres de mujeres distinguidas, nombres que han pasado á la posteridad. El ultraje á una mujer es causa de la caída de los Tarquinos; el ultraje á otra es causa de la de los Decenviros. En la guerra de Pórsena contra los Romanos, es Clelia la que salva á los últimos y cuando los bárbaros, conducidos por Coriolano, avanzan sobre la gran ciudad, aun es otra mujer la salvadora. Cornelia es el dechado de todas las virtudes y como Cornelia hay muchas en Roma. Matronas como esas no pueden dejar de ejercer notable influencia en la marcha de la sociedad, hasta obligar á decir á Catón. "Donde quiera los hombres gobiernan á las mujeres y nosotros que gobernamos á todos los hombres, somos, no obstante, gobernados por ellas" [1].

La tiranía del marido sobre la mujer no pasó, pues, de las leyes, en los tiempos primitivos de Roma. "Muchos autores, dice Savigny, han condenado el derecho de familia romana como una desnaturalizada tiranía, olvi-

(1) Plutarco. Cuestiones romanas, 30.

dando que en ninguna parte de la antigüedad ha sido la madre de familia más respetada que en Roma." [1] "La situación jurídica de la mujer romana, nos dice Yhering, era tristísima, pero no estaba nivelada con ella su situación social. Las mujeres romanas fueron siempre acatadas en el seno de las familias y gozaron de grandes consideraciones." [2]

Entonces el matrimonio fué al decir de Modestino "la unión de dos vidas, la confusión de dos patrimonios, la comunidad de intereses temporales y religiosos." De hecho existió la monogamia, porque los hijos de concubinas no podían ser legitimados, ni reconocidos. El divorcio legalmente existía, pero nadie acudía á ese extremo recurso, condenado por la opinión pública; aun mas, el censor imponía nota de infamia al que se atrevía á solicitarlo. Durante 500 años ningún marido solicitó el divorcio en Roma. Por primera vez, en el año 523 de la fundación de la ciudad, Espurio Carvilio repudió á su bella, pero infecunda esposa [3].

Con tales costumbres la República tuvo necesariamente de prosperar. Madres que se gloriaban de educar á sus hijos en la práctica de la virtud, que vijilaban la educación de ellos hasta en sus más ínfimos pormenores no podían menos de entregar después á la República ciudadanos dignos de gobernarla. Así fué como Cornelia educó á los Gracos, así fué como Aurelia formó á Julio César [4].

Vinieron después los tiempos de la corrupción de Roma; el despotismo de los Césares aniquiló la potestad del jefe de la familia; aquellos tiranos sabían bien que para corromper á la nación hay que principiar por corromper á la familia. Las mujeres reclamaron cada día mayores privilegios y la ley se los fué otorgando. Primero los pretores y luego los emperadores, fueron relajando los lazos del poder doméstico, hasta llegar al punto de la completa independendencia de la mujer, que coincide en la historia romana con el de su suprema corrupción.

Los historiadores de la época nos dicen que el de-

(1) Savigny. Sistema del derecho romano. Tomo I, Pág. 234.

(2) Yhering. Espíritu del derecho romano. Tomo II, sección 1.

(3) Gilbon. Decadencia y ruina del Imperio Romano. Cap. XX, III.

(4) Tácito. Diálogo sobre los oradores. XXV, III.

senfreno de las mujeres romanas, en los días del Imperio no conoció límites. El pudor desapareció para dar lugar al escándalo, á la prodigalidad y á la satisfacción de todos los caprichos. No hubo placeres ni espectáculos suficientes para saciar á esas mujeres ávidas de goces y de sensaciones.

La vida de familia desapareció. Los divorcios se multiplicaron y hubo mujeres que contaron sus años por los maridos que tuvieron. El más ligero pretexto servía como causal legítima de divorcio (1) y para el romano digno y serio quedó como único refugio el celibato; como el solo medio de evitar la deshonra y el ridículo á que se exponían los maridos en una sociedad de tal suerte corrompida.

Ya las matronas romanas no son las educadoras de los grandes repúblicos; no son las que amamantaron á sus hijos con el culto de la virtud y el amor á la libertad; las que privan en Roma son ya las cortesanas, célebres por su vicios y por su depravación.

El hogar quedó desierto; dejemos la palabra á Tácito, para describir las costumbres de aquel tiempo. "Hoy en día, dice el ilustre Historiador, los hijos se entregan á una sirvienta griega á la cual se juntan uno ó dos viles esclavos. Sus cuentos y sus errores son los que penetran primero en las jóvenes inteligencias de los niños. Los mismos padres acostumbran á los hijos á la desobediencia; les infunden el gusto de los histriones, la pasión por los gladeadores, por el circo; ningún cuidado por la educación moral, por el estudio, por la práctica de la virtud etc., etc. (2).

La mujer emancipada de la autoridad doméstica fué la mujer emancipada de todo deber y el mal subió á tal punto; tan desastrosas consecuencias tuvo, aun para el Estado, que se pensó, en ponerle remedio, pero se había adelantado ya mucho en la senda peligrosa; el mal tenía raíces, y el remedio fué tardío.

Se dieron leyes para desminuir el lujo inmoderado de

(1) "*Passion, interest, or caprice, suggested daily motives for the dissolution of marriage; á word, á sign, á message, á letter, the mandate of á freedman, declared the separation; the most tender of human connexions was degraded to á transient society of profit or pleasure*"—Gibbon.—Obra y pasaje citados.

(2) Tácito Dialago sobre los oradores. XXIX.

las mujeres; se trató de disminuir el número alarmante de divorcios, sujetando la apreciación de las causas alegadas al juicio de censores; se quiso restringir la facultad de las mujeres de adquirir por testamento; se castigó el adulterio y se declaró incapaz de adquirir á la mujer adúltera. Finalmente después de haberse declarado á la mujer suficientemente capaz para la vida civil y como tal independiente, se volvió á pregonar su incapacidad y se quiso proteger su debilidad. El senado consulto veleyano (1) le prohibió afianzar deudas ajenas (2); luego se le prohibió también el comparecer en juicio en representación de sus derechos ó de los ajenos y se le privó de la facultad de dar testimonio judicial.

La historia de Roma, fecunda en grandes enseñanzas, nos está mostrando cuánto mas valen las costumbres que las leyes; pero al mismo tiempo cuánto influyen en daño de las costumbres las leyes que no se inspiran en la sana razón.

(1) El senado consulto veleyano se expidió en el año 46 á petición de los cónsules Marco Solano y Veleyo Tutor.

(2) Anteriormente bajo Augusto y Claudio se había prohibido á la mujer afianzar por el marido [*"ne feminae pro viris suis intercederent"*].

CAPITULO III

El cristianismo. Preceptos de los apóstoles. Abolición de la poligamia. Indisolubilidad del matrimonio. Igualdad moral entre los esposos

“Los esposos cristianos escribe Tertuliano son dos fieles reunidos bajo el mismo yugo; no tienen sino una carne y un mismo espíritu; están siempre reunidos en la asamblea de los cristianos, en la mesa de Dios, en los sufrimientos, en la paz” (1). San Pablo dice “Maridos amad á vuestras mujeres como Cristo amó á su Iglesia sacrificando su vida por ella” (2). “Entre nosotros, dice San Jerónimo, lo que se prohíbe á las mujeres no se permite á los hombres y el mismo deber sujeta á los dos esposos” [3].

En estos preceptos tomados de entre otros muchos aparece toda la grandeza de la doctrina cristiana. Fué en realidad el cristianismo el que vino á redimir á la mujer, á levantarla de la condición triste que le habían señalado las legislaciones paganas, el que reveló toda la altura de su misión y la colocó en el rango que le correspondía.

De una mujer, si humilde, de sangre de reyes, nació en el humilde establo de Belén, el Salvador del Mundo, y de esa mujer colmada de todas las perfecciones, hizo el Cristianismo el tipo ideal de la virgen, de la madre, de la esposa y de la viuda. Toda la majestad, toda la grandeza, todo el encanto de que el Cristianismo rodeó á María, tenían de reflejarse sobre la mujer cristiana.

(1) Tertuliano. Ad uxorem, II, 9.

(2) San Pablo. Ep. ad Ephes. V, 25.

(3) San Jerónimo. Ad oceanum.

El cristianismo hizo de la unión de los esposos una unión santa, consagrada solemnemente en el sacramento del matrimonio; la unión física de los cuerpos la ennobleció por la unión moral de las almas. Ya nó es el esposo el señor y la esposa la vasalla; uno y otro son compañeros que, la mano sobre la mano, han de rendir en estrecha unión las penosas jornadas de la vida.

El cristianismo destruyó la poligamia, porque la poligamia destruye á la vez la igualdad entre los esposos, y mina por su base la institución del matrimonio. Si este supone el amor á una esposa única á la que se debe protección toda la vida, mal podía aceptarse la concurrencia de otras mujeres para disputar ese amor y esa protección. Si tiene el matrimonio por objeto la fundación de una familia y la educación de ella, mal podía aceptarse la concurrencia de otros hijos á disputar el cariño y los cuidados del padre. Si la mujer solo puede tener un marido, por ser contraria á la naturaleza la poliandria, el marido á su vez no puede tener sino una esposa; lo contrario hubiera sido volver á la desigualdad de los gentiles. "Una mujer, dice Bossuet, que da su corazón para siempre y todo entero, recibe de un esposo fiel un presente igual y no puede temer el verse despreciada ó abandonada por otra."

El cristianismo estableció la indisolubilidad del matrimonio como única garantía eficaz para la esposa. El lazo del matrimonio, como sacramento, es lazo divino y "el hombre no puede separar lo que Dios ha unido." (1) La disolubilidad del matrimonio es la poligamia en otra forma, puesto que las uniones sucesivas traen los mismos males que las simultáneas. El divorcio, entendido como disolución del matrimonio, coloca á la mujer en condición muy inferior respecto á la del marido. Incierto es el porvenir de la esposa, si puede ser abandonada por el primer capricho del esposo; si puede ser arrojada del hogar, precisamente cuando marchitos sus encantos mas necesita del apoyo de aquel á quien ha dado su alma y su cuerpo. El amor en que la Iglesia basa el matrimonio, no es el capricho de los sentidos, que se extingue saciados ya estos, sino el sentimiento espiritual serio y constante que no ha de tener término. La Iglesia no ha querido el divorcio

(1) San Mateo. cap. 19, y 6. [*Quod ergo Deus conjunxit homo non separet*].

porque este no se concilia con ese sentimiento; no lo ha querido, sobre todo por el daño que causa á la esposa. El divorcio es siempre arma de ataque en manos del marido, en manos de la mujer arma de la que la primera víctima es ella. El marido divorciado podrá siempre fundar una nueva familia; á la mujer divorciada le será mucho más difícil.

No destruye el cristianismo la obediencia debida por la mujer al marido, ni puede destruirla, esencial como es para la existencia de la sociedad entre los esposos. *Mulieres subdita sint viris suis*, dice el Apóstol de las gentes (1). Pero esa obediencia no es la obediencia de la esclava, sino la de la asociada que debe someterse al jefe de la sociedad, por bien de esta misma.

El cristianismo, pues, verdadero redentor de la sociedad política, es también el redentor de la sociedad doméstica. Las bases puestas por él son incommovibles; las legislaciones variarán después en los pormenores, pero en los pueblos cristianos las vivificará el mismo espíritu y ya la mujer no podrá descender del pedestal para ella levantado.

(1). San Pablo. Ad Ephæs. V, 22.

CAPITULO IV

*Los germanos. La comunidad de bienes entre los esposos.
El mundium*

Las leyes eclesiásticas nada habían establecido, como materia ajena á su jurisdicción, sobre los bienes de los esposos; pero establecida la comunidad moral entre ellos, de suyo se desprendía la comunidad de bienes. Los pueblos germanos son los primeros entre los cuales se desarrolla en primer término el régimen de comunidad.

En Germania la mujer estaba colocada bajo el *mundium* el cual tenía su semejanza con la *manus* romana; con la diferencia de que la *manus* era ejercida por el marido solo y el *mundium* por los mas próximos parientes. De aquí provenía el que el *mundium* fuere de suyo un poder mucho más suave en su ejercicio que la *manus*, ya por estar dividido su ejercicio entre los varios parientes, ya por la vigilancia mútua entre ellos. Además la *manus* era un poder establecido en favor solo del marido; mientras que el *mundium* tenía por objeto primordial el proteger la debilidad de la mujer. En países esencialmente guerreros, en los que los contratos y los actos judiciales se celebraban con las armas en la mano, la mujer necesitaba de representante, porque era incapaz de cargar las armas. Mas, para todo aquello para lo que la mujer germana no estaba impedida por su debilidad, hacía sentir su influencia.

Aquellos supersticiosos guerreros veían en el sexo femenino algo de divino y de profético, según nos refiere Tácito. Este mismo autor hablando de las costumbres de aquellos pueblos nos dice: "Aquí la mujer es casta y vive

lejos de los espectáculos corruptores de las costumbres y de los festines que encienden las pasiones; tiene un solo esposo como tiene un solo cuerpo y una sola vida, á fin de que su pensamiento no busque nada más allá de su estado actual, de que su corazón no sea tentado por ningún nuevo deseo. Las buenas costumbres ejercen aquí más influencia que las buenas leyes en otros países" [1]. La mujer germana, tiene una personalidad civil y puede adquirir para ella. El mismo Tácito nos dice: "No es la mujer sino el marido el que aparta la dote. Esta no consiste en frivolidades de aquellas que encantan á las mujeres; consiste en bueyes, en un caballo enfrenado, en un escudo, etc., etc. Para que la mujer no se crea dispensada de los cuidados de la guerra, los arúspides que presiden su himeneo le advierten que viene á compartir los trabajos y los peligros y que su ley en la paz y en la guerra es la del sufrimiento. Es esto lo que significan los bueyes uncidos, el caballo equipado y el escudo que se le dan. Es así como aprende ella cómo ha de vivir y cómo ha de morir" [2].

El marido era el administrador de todos los bienes de la mujer, pero esta era asociada de aquel. A la disolución del matrimonio tomaba ella parte de las economías realizadas y de los bienes adquiridos durante la unión. El marido podía enajenar libremente los bienes muebles de la esposa, pero no los inmuebles á no ser con su consentimiento. La mujer podía quejarse contra el marido que disipaba los bienes dotales; aun la Iglesia protegía su debilidad, pues en muchos casos podía la mujer dirigirse al Obispo y obtener una separación total ó parcial de bienes [3].

La comunidad de bienes estaba, pues, establecida y con ella la unidad de administración, de fortuna y de intereses entre los esposos. No había ya dos voluntades independientes, ni dos patrimonios, sino una voluntad y un patrimonio, como una sola carne. Haciendo á la mujer la asociada del marido, la ley prevenía al último que su deber respecto de la esposa no se extendía solo al presente, sino que debía atender á las contingencias del porvenir. La esposa á su vez era la partícipe así de los días de

[1] Tácito. Costumbres de los germanos. Cap. XIX.

[2] Tácito. Costumbres de los germanos. Cap. XVIII.

[3] Tardif. Los orígenes de la comunidad. Pág. 18, § 2.

prosperidad como de los días de miseria. Esa sociedad de bienes como cualquiera otra requería una autoridad y esa autoridad por la naturaleza misma tenía de recaer en el marido, jefe en el matrimonio. Aquí tenemos, pues, el régimen de comunidad, saliendo de entre las selvas de los rudos guerreros germanos.

CAPITULO V

La Edad Media. Los francos. Los lombardos. Los sajones. Condición de la mujer en estos pueblos. Las leyes de Partida

Durante ese caos de la legislación política y civil que constituye la Edad Media; en pueblos que no tenían aun idea precisa del derecho y que luchaban apenas para constituirse en verdaderas nacionalidades, la condición jurídica de la mujer mal podía ser ventajosa. Ella fué una de las víctimas escogidas de aquellos tiranuelos, que se llamaron los señores feudales, y que libres de toda ley erigieron por tal su voluntad; ella fué la que sufrió en primer término las consecuencias de aquel estado de guerra permanente, en el que todo señor feudal era un guerrero enemigo de todos los otros señores feudales, todo vasallo, un soldado á su servicio; el territorio un vasto campamento, el castillo una erizada fortaleza.

Solo en medio de un estado tal de cosas han podido reconocerse las prerogativas del señor feudal, como derechos inherentes á su dominio. La tutela feudal del señor sobre la mujer, será siempre un motivo de vergüenza para la humanidad, en aquella época de confusión. Dicha tutela fué mucho más dura que la *manus* y que el *mundium* y se introdujo en exclusivo provecho del señor feudal. Cuando un vasallo moría dejando una hija, el señor tenía el usufructo de los bienes de esta y solo él podía disponer de la mano de su pupila hasta la edad de 60 años. Estos derechos que algunos señores ejercían solo sobre las huérfanas, otros los tenían indistintamente sobre todas las hijas de sus vasallos y hubo algunos que, á falta de otro patrimonio, ejercieron su derecho soberano, quitando el honor á sus vasallas.

Semejante estado de cosas, anómalo y contrario á la naturaleza misma, no podía durar; leyes y costumbres tan duras tenían que desaparecer al peso de sus mismos rigores. Luego, el feudalismo fué desapareciendo; principiaron á formarse las grandes nacionalidades y con ellas las grandes legislaciones. Si la tutela de la mujer subsistió hasta algún tiempo después, fué ya una institución en provecho de ella, y sus derechos se fueron reconociendo y pudo adquirir entre vivos y por testamento. Carlo Magno legislando sobre la tutela de los débiles decía: "Que nuestros aliados se informen del estado de las viudas y del de todas las personas incapaces; que cuiden de que estén provistas de tutores prudentes y amigos de la justicia; que si encuentran tutores perversos los reemplacen y si ellos no pueden por sí solos reparar el mal, que nos lo sometan para corregirlo; pues que al Emperador, después de Dios y de sus santos, es á quien corresponde la protección y la defensa del orfelinio y de la viuda" [1].

Entre los francos un viejo sentimiento de libertad hizo mejor la condición de la mujer, aun antes de la edad moderna. "Todo, dice Montesquieu, está en una estrecha relación; el despotismo del príncipe se relaciona con el despotismo sobre las mujeres; la libertad de las mujeres, con el espíritu de la monarquía" [2]. Esto lo dice Montesquieu refiriéndose á una época en que la monarquía fué el refugio de las libertades públicas, contra los señores feudales.

Aun más, en la clase noble la mujer gozaba de perfecta independencia. El sentimiento caballeroso entre los francos igualaba al amor á la libertad. Cuando un señor se armaba caballero juraba "sostener el derecho de los débiles, de las viudas, de los huérfanos, de las doncellas. . . ." [3].

Es cierto que en el Mediodía de Francia imperaban leyes y predominaban costumbres diferentes que en el Norte, pero en lo general la condición de la mujer en la Francia de la Edad Media, fué superior á la que tuvo en muchos otros pueblos de Europa. En el Mediodía pre-

(1) Cap. II, 802.

(2) Montesquieu. *Esprit des Lois. Lib. XIX, chap. XIV.*

(3) Guizot. *Historia de la civilización en Francia.*

dominaron hasta el siglo XV las leyes romanas del tiempo del Imperio; en el Norte rigieron las costumbres nacionales. Por estas la mujer goza de los beneficios de la comunidad de bienes, por aquellos no. Los jurisconsultos franceses trataron después de unificar la legislación, conciliando, en lo posible, las leyes romanas predominantes en el Mediodía, con las costumbres nacionales del Norte.

En Italia, así en tiempo de los lombardos como posteriormente durante las Repúblicas, la condición civil de la mujer fué sumamente dura, como que fueron las primeras leyes romanas las adoptadas. Las Repúblicas organizaron la antigua tutela perpetua y restablecieron los privilegios absurdos de la agnación. La mujer solo pudo tener un patrimonio muy reducido y aun respecto de ese, fué absoluta la incapacidad.

De los países germánicos hemos hablado anteriormente; fué entre ellos que nació el régimen de comunidad de bienes.

Según la antigua común ley Inglesa [Common law] el estado civil de la mujer no fué tampoco muy ventajoso. "*El mundium*, nos dice un autor francés, preparó entre nosotros la incapacidad de la mujer casada; en Inglaterra condujo á la desaparición completa de la personalidad de la mujer durante el matrimonio" [1]. El matrimonio dejaba subsistente solo la personalidad del marido, la de la mujer se extinguía: toda relación civil entre los esposos se hacía imposible durante el matrimonio, quedando como quedaba absorvida la persona de la mujer por la del marido. Este era el propietario de los bienes muebles de la esposa, administraba los inmuebles; percibía los productos de estos y podía conceder derechos reales en ellos. No los podía enajenar y como á su vez la esposa era incapaz de todo acto civil, de hecho se estableció la inalienabilidad de esos inmuebles. Cuando la mujer era injuriada ó herida, el marido solo podía interponer la queja ante el Juez, y si había lugar á una indemnización se acordaba al marido en nombre de este como si el daño se hubiese causado á una cosa suya; si la mujer cometía un delito, en presen-

(1) Glasson. Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra. Tomo IV, pág. 185 y siguientes.

cia de su marido este solo era el responsable "*quia retinere et castigare uxorem debet.*" Finalmente la mujer estaba privada del derecho de hacer testamento.

Este era el antiguo derecho escrito inglés. Ahora bien, así como en Roma la equidad representada por el pretor temperaba el rigor del derecho escrito, en Inglaterra sucedía lo mismo con los recursos de la Cancillería. Se establecieron ficciones, mediante las cuales, la mujer inglesa, incapaz en absoluto, según derecho, pudo de hecho tener alguna personalidad, conservando la propiedad y el usufructo de sus bienes. Así en el momento de su matrimonio, podía confiar en fideicomiso sus bienes á un tercero. Este tenía la propiedad nominal y el cuidado de ellos; pero en realidad la mujer percibía los productos y disponía de ellos á su arbitrio. La esclavitud de la mujer era, pues, nominal también.

Las más de las veces el fideicomisario (*the trustee*) era el mismo marido y este entregaba á la mujer el producto de los bienes cuyo usufructo se había reservado aquella. Así de hecho se estableció en Inglaterra algo muy semejante al régimen legal francés de la separación de bienes.

Sin embargo, la *common law* inglesa no podía eludirse sino mediante las prácticas de la Cancillería y estas daban lugar á costosas formalidades, fáciles únicamente para las clases acomodadas. De aquí una desigualdad manifiesta entre las mujeres ricas y las pobres; una desigualdad mas, añadida á tantas otras, en una nación tan aristocrática como la inglesa.

Las leyes de Partida siguieron á las leyes romanas en cuanto que adoptaron el sistema dotal como Justiniano lo estableció. *Bonum erat, dicen aquellas, mulierem se ipsam marito committit res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari* [1] y las leyes de partida; "La mujer que mete su cuerpo en poder del marido non le debe desapoderar de su dote" [2].

Ahora bien las leyes que en Roma se dieron en favor de la dote y para precaverla contra las eventualidades de los divorcios frecuentes no tenían razón de ser en los Códigos del Rey Sabio, que reconocían el matrimonio como in-

(1) Lib. 8, tit. 14, lib. 5, cod.

(2) Lib. 29, tit. 11, part. 4.

disoluble y lo sujetaban, como sacramento, á las disposiciones canónicas.

Por lo demás, las leyes de Partida, leyes que glorifican, si aun cabe más, á la por tantos títulos gloriosa España de esa edad, reconocieron plenamente la personalidad civil de la mujer (1). Después, las relaciones domésticas entre los esposos fueron perfectamente reglamentadas por las leyes 53 y 60 del Toro, que pasaron íntegramente á ser parte de la Novísima Recopilación. Esas dos leyes contienen las máximas fundamentales, que encontramos aceptadas en todos los Códigos modernos.

[1] "Las sociedades políticas de la Europa en la Edad Media no pueden presentar una obra de jurisprudencia, ni otra alguna comparable con la que se concluyó en Castilla bajo la protección del Rey Sabio.... El jurisconsulto, el filósofo y el literato se agradan de su lectura porque está escrita con magestad y elegancia, lenguaje puro y castizo, con admirable orden y método en todas sus partes principales, tanto que excede en esto y se aventaja sin duda á los mismos originales, y se halla sembrada de noticias históricas muy curiosas y de pensamientos filosóficos y de máximas de profunda sabiduría, dignas de consultarse y meditarse por nuestros políticos y legisladores." Marina. Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación.

CAPITULO VI

La Revolución francesa. La proposición de Cambacèrès en la Convención. El primer Cónsul. El Código Civil

Cuando estalló la Revolución francesa el principio de la autoridad marital estaba tan fuertemente arraigado que, no obstante las profundas conmociones políticas y sociales de esa revolución, dicho principio, y las instituciones de él derivadas, pudieron mantenerse intactas. Más ó menos, todo principio de autoridad tuvo que resentirse por el choque violento de la Revolución, pero la autoridad marital pudo sostenerse incólume, y cuando el primer Cónsul edificaba sobre las ruinas del pasado las nuevas instituciones, recibía sin embargo, de manos de los jurisconsultos la autoridad marital, como el antiguo régimen la había establecido.

Autores hay, que dicen, que los revolucionarios franceses, que tanto hicieron por la libertad y por los derechos de los hombres, olvidaron por completo los derechos de la mujer. Pero el proceder de los revolucionarios tiene su explicación.

La Revolución se estrelló contra todo poder absoluto, pero respetó los poderes moderados. Echó abajo la monarquía, por el monstruoso cúmulo de poderes que había abarcado; pero respetó la autoridad paterna y la marital, porque, ya desde antes, en Francia, esas dos potestades habían sido moderadas.

Esa revolución fué, además, una revolución iniciada por grandes pensadores y por eminentes filósofos, que dirigieron las corrientes revolucionarias contra las instituciones políticas, ante todo.

Tan así es, que Mirabeau replicaba victoriosamente á los que pretendían desnaturalizar la misión de la mujer: “Colocar á las mujeres en medio del tumulto de los hombres y de sus negocios, exponerlas á los peligros de una vida, que no pueden ellas soportar, sino es quebrantando su constitución física, es degradarlas ante ellas y ante nosotros; so pretexto de darles participación en el ejercicio de la soberanía, se quiere despojarlas de la única soberanía que poseen. Sin duda la mujer debe reinar, pero en el interior del hogar; solo allí; en cualquiera otra parte es extraña su intervención” (1).

Robespierre, el exaltado jacobino, el gran demoleedor de la vieja sociedad política, fué, sin embargo, adverso á la emancipación de la mujer, y Chaumette, revolucionario exaltado también, refiriéndose, cuando procurador general, á las mujeres que un día habían forzado la entrada á la Municipalidad de París decía: ¿“Y desde cuándo se permite á las mujeres renegar de su sexo para convertirse en hombres? ¿A quiénes ha confiado la naturaleza los cuidados domésticos, á ellas, ó á nosotros? Nos ha dado acaso pechos para amamantar á nuestros hijos? . . . La naturaleza, esa madre común, está diciendo á la mujer: para tí los cuidados de los niños, el arreglo del hogar, las dulces inquietudes de la maternidad, he allí tus derechos” [2].

La Convención, que no se detuvo ante nada, que pasó por encima de leyes, tradiciones y costumbres seculares, no se atrevió sin embargo á decretar la igualdad legal del marido y de la mujer. En la sesión del 9 de Agosto de 1793, Cambacérès presentó un proyecto que contenía entre otros artículos estos: “Los cónyuges ejercen un derecho igual en lo que respecta á la administración de los bienes” (art. 11). “Todo acto de venta ó de hipoteca sobre los bienes del uno de los cónyuges no será válido, si no ha mediado el consentimiento de ambos cónyuges” (art. 12). Este proyecto fué rechazado por la Convención. El mismo Cambacérès presentó después al Consejo de los 500, el año 10, un proyecto en el cual prescindió en absoluto de las cláusulas del proyecto propuesto á la Convención.

[1] Mirabeau. Sobre la educación pública. Pasaje citado por Glasson.
[2] Laistullier. Las mujeres célebres de 1789 á 1795, Tom. 2, pág. 78.

Quizás los excesos de algunas mujeres exaltadas, en los días terribles de la Revolución, fueron causa para que procediera así la Convención. Quizás los escándalos de las Mericourt, Lacombe, Gouges, etc, etc., hicieron retroceder aún á los mas exaltados demagogos ante el espectáculo de esas bacantes que representaban la completa emancipación de la mujer. Los anales de la Revolución han guardado el relato del día memorable, en el que esas exaltadas penetraron en el recinto de la Convención y trataron de dar de puñaladas al diputado Boissy d'Anglas.

El hecho es, pues, que las instituciones civiles en lo que á la autoridad marital atañe, permanecieron intactas en medio de la Revolución. Con el término de ésta vino la reacción y se quiso robustecer toda autoridad; los redactores del Código civil fueron notablemente inclinados á dar fuerza al principio de autoridad y así en las nuevas leyes, no solo se mantuvo, sino que se robusteció la autoridad marital, como lo veremos después, al estudiar las disposiciones del Código de Napoleón.

CAPITULO VII

Las legislaciones modernas. Diversos sistemas adoptados. El Código francés. El Código italiano. El Código alemán

Las legislaciones de los pueblos modernos han seguido la evolución consiguiente á la ineludible ley del progreso; pero esa evolución no ha sido, ni ha podido ser, paralela en los diversos pueblos; la desigualdad ha existido en esta esfera tan importante de las facultades humanas, como en cualquiera de sus otras manifestaciones. Unas legislaciones han permanecido estacionarias, otras han avanzado paulatinamente, otras, por un afán de progreso inconsulto, han traspasado los justos límites. Mientras que unas se han aferrado al pasado y á la tradición, otras han penetrado, audaces, en las desconocidas regiones del porvenir.

En un siglo, como fué el siglo XIX, de eminente progreso en todo sentido, la condición de la mujer no podía sustraerse al impulso bienhechor que la humanidad recibía. Las reformas consignadas aquí y allí en los códigos modernos más notables, son otras tantas señales en la vía adelantada por el espíritu humano, y consiguientemente por los legisladores, á intento de levantar más y más la condición jurídica y social de la mujer. Al siglo XX le toca el coronar la obra, el ser en la ciencia jurídica, como en todas las demás, el digno heredero del siglo civilizador y científico, como ningún otro, el siglo XIX.

Una rápida ojeada sobre algunos de los principales códigos vigentes en Europa y América, nos pondrá de manifiesto la distinción que hemos hecho, al principiar este capítulo, entre unas y otras legislaciones.

Ya hemos recordado que el Código francés fué redactado en una época de reacción, cuando el primer Cónsul y los jurisconsultos eminentes que con él colaboraron, creían esencial el robustecer tanto la autoridad política como la doméstica.

La Francia no ha reformado las disposiciones contenidas en el Código de Napoleón (1), y según esas disposiciones la autoridad marital en Francia, ha quedado más fuerte de lo que en otras legislaciones lo es. La mujer es incapaz para todo acto de disposición y con relación á toda clase de bienes. “La mujer, dice el artículo 217 del Código civil Francés, “aun separada de bienes, no puede enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso, sin el concurso del marido ó su consentimiento por escrito.” La sumisión absoluta de la mujer á la voluntad del marido, por lo que respecta á los actos de disposición, subsiste, pues, aun cuando no exista ya comunidad de bienes; y como se ve, la incapacidad civil de la mujer es tan absoluta, que sin el concurso del marido, no puede la mujer ni aun adquirir, como sería aceptar una donación, hacerse de un usufructo, recoger una herencia etc., etc. Y el mismo rigor de la ley francesa, en cuanto á los casos en que la autorización del marido es precisa, existe respecto á la forma de la autorización misma.

La incapacidad civil de la mujer, según el Código Francés, se asimila á la del menor adulto. El acto ó contrato celebrado por la mujer sin la autorización del marido, ó sin que esa autorización haya sido dada en debida forma, es nulo, y esa nulidad puede alegarla la mujer misma; una mujer casada que ha sorprendido la buena fé de un tercero, puede, no obstante, ampararse en su incapacidad en contra del tercero perjudicado. Esto, que aparentemente la favorece, disminuye en realidad enormemente su crédito en el orden económico [2].

La mujer, á pesar de su reconocida incapacidad, puede celebrar contratos con su marido. Esta facultad la entrega sin reservas á la codicia ó á la astucia del último.

(1) Debemos exceptuar de esta afirmación la reforma introducida por la ley del 6 de Febrero de 1893, que concedió á la mujer separada de cuerpos el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. De esa ley hablamos en el curso de esta obra.

(2) Véase Aubry y Rau. Comentarios de Zacarías. Tom. I, art. 217.

La ley francesa que tanto ha querido proteger á la mujer en sus relaciones civiles con terceros, la ha dejado á merced del marido.

Las convenciones matrimoniales, de acuerdo con el Código francés, no pueden modificar la autoridad del marido, tal como dicho Código la establece; pues que el ejercicio de esa autoridad, se reputa como de orden público. El régimen legal es el de la comunidad, pero la mujer no puede, ni aun en el caso de interdicción del marido, tener la dirección de la comunidad, dirección que se confía á un guardador.

La incapacidad civil que el Código francés establece para la mujer casada, reposa según los comentadores de dicho Código, en dos fundamentos:

1º La obligación de obediencia que la mujer tiene respecto de su marido; y

2. La debilidad é inexperiencia propias de ella.

Moricault resume así la doctrina: La incapacidad de la mujer se funda principalmente sobre la obediencia que la mujer debe á su marido, subsidiariamente sobre su debilidad y su inexperiencia (1).

Si, en lo que respecta á las leyes civiles, la condición civil de la mujer en Francia ha quedado inferior á la condición de la mujer en otros pueblos, mayor aún es esa inferioridad, en lo que á la ley penal se refiere. Tratándose de la represión del adulterio la ley penal francesa ha establecido una diferencia enorme entre los esposos. El marido puede siempre perseguir el adulterio de la mujer y ésta sólo puede perseguir en muy limitados casos el adulterio del marido. La pena que se impone á la mujer por ese delito es diversa de la que se impone al marido, y aun respecto de la prueba hay desigualdad. Finalmente la ley excusa al marido que da muerte á la mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio; al paso que la mujer no goza del mismo favor legal. En caso de homicidio cometido por el esposo en la esposa adúltera ó en su cómplice, el homicida será condenado sólo en uno á cinco años de prisión, mientras que en análogo caso, la mujer será condenada á trabajos forzosos.

Ya los publicistas franceses más distinguidos se han

(1) Mourlon. Repeticiones. Artículo 215.

preocupado de la necesidad de emprender en reformas sustanciales de la ley francesa, en lo que á los derechos civiles de la mujer concierne, y de organizar la autoridad marital de un modo más conforme á las necesidades que el progreso ha traído consigo. Citaremos como prueba de esta afirmación las siguientes palabras del jurisconsulto francés M. Glasson, palabras que tienen grande importancia, por ser las de un miembro del Instituto y Decano de la Facultad de Derecho de París, en la actualidad: “Creeremos, dice, que nuestro Código civil realiza el ideal legislativo de nuestro tiempo? Quienes lo afirman se engañan seriamente. Basta un golpe de vista sobre las legislaciones extranjeras, para convencerse de que en donde quiera leyes del más alto interés han sido votadas en el sentido de mejorar la condición civil de las mujeres” [1]. Y luego después de exponer las reformas, en su concepto necesarias, añade: “Estas reformas, solicitadas en nuestros días por los espíritus más levantados, lejos de comprometer la familia, consolidarían las bases de ella, pues haciendo la ley desaparecer las causas de inferioridad de la mujer, no justificadas por el interés de la familia y de la sociedad, no haría sino estrechar más las relaciones entre los esposos.”

Más avanzadas que las leyes francesas, en lo que á la condición civil de la mujer respecta, encontramos las leyes italianas. La Italia del siglo XIX se ha distinguido por el progreso de su legislación, por el avance de sus principios políticos y civiles, por los profundos estudios de sus jurisconsultos. Bianchi, Pisanelli, Lombroso, Garófalo, Ferri etc., han honrado con sus escritos no solo la historia de la evolución jurídica en Italia, sino la de la humanidad toda.

Las disposiciones del Código civil italiano de 1862, descansan sobre el principio de que la obediencia de la mujer al marido se funda en la necesidad del mantenimiento de la unión entre los cónyuges y no en incapacidad alguna. Este principio tiene sus consecuencias inevitables en las demás disposiciones del Código citado. La mujer casada, bajo cualquier régimen, que no sea el de separación de bienes, recobra su independencia, cuando quiera que su cónyuge está impedido de dar la autorización, es-

(1) Glasson. Informe á la Academia de ciencias morales [1899].

to es, cuando es menor, cuando se halla ausente ó en interdicción. En caso de separación de bienes, la mujer tiene la libre disposición de ellos.

En general, predomina en el Código italiano el propósito de extender las facultades civiles de la mujer. El Código francés habla de la "obediencia al marido"; el italiano suprime esas palabras. Se permite al marido dar á la mujer autorización general, no sólo para administrar sino aun para enajenar inmuebles. Se va aún más lejos; la regla general es la de la capacidad civil de la mujer; la excepción es la de su incapacidad. Los casos de incapacidad, es cierto, son aún numerosos, pero están reducidos á sus necesarios límites. El artículo 134 del Código italiano dice: "La mujer no puede donar, ni enajenar sus inmuebles, gravarlos con hipoteca, contraer empréstitos, dar fianzas, transigir, ni comparecer en juicio, sin la autorización de su marido." Reducida la prohibición á estos casos, los jurisconsultos italianos convienen en que la mujer puede hacer donación ó enajenar sus bienes muebles y hacer toda clase de adquisiciones sin autorización del marido. Aun convienen en que puede comparecer en juicio, para todo lo relativo á la administración de sus bienes parafernales.

Hemos notado anteriormente, cómo entre los pueblos germanos tuvo su origen el régimen de comunidad; cómo ellos secundaron el fecundo movimiento en favor de la mujer, iniciado por el cristianismo. Al Imperio Alemán le ha tocado, en las postrimerías del siglo anterior, la adopción de un Código civil, en el que se han consignado los más avanzados principios de legislación.

Hacia treinta años que el feminismo comenzaba á hacer prosélitos en las clases altas de Alemania; pero no el feminismo exaltado é irreflexivo sino un feminismo lógico y práctico, tal cual conviene al pueblo filósofo y sereno, que es el pueblo alemán. El Congreso feminista de Berlín, en 1896, contrastó por la calma y la serenidad de sus sesiones, con el Congreso análogo celebrado en París en aquella época. Madame Schwerin contestaba á los exaltados, que rechazaban la alianza con la burguesía femenina: "Podéis ser nuestros enemigos, nosotras jamás seremos los vuestros. Las mujeres no tienen en el mundo una misión de odio, sino de paz."

La adopción del nuevo Código civil en 1896, el cual debía principiar á regir en 1900, coincidió en Alemania con otras muchas reformas legislativas, mejorando la condición de la mujer.

Esta condición, por lo que al Código civil respecta, es muchísimo más ventajosa que en el Código de Napoleón (1). No concedió el Parlamento alemán á los exaltados feministas todo lo que reclamaron durante las discusiones del Código, no reconoció á la mujer la absoluta autonomía que pretendieron; pero sí le dió una relativa independencia. En donde quiera que el Código francés dice: *la mujer debe*; el alemán usa de la frase: *los esposos deben*, para indicar la igualdad de deberes entre ellos. El marido como jefe de la sociedad conyugal tiene la gestión y decisión de todos los asuntos que atañen á la vida común; pero el Código alemán concede á la mujer recursos eficaces contra los abusos del marido. La intervención judicial es señalada á cada paso para terminar las diferencias posibles entre los cónyuges. Esta intervención judicial tan frecuente, fué combatida por algunos de los miembros del Parlamento, durante los debates del Código, pero al fin se la aceptó como resultado necesario de la relativa independencia establecida entre los cónyuges, ya que, sin dicha intervención, los conflictos posibles entre ellos no tendrían fácil solución.

Respecto á los bienes el Código alemán se quedó en un justo medio. Querían muchos diputados feministas y socialistas la autonomía completa de la mujer, en lo que á los bienes respecta; pero esa autonomía no podía decretarse en un momento dado, desconociendo las costumbres y las tradiciones, que sostenían el régimen de comunidad. A su vez éste, tal como existía en Alemania y tal como existe aún en el Código francés, no se conciliaba ya con las nuevas teorías, ni con las nuevas necesidades. Las reformas, por tanto, en lo que se refiere á los bienes, aunque no en la escala pedida, fueron también adoptadas.

El régimen legal que reconoce el Código alemán, es decir, el que debe regir las relaciones de los cónyuges, en cuanto á los bienes, á falta de toda estipulación es el de "*comunidad de administración*" (*werwaltungs gemeinschaft*).

[1] De La Grasserie. Código civil alemán. Introducción.

Se distinguen por éste los bienes reservados de los bienes aportados. Los primeros se rigen por las disposiciones legales, para el caso de separación de bienes; los segundos están sujetos al usufructo y administración del marido.

El marido administra libremente los bienes aportados, pero sujeto á muchas restricciones, impuestas en favor de la mujer, condiciones por las que se impone en muchos casos el concurso de la voluntad de la mujer, como esencial. El Código francés permite al marido, el donar, enajenar, destruir, si lo tiene á bien, los bienes muebles de la mujer, sin derecho, por parte de ésta, á compensación alguna. Por el Código alemán no tiene el marido tal facultad absoluta, y esta restricción es tanto más necesaria, cuanto que, de día en día, la importancia de los bienes muebles va aumentando. Ya las grandes fortunas no se forman, como en pasadas épocas, de bienes inmuebles exclusivamente, ni se reputa vil la posesión de los muebles; al contrario fortunas inmensas se componen en la actualidad exclusivamente de títulos de rentas públicas, de acciones de empresas industriales ó mercantiles &, &. En el Código alemán la mujer tiene el derecho de disposición, con limitaciones exigidas por la necesidad de armonía y por los derechos del marido. Para la garantía de los derechos de la mujer tiene ésta, no la hipoteca legal, que tantos inconvenientes encierra, sino más eficaces seguridades; puede, por ejemplo, exigir al marido una garantía, consistente en la consignación de fondos ó de títulos nominativos, cuando la situación del marido es precaria y pueden peligrar sus intereses.

Además del régimen legal, hay en el Código alemán el régimen convencional, el de la comunidad universal, el de la comunidad de beneficios, el de la comunidad de beneficios y bienes muebles, á la vez. El primero puede constituirse aún después de celebrado el matrimonio y debe constar por acto auténtico; pero para surtir efecto, respecto de terceros, debe inscribirse en un registro especial. El segundo consiste en una comunidad de bienes más extensa que la comunidad legal francesa. El tercero y el cuarto se asemejan á la comunidad de beneficios y á la comunidad legal francesa, respectivamente.

No es del caso el examinar ahora detenidamente las disposiciones del Código alemán. Luego en el curso del

examen de las disposiciones del Código civil ecuatoriano volveremos á citar algunas de las más importantes. Notaremos sí, para concluir esta breve reseña del sistema alemán, la particularidad, por él introducida, de la sociedad conyugal continuada después de la muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del otro (1).

En suma, las disposiciones del Código alemán en lo que á los cónyuges respecta, están inspiradas en el propósito de mejorar, en lo posible, la condición de la mujer (2).

(1) Artículo 1487 del Código alemán.

[2] "Au point de vue philosophique, á celui de l' admission des doctrines nouvelles contemporaines, dans la mesure du pratique, le code allemand est remarquable.... Quoi qu'il en soit ce Code clot dignement la periode juridique du XIX siecle." Raul de La Grasserie. Code civil allemand.

CAPITULO VIII

La mujer en los Estados Unidos del Norte. La antigua legislación.
Movimiento en favor de la reforma. Las leyes nuevas

Los ingleses, como era natural, llevaron á América no sólo sus sentimientos y sus costumbres, sino también sus leyes civiles. Ahora bien la *common-law*, según lo hemos dicho ya, privaba á la mujer de la capacidad jurídica. No obstante esta privación de derechos, más aparente que real, las mujeres americanas de aquella época no protestaron contra esa legislación que les quitaba su independencia. Muy al contrario, autores hay que nos hablan de la felicidad de la mujer americana en ese entonces, cuando ella no concebía esa felicidad; sino en el interior del hogar, y en los goces honestos que éste proporciona. La historia nos muestra á la mujer americana, de aquellos tiempos, virtuosa, tranquila, sin dejar por eso de ser abnegada y enérgica. Muchas esposas americanas siguieron á sus maridos á la guerra de la Independencia. Un día que el campamento estaba amenazado por el enemigo se trató de alejarlas. “No, dijo entonces Washington; en presencia de nuestras mujeres, nos batiremos mejor” (1).

Bajo tal, aparente sujeción legal, las mujeres americanas, tuvieron en realidad mejor condición de lo que pudiera juzgarse. Un autor dice: “que eran menos aduladas, porque eran más respetadas.” Los americanos ignoraban las dulzuras de la galantería refinada, pero el amor á sus mujeres era más constante y más puro. Quizás á un hogar, con tales sentimientos constituido, se debe hoy en gran parte la formación de ese pueblo de tantas ener-

[1] Memorias de Marta Washington. Pág. 153.

gías, para el cual no alcanzan aún á columbrarse los límites de un inmenso, y antes no presenciado progreso.

Quien quiera imponerse detenidamente del estado de la mujer americana en esa época, debe leer á Tocqueville, quien describe prolijamente las costumbres americanas de entonces. Aquí nos limitaremos á citar las siguientes palabras del mencionado autor: “No he observado que las americanas considerasen la autoridad conyugal como una usurpación de sus derechos, ó creyesen que se rebajaban sometiéndose á dicha autoridad. Al contrario, me ha parecido, que se sentían orgullosas del libre abandono de su voluntad, y que su gloria la hacían consistir en la espontánea sumisión á la autoridad del marido. Esto, al menos, es lo que manifiestan las más virtuosas, y en todo caso no se ven en los Estados Unidos, esposas adúlteras que reclaman sus derechos de mujeres, al mismo tiempo que piso-tean sus deberes más santos” (1).

A pesar de tal estado de cosas, las leyes civiles americanas tenían de sufrir necesariamente el influjo de las leyes políticas. La reforma en las leyes civiles es siempre mas lenta, porque las leyes civiles se confunden con los usos de cada día, con las tradiciones de mucho tiempo; pero al fin la armonía, como el equilibrio, tiene que establecerse entre el orden político y el orden civil. Esto pasó en los Estados Unidos del Norte. Aceptado un régimen político democrático, mal podía imperar por mucho tiempo la *common law* inglesa, hecha para un pueblo aristocrático. El principio de igualdad y de independencía que vivifica las democracias, no puede menos de penetrar aún en el seno de la sociedad doméstica. Ya hemos visto cómo la *common law* no podía eludirse sino mediante las prácticas de la Cancillería, y que esas prácticas, costosas de suyo, daban lugar á una diferencia enorme entre las clases ricas y las pobres. Esta desigualdad, esta servidumbre respecto de las formas, no podía prevalecer por mucho tiempo en un pueblo demócrata y libre.

Natural era, pues, que las reformas se iniciasen y que en la mayoría de los Estados de la Unión se pronunciasse la opinión pública en favor de esas reformas. Y es-

[1] Tocqueville. La democracia en América. Tom. III, 3ª parte, cap. 12.

to fué lo que pasó. En Massachussets se consumó la reforma primero; luego siguieron los Estados de Kansas, Oregon, Alto Canadá, New York, &, &. La reforma más audaz fué la introducida por la legislación del último, pues se dió á la mujer hasta la facultad de comparecer en juicio, sin autorización del marido. La única restricción impuesta por la ley de New York á la independencia de la mujer, fué la prohibición que se le impuso de contratar con su marido, prohibición impuesta para proteger á la mujer contra los peligros inherentes á una ciega ó imprudente confianza (1).

Muchos de los jurisconsultos americanos se habían mostrado adversos á las reformas. Temían que la independencia legal de la mujer redundase en daño de la institución misma del matrimonio y de los intereses morales de éste; temían que la separación de intereses materiales produjese la relajación del vínculo moral mismo. Los temores de los jurisconsultos no carecían de fundamento; pero como no hay ley humana capaz de alterar la obra admirable de la naturaleza, menos de destruirla, lo que pasó con las mujeres americanas fué, que no obstante la independencia legal que se les había otorgado, siguieron confiando á sus maridos la gestión de sus intereses. El marido, pues, á pesar de las reformas siguió siendo el *trustee* de antes. Las condiciones de la mujer podrán variar según las razas, los climas, &, &; en unos pueblos será más sentimental que en otros, en ciertas razas más inteligente, en determinados países más enérgica; pero en donde quiera, por naturaleza misma, ella buscará el apoyo del hombre, como el apoyo del más fuerte; en donde quiera se sentirá débil para luchar sola por la existencia. Éste es el estado natural en todas partes, y las leyes son impotentes para modificarlo.

Las nuevas leyes americanas han querido resguardar los derechos de la mujer casada, haciéndola independiente; pero una vez independiente, ninguna protección legal encuentra ella, para cuando haciendo uso de su libertad, llega á ser víctima de la confianza de su marido. Más garantías ofrecen á la mujer las legislaciones que protegen

(1) Dudley Field. Informe relativo á la ley sobre la propiedad de las mujeres casadas. Pág. 84.

sus derechos, no haciéndola del todo independiente, porque esa independencia puede ser, y de hecho es su ruina; sino dándole una independencia limitada y rodeándola de eficaces garantías contra los abusos posibles del marido. La mujer americana que ha confiado la gestión de sus intereses al marido, como se los confía casi siempre, no goza del menor privilegio en caso de bancarrota de su mandatario. Los defensores del sistema americano dicen que no corresponde al legislador el dar extraordinaria protección al mandante contra los abusos de un mandatario espontáneamente elegido, y que cada cual debe soportar las consecuencias de su imprevisión. Pero, ¿podrá sostenerse esto, cuando ese mandatario más que espontáneamente elegido, es impuesto por la naturaleza misma del matrimonio? ¿No sería mejor concluir con que la absoluta independencia de la mujer americana, es más bien un peligro que un beneficio para ella?

CAPITULO IX

Movimiento producido en Inglaterra en favor de la independencia de la mujer. Stuard Mill y su libro "La esclavitud femenina."
Reformas sucesivas. Ley de 1857. Ley de 1870. Ley de 1882.
Consecuencias de la nueva legislación

El pueblo inglés es el pueblo tradicionalista por excelencia. Burke decía en una sesión del Parlamento: "Nada tenemos qué inventar, nada qué descubrir, nada qué hacer, sea en el orden moral, ó en los principios de gobierno, ó en las nociones de libertad" (1). Y si los legisladores ingleses son opuestos á toda reforma, el pueblo inglés como ningún otro, es aferrado á sus usos y costumbres. El movimiento en favor de la emancipación de la mujer vino de las colonias á la vieja Metrópoli, pero no produjo sino muy lentos, muy paulatinos resultados.

El primero que se puso á la cabeza del movimiento en favor de la mujer fué el eminente Stuard Mill. La publicación de su libro "La esclavitud femenina" [on the subjection of the women] fué el mejor combate ganado en pro de las reivindicaciones femeninas, en Inglaterra. Dice el ilustre escritor, en la obra referida, para pintar la condición de la mujer casada en Inglaterra, que "el matrimonio es la sola esclavitud real consagrada por la ley, y la mujer, la única esclava legalmente consentida." En cada hogar, añade "el legislador da á la mujer, no un marido, sino un señor." Para suprimir tal abuso, continua, no hay sino suprimir el poder del marido. "Es evidente, concluye, que el abuso de la potestad marital no podrá reprimirse, mientras que esa potestad subsista."

(1) Burke. Obras. Tomo II, pág. 358.

Explicando, luego, la naturaleza de la unión entre los cónyuges, sostiene Stuard Mill que esa unión, como la que nace de otra sociedad cualquiera, se funda en la más perfecta igualdad. En ninguna sociedad civil ó comercial, dice, pertenece por la naturaleza de ella, á uno de los asociados, el mandar, y al otro el obedecer.

En el dominio de los bienes, Stuard Mill no propone la separación absoluta; la falta de interés común en lo que á los bienes respecta, la falta de unidad de miras con relación á ellos, sería, en sentir del economista inglés, perjudicial al vínculo moral del matrimonio. Stuard Mill quiere que la distribución de atribuciones entre los cónyuges se haga de común acuerdo, determinándose la esfera de la actividad de cada cónyuge, en relación con sus aptitudes respectivas. Lo natural es que el marido adquiera y que la mujer economice, que el hombre se reserve todo lo relativo á los negocios, al exterior del hogar, y la mujer los asuntos domésticos, esto es, el orden de la casa, el cuidado de los hijos, &, &. Si las aptitudes varían, las atribuciones deben variar también. Así, pues, en sentir de Stuard Mill, las facultades de los cónyuges no deben estar determinadas por la ley, sino por las convenciones matrimoniales.

El sistema de Stuard Mill, con respecto al matrimonio, indudablemente es poco filosófico, como que compara la sociedad conyugal con una sociedad civil ó mercantil cualquiera; trata de suprimir toda autoridad en el marido, cuando precisamente se está reconociendo la necesidad de la unión moral entre los esposos. Pero, con todo, el hermoso libro de la "Esclavitud femenina" no podía quedar sin eco, porque él es elocuente protesta contra la condición, que por las antiguas leyes inglesas, tenía la mujer. La opinión pública principió á reclamar las reformas, y en 1857 se introdujo en el Parlamento un proyecto de *bill*, que modificaba la condición de la mujer casada. Dicho proyecto fué rechazado en la Cámara de los Comunes, pero fué seguido de un *bill* que mejoraba en algún tanto la condición de la mujer obrera. Y ya era tiempo de mirar por la desgraciada suerte de ésta. Quien siga con interés la evolución de estas reformas en Inglaterra, no podrá menos de horrorizarse al leer las descripciones que, para obtener la reforma, se hicieron de las desgracias, de las humillaciones, de la miseria, en una palabra, que pesaban

sobre las obreras inglesas. En vano trataban ellas de arrebatarse el producto de un asiduo trabajo, á la codicia de un marido ebrio ó disipado. Así como el salario de éste, las economías de la esposa, iban á dar á la taberna, mientras que los pobres hijos morían de hambre ó de tisis en lugares infectos. Las mujeres, á manera de tropa de mendigas, se estacionaban á la puerta de las tabernas, en espera de sus crapulosos maridos. Y no había remedio legal contra tal estado de cosas; si el marido abusaba, el abuso era legal y nada tenía que hacer la mujer sino someterse humildemente.

Legouvé, distinguido escritor francés, hablando sobre la misma materia, nos cuenta que un carretero inglés le mostraba un día un látigo, con estas palabras: "He aquí la paz de mi hogar." ¿Cómo, le dijo Legouvé, tú maltratas á tu esposa? "Sin duda, replicó el carretero, y cuando mi caballo no marcha, lo fustigo también." Y la mujer no se quejaba de brutalidades semejantes, autorizadas por las leyes y las costumbres.

El *bill*, ya citado, estableció que la mujer abandonada por su marido tendría derecho de obtener del magistrado una orden, que le garantizase la propiedad de todos los bienes, que pudiese adquirir después del abandono. Pero esto era insuficiente: todavía todo lo adquirido por la mujer era para el marido, con la sola condición de que éste no la abandonase; todavía las economías de la mujer obrera, solían servir para mantener los vicios de un marido disoluto.

La reforma, pues, tenía que ser seguida de otras más radicales. La cuestión fué propuesta de nuevo en la Cámara de los Comunes en 1865. Se trató de la introducción de una ley semejante á la que regía en New York. El nuevo proyecto, aunque aceptado en principio, sufrió dos modificaciones importantes. Se prohibió á la mujer la enajenación de determinados inmuebles, sin el consentimiento previo del marido y se limitó á su fortuna mobiliaria la ejecución de las obligaciones contraídas por ella durante el matrimonio. El proyecto fué rechazado en la alta Cámara, en la que Lord Penzance lo combatió como contrario á las tradiciones y costumbres inglesas y aún á la naturaleza misma del matrimonio. Quería Lord Penzance que, de apelar á una legislación extranjera, se apelase

mas bien á la francesa que á la americana. La ley americana, decía, separa á los esposos, cuando ellos deberían y podrían aún estar unidos; la ley francesa sólo cuando la separación es ya inevitable. La Cámara de los Lores rechazó también la indicación de Lord Penzance, y con razón. Las leyes francesas jamás habrían convenido á un pueblo de raza y de carácter enteramente distintos, sino opuestos á los del pueblo francés.

En 1870 se expidió un *bill*, por el cual se confirió á la mujer el pleno dominio y consiguientemente la administración del producto de todo trabajo independiente del marido. Lo mismo se dispuso, respecto de las sumas de dinero colocadas por la mujer en las cajas de ahorros, fondos públicos, sociedades industriales, &, &. Los bienes provenientes de otro origen, siguieron sujetos al régimen anterior y la mujer en general, siguió incapaz de contratar y comparecer en juicio.

El movimiento feminista no se detuvo por las ventajas obtenidas, pues las reformas se creyeron insuficientes. Al fin el *bill* de 1882 [1] vino á satisfacer todas las pretensiones de los feministas, asegurando la independencia de la mujer inglesa. Según este *bill* la mujer casada es la propietaria absoluta de los bienes que tiene al tiempo del matrimonio, ó que adquiere después á cualquier título. Es capaz de adquirir ó de disponer, por acto entre vivos ó por testamento, y por sí sola. Puede obligarse directamente por sus contratos, ó indirectamente por sus delitos. Puede comparecer en juicio, sin el concurso del marido. En fin la *common law* dejó de regir en lo que á la mujer casada respecta.

En realidad el *bill* de 1882, no produjo una revolución tan trascendental como pudiera creerse á primera vista; pues, ya hemos manifestado antes, cómo los ingleses desde mucho tiempo atrás, habían principiado de hecho, á emancipar á la mujer, por medio de las prácticas de la Cancillería. El *bill* de 1882 vino, eso sí, á destruir la desigualdad que esas prácticas producían.

Las circunstancias sociales de la mujer inglesa facilitaban también la reforma. Los derechos de las hijas es-

(1) An act to consolidate and amend the acts relating to the property of married women."

tán muy limitados por las leyes inglesas de sucesión; generalmente la riqueza se concentra en manos de los varones. En consorcio con las leyes, las costumbres hacen que la dote de las hijas sea inferior á la de los hijos. Los matrimonios, pues, se hacen menos por interés que por amor y la unión moral de los esposos puede subsistir, no obstante la separación de los intereses materiales. No sucedería lo mismo en naciones como en Francia, donde se busca la alianza de las fortunas ante todo, y donde los padres sucumben bajo la carga de las dotes prometidas á las hijas. En pueblos tales, destruir la unión de los bienes, sería dar rudo golpe á los pocos vínculos que pueden aún subsistir entre los cónyuges.

Como todo se relaciona en las instituciones de un pueblo, la independencia civil absoluta, concedida á las mujeres en Inglaterra y en los Estados Unidos del Norte, ha sido un estímulo para que ellas reclamen reformas aún en las leyes políticas. En Inglaterra las mujeres han principiado por penetrar en los concejos parroquiales, luego han llegado á los municipales, y en definitiva han venido á ser activos factores en las luchas electorales. El proyecto de *bill* que confería á la mujer la plenitud de derechos electorales, fué rechazado en 1883 en la Cámara de las Comunes, sólo por una mayoría de 25 votos. En 1897 fué aceptado en segunda lectura, por 71 votos de mayoría.

En los Estados Unidos el derecho electoral de las mujeres ha sido reconocido en algunos Estados, como los de Colorado, Utah, Wyoming.

No entra en el propósito de este ensayo, el estudiar lo que á la condición política de la mujer se refiere, y solamente por la relación que con la materia que tratamos tiene, haremos algunas observaciones.

La mayor parte de los publicistas, aun de los más liberales en sus concesiones á las mujeres, convienen en que la política es un campo extraño á la actividad de éstas. Las legislaciones que lleguen á conceder á la mujer funciones diversas de las que por naturaleza les corresponden, no harán sino crear un elemento de perturbación social. Michelet, que lleva su entusiasmo por la mujer hasta hacer del amor un culto y de la mujer un ídolo, dice, sin embargo: "La política es extraña á la mujer, porque para ella

se necesita un espíritu viril y generalizador" (1). El hogar, he allí el campo inmenso señalado por la naturaleza á la actividad femenina. Y por cierto que, señora del hogar, la mujer influye y bien notablemente en el Estado. Del seno del hogar salen las grandes virtudes cívicas; en el seno del hogar se forman los grandes ciudadanos; en el seno del hogar se templan los grandes caracteres. Y con virtudes, con caracteres, con ciudadanos dignos, se puede tener ya una patria grande y próspera.

"Defended vuestras avanzadas" decía Julio Simón á las mujeres francesas, esto es: defended todo lo que os asegura el respeto y la ternura de los hombres. No vayáis á ensayar peligrosas novedades. El amor conyugal y el maternal, las buenas prácticas de familia, todo lo que hace la vida apacible, todo lo que mantiene la dulce calma del hogar, esa es vuestra misión. Guardaos de llevar al seno de la familia las tempestades de la vida política.

En la América del Norte, en esa tierra fecunda para la implantación de las reformas, en donde el carácter y la educación de la mujer la adaptan, mejor que en ningún otro país, á la vida política, no faltan, sin embargo, autores que lamenten la desaparición del *home* de los antiguos americanos, y el disgusto que las reformas inspiran á la mujer respecto de los cuidados de familia. "Cuando el americano vuelve por la tarde á su casa, dice un autor, encuentra á su hermana preocupada de sus derechos y deberes, á su mujer sumida en una especie de histerismo ambicioso, y á su hija entregada á investigaciones arqueológicas sobre el lugar que corresponde á la mujer en la creación (2).

Muchos autores concluyen, en consecuencia, que allí donde la mujer gana demasiado en facultades legales, pierde, en relación, en influencia moral.

(1) Michelet. La mujer. Pág. 253, 258.

(2) Dixon. La nueva América.

CAPITULO X

Las leyes españolas al tiempo de la emancipación de las colonias americanas. Los Códigos de las nuevas repúblicas. El Código Civil de la Argentina. El Código Civil Chileno. El Código Civil del Perú. El Código Civil de Colombia. El Código Civil del Ecuador

Cuando las colonias españolas se separaron de la Metrópoli, adoptaron, como era natural, las leyes bajo cuyo imperio habían vivido. Ahora bien, las leyes de España, al tiempo de la emancipación de las hoy repúblicas latinoamericanas, reconocían la dote con todos los privilegios que por el Derecho Romano tenía. Las leyes de Partida, como lo hemos hecho notar antes, habían conservado las disposiciones romanas, dictadas para impedir la escandalosa frecuencia de los divorcios y para prevenir á la mujer contra los peligros de un porvenir incierto, en el probable caso de repudiación. Las leyes del Rey Sabio, aceptando el matrimonio como indisoluble y rechazando, en absoluto, el divorcio como disolución del lazo conyugal, dejaron, no obstante, subsistentes los privilegios dotales, la hipoteca tácita, la inalienabilidad, en fin, todo lo que constituía el régimen dotal romano.

Y no es esto decir que el régimen de comunidad fuese desconocido en España, muy al contrario. Ese régimen fué introducido allí por los visigodos, al tiempo de la conquista. Los visigodos, como los bárbaros del Norte, hacían partícipes á sus mujeres de las fatigas, expediciones, y combates, y en consecuencia, creían que debían ellas participar también de las presas hechas al enemigo. De aquí nacieron los gananciales, que fueron elevados á ley por el Fuero Juzgo, el cual los generalizó á toda clase de

adquisiciones y determinó cómo había de procederse á su partición. Las leyes de Partida, rehusaron, no obstante, admitir una práctica tan general, desde el origen de la Monarquía Española, y optaron en todo por las doctrinas del Derecho romano. Mas la costumbre de dividirse los gananciales era tan regular y tan antigua, que pudo más que los preceptos del Rey Sabio; y así las leyes, llamadas de Estilo, primera compilación que apareció después de las Partidas, reconocieron nuevamente el régimen de comunidad. Los preceptos de las leyes de Estilo pasaron á las leyes del Toro y á la Novísima Recopilación; y así, al verificarse la emancipación de las colonias hispano-americanas, aunque la dote conservase sus antiguos privilegios, la comunidad de bienes y, en consecuencia, los gananciales eran reconocidos también por las leyes vigentes.

Transcurridas algunas décadas desde la emancipación de las nuevas repúblicas, principiaron éstas á promulgar sus Códigos. El Perú promulgó su Código civil en 1851, Chile en 1855; el Ecuador en 1861; la Argentina en 1869; Colombia en 1873 y así, con mayor ó menor diferencia de tiempo, las otras repúblicas. Los nuevos Códigos citados, entre los cuales los de Colombia y del Ecuador, salvo algunas pocas disposiciones, son literalmente copiados del de Chile, se inspiraron en las leyes españolas que habían estado vigentes, y en algunos otros Códigos extranjeros, especialmente en los de la Luisiana y en el Código de Napoleón. Este, sobre todo, ejerció notable influencia en la formación de los Códigos latino-americanos. Con razón ha dicho un autor, que el primer Cónsul ejerce por medio de su Código, la dominación universal que el Emperador no pudo alcanzar por medio de las armas [1].

En general, las relaciones personales entre los cónyuges están reglamentadas de una manera análoga en los Códigos latino-americanos. Por lo demás, aceptando como aceptaron ellos, el concepto perfectamente católico del matrimonio indisoluble y sujeto á la autoridad eclesiástica [2]

(1) Borja. Código civil Chileno. Prólogo.

(2) La ley de matrimonio civil no se dió en la Argentina, hasta el 2 de Noviembre de 1888; en Chile se había dado ya en 10 de Enero de 1884; en Colombia el Código civil sujetó, desde su promulgación, á la autoridad Civil toda lo concerniente al matrimonio, pero luego se estableció lo contrario por ley 54 de 1887.

y desaparecido el peligro de la frecuencia de los divorcios, pudieron suprimir los antiguos privilegios dotales, tratando de hacer mas ventajosa la condición de la mujer casada, no en virtud de dichos privilegios, sino por su calidad misma de socia y de partícipe en todos los beneficios reportados por el marido. El régimen de comunidad fué, pues, el aceptado generalmente en las nuevas legislaciones americanas.

El Código argentino, concede mas libertad de acción á la mujer casada que la que le concede el Código chileno; pero en cambio éste procura asegurar mejor los bienes de aquella contra los peligros de una administración imprudente ó fraudulenta. Aunque el régimen legal, en uno y otro Código, es el de la comunidad, no deja de haber sus diferencias entre los dos. Según el Código argentino, las convenciones matrimoniales tienen límites mas reducidos, que por el Código chileno; como que sólo pueden versar esas capitulaciones sobre muy determinados objetos, especificados por el mismo Código [1]. El capital social se extiende á más bienes por el Código argentino que por el Código chileno [2]. La administración del marido, según el primero, implica facultades que no implica según el segundo; pues que el marido puede enajenar los inmuebles dotales, con el solo consentimiento de la mujer y sin necesidad de la autorización judicial [3]. Disuelta la sociedad, según el Código argentino, la mujer acreedora no tiene privilegio ninguno; al paso que según el Código chileno, su crédito es privilegiado.

(1) El art. 1217 del Código civil argentino, dice: Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1º La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2º La reserva á la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio ó que adquiera después, por título propio; 3º Las donaciones que el esposo hiciere á la esposa; 4º Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento.

(2) El art. 1263 del Código civil argentino, dice: El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que constituyen el dote de la mujer y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, ó que en adelante adquiera por donación, herencia ó legado.

(3) El art. 1283 del Código civil argentino, dice: Si el marido sin autorización de la mujer, enajena bienes inmuebles de ésta, ó impusiere en ellos derechos reales, la mujer, en el primer caso, tendrá derecho á reevindicarlos, y en el segundo, á usar de las acciones que como propietaria le corresponden para librarlos de todo gravamen impuesto sin su consentimiento.

Mas adelante tendremos ocasión de examinar el sistema del Código chileno, en cuanto á la autorización del marido y á las formas de esa autorización atañe. Veremos también los puntos en que se separó ese sistema, del Código francés. Con respecto al Código argentino, su sistema fué casi el mismo del Código chileno, en este punto, hasta que vino á modificarlo algún tanto la ley sobre matrimonio civil, de 1882, la que estableció en su artículo 73, que la mujer divorciada, mayor de edad, podía ejercer con completa independencia, todos los actos de la vida civil, y esto á pesar de que el divorcio aceptado por la legislación argentina, es sólo como separación personal de los esposos y nó como disolución del vínculo matrimonial [1].

El Código argentino aceptó también la separación de bienes, tan sabiamente reglamentada por el Código chileno, y que indudablemente es un medio eficaz para garantizar los bienes de la mujer, en caso de una mala situación pecuniaria del marido. La reglamentación de la separación de bienes, en la forma que tiene hoy en los Códigos argentino y chileno, fué un notable progreso en el sistema de las nuevas legislaciones [2].

El Código civil del Ecuador, siguió literalmente al chileno. En la segunda parte de este volumen, nos proponemos hacer el estudio crítico de las disposiciones del Código ecuatoriano, comparándolas con las de otros Códigos, y por ende, tenemos de volver entonces al estudio de las disposiciones del Código chileno; pero no terminaremos este capítulo, sin apuntar una reforma que el Código ecuatoriano introdujo en favor de la mujer; reforma que

(1) Art. 64 de la ley de matrimonio civil argentina: "El divorcio que este Código autoriza, consiste unicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial."

(2) "Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos respectos. Si se suprimen los privilegios de la dote y cesa de todo punto la antigua clasificación de bienes dotales y parafernales, llevando adelante la tendencia de la jurisprudencia española, y si la hipoteca legal de la mujer casada corre la suerte de las otras hipotecas de su clase, pues que según el presente proyecto deja de existir y tocará de una vez el término á que las previsiones de la Legislatura, han caminado desde el año 1845; en recompensa se ha organizado y ampliado, en pro de la mujer, el beneficio de la separación de bienes" Mensaje del Presidente Manuel Montt, al Congreso chileno.—Noviembre 22 de 1855.

aceptó también en Colombia la ley 153 de 1887. Nos referimos á la patria potestad de la madre.

El negar la patria potestad á la madre, no es sino un resto de los antiguos preceptos romanos, conforme á los cuales la patria potestad es exclusiva del padre [1]. Esos preceptos fueron adoptados también en las leyes de Partida; pero los Códigos modernos con sobrada razón y justicia han prescindido de ellos [2]. Bien se considere la patria potestad como un conjunto de derechos relativos á la crianza y educación de los hijos, bien como un conjunto de derechos relativos al usufructo y administración de los bienes, no hay razón ninguna para que la madre no la ejerza [3].

Por lo demás, y antes de terminar esta breve ojeada sobre las nuevas legislaciones latino-americanas, en lo que á la mujer se refiere, haremos las siguientes observaciones. El feminismo con su cortejo de reformas, no ha encontrado aún eco en las jóvenes repúblicas latino-americanas, y largo transcurso de tiempo pasará antes de que nuestros legisladores se coloquen al frente de los grandes problemas que los partidarios del feminismo han planteado en los parlamentos europeos. El feminismo tiene sus puntos de contacto con los otros problemas sociales que agitan ya á las viejas sociedades, y para los cuales la solución es casi un imposible. Además, el carácter de nuestra raza, sus costumbres, sus tradiciones son tales, que rechazan el tipo de la mujer emancipada, de la "Eva futura" con que sueñan los reformadores.

¿Pero querrá esto decir que se ha de prescindir de toda reforma en nuestros Códigos, en lo que á la condición de la mujer respecta? Claro es que nó. Los pueblos que no ajustan sus leyes á las necesidades que el desarrollo no interrumpido de la civilización, lleva consigo, son pueblos que retroceden, en vez de adelantar. Ahora bien; en na-

[1] La ley romana decía: "Non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere."

(2) Tal sucede en los nuevos Códigos de Italia, España, Alemania, Holanda, &, &.

(3) En el segundo volumen de esta obra, el cual versará sobre la patria potestad, tendremos ocasión de ocuparnos detenidamente, sobre esta materia.

da se conoce tanto el estado de la civilización de una sociedad, como en la condición que sus leyes y sus costumbres reconocen á la mujer (1).

No pretendamos reformas ridículas, ni queramos hacer de la mujer latina, la mujer sajona, porque la enorme diferencia entre una y otra, es obra sabia de la naturaleza; pero sí procuremos que las leyes que reglamentan sus derechos, sean tales, como las exige el desenvolvimiento jurídico que nos legó el siglo XIX.

Gide en su hermoso libro "Estudio sobre la condición privada de la mujer," dice: "En todas partes donde el hombre ha degradado á la mujer, se ha degradado á sí mismo; en todas partes, donde ha desconocido los derechos de la mujer, ha perdido él mismo sus propios derechos. Donde la mujer ha conservado su independendia, pero ha perdido su pudor, donde la licencia de las costumbres y la facilidad de los divorcios, han deshonrado el matrimonio, se ha visto perderse el sentimiento de la dignidad personal en el ciudadano y la corrupción que ha partido de las familias, ha pasado á invadir el cuerpo social todo entero..... Al contrario, donde las instituciones han asegurado á la mujer su libertad, su capacidad civil, su dignidad moral, se han visto florecer, como en terreno propicio, las virtudes domésticas y las virtudes cívicas, las libertades del hombre privado y las libertades del ciudadano."

[1] "La condition de la ferme indique tres generalement le rang qui occupe un peuple dans l'echelle de la civilization." Nicolay. Curiosetés des lois et coutumes. Tomo III, pág. 342.

CAPITULO XI

*Principios filosóficos sobre los que se apoya la autoridad marital.
Su legitimidad y su necesidad*

Antes de entrar en el estudio crítico de las disposiciones del Código civil ecuatoriano, sobre la autoridad marital, estudio que constituye la segunda parte de este volumen, examinaremos, siquiera sea brevemente, los fundamentos que esa autoridad tiene en el Derecho Natural. Así, partiendo de principios fijos, nuestra tarea después será más sencilla.

El matrimonio es una sociedad y, como toda sociedad, requiere una autoridad, indispensable para mantener el orden. Ahora bien, esa autoridad corresponde, por naturaleza, al más idóneo para ejercerla, y el más idóneo es el marido.

Dejar á la sociedad doméstica sin autoridad sería destruirla. No hay sociedad sin autoridad. La libertad misma, cuyo justo ejercicio es necesario á toda sociedad, desaparecería, porque una libertad sin límites, sin el freno moderador de la autoridad, deja de ser libertad. El principio de obediencia es un principio salvador, así en la sociedad política, como en la sociedad doméstica.

El mundo físico y el mundo moral, aunque esencialmente diferentes, tienen grandes analogías. Nada se mueve, nada se conserva en el mundo físico, sino en virtud de una relación estrecha de subordinación, entre los elementos que lo constituyen, subordinación que no es menos admirable, por no ser entre seres inteligentes. Esa subordinación que en el mundo físico encontramos y que encadena en concierto magnífico las fuerzas brutas de la mate-

ria, la encontramos como esencial, en el mundo más alto, que es el mundo moral. No hay religión, no hay nacionalidad, no hay tribu, no hay familia, que pueda subsistir sino en virtud del principio de obediencia, de la subordinación de las voluntades, del sacrificio de una parte de la libertad para conservar la otra. Y cuanto mas arraigado esté ese principio de obediencia; cuanto mas espontánea sea la subordinación de las voluntades, el vínculo moral entre seres inteligentes, será mas estrecho y cuanto mas estrecho mas fuerte.

Si la obediencia de la mujer al marido está prescrita por el derecho natural, lo está también por la ley positiva divina á la que el matrimonio está sujeto, como sacramento. Jesucristo dice á la esposa: "Dejarás á tu padre y á tu madre para seguir á tu marido," que es como decirle: no hay para tí vínculo mas sagrado, ni deber superior que el que tienes respecto de tu esposo. Mas luego el mismo Jesucristo, por boca del Apóstol de las Gentes, recomienda al marido que ame á su esposa, como él, Jesucristo, amó á su Iglesia; de suerte que la autoridad que al marido dió sobre la mujer, es una autoridad dignificada por el amor y no por un amor cualquiera, sino por un amor tal, como el amor inmenso que Él tuvo por su Iglesia. El Divino Legislador del matrimonio, que quiso fundarlo en la amistad eterna, antes que en la pasión loca y momentánea; en la razón serena y no en la fiebre de los sentidos, dió al marido la autoridad y prescribió á la mujer la obediencia; pero quiso que esa autoridad y esa obediencia, fuesen espontáneos y fecundos frutos del amor mismo entre los esposos.

El concepto de la autoridad marital, como necesaria en el matrimonio, ha sido universalmente aceptado. Donde quiera que se ha reconocido el matrimonio como una institución social, el marido ha sido reputado el Jefe. Hace muchos siglos Aristóteles decía: "Las atribuciones domésticas no son las mismas para los dos esposos; la misión del hombre es la de adquirir; la de la mujer, la de conservar" [1] y Augusto Conte, el célebre altruista del siglo XIX, comentando á Aristóteles, añade: "Una sana apreciación del orden universal, hará comprender á la mujer cómo la su-

(1) Aristóteles. Política, III, 2, 10.

misión conviene á su dignidad. No se sabrá apreciar demasiado la admirable doctrina de Aristóteles: la principal fuerza de la mujer consiste en saber obedecer" (1).

Estos principios del Derecho Natural, habían de tener su sanción positiva en las leyes, á las cuales sólo les corresponde el organizar debidamente lo que la naturaleza ha constituido. Pero reconocida generalmente la necesidad de la autoridad marital, no ha dejado de haber diferencias en las opiniones de los autores, sobre los fundamentos en que ella reposa, diferencias que de las opiniones de los autores han pasado á las leyes de los Códigos.

Autores hay que fundan la obediencia debida al marido por la mujer, en la incapacidad de ésta, y conformes con esa opinión, algunas legislaciones han fundado su sistema, exclusivamente en la incapacidad femenina. La razón de la mujer, se ha dicho, es débil, su voluntad mas débil aún; necesita pues, como necesita el menor, de quien la dirija y la represente. Este principio, resto de la antigua jurisprudencia romana, de la tutela perpetua sobre las mujeres, fué combatido aún por ilustres jurisconsultos de entonces. Gayo encuentra ya ese fundamento dado á la autoridad del marido mas aparente que real. Es cierto que los redactores del Código de Napoleón, parece que se inspiraron en ese principio, á pesar de que él había sido rechazado ya por Pothier y por otros ilustres autores franceses (2); pero en general las nuevas legislaciones, no parten ya de tal principio, para organizar la autoridad marital.

"La necesidad que la mujer tiene de la autorización marital, dice el citado Pothier, no se funda sobre la debilidad de su razón." Y lo que dice Pothier es cierto; no puede sostenerse que la mujer tenga una razón mas débil que la del hombre. No puede sostenerse que como se creía antes, las facultades de la mujer sean inferiores; son simplemente diferentes. Es cierto que el marido tiene la fuerza, el valor; pero en cambio, la mujer tiene un carácter mas fino, mas adaptable á las circunstancias. Si el marido tiene mas fuerza de raciocinio, la mujer tiene mas fuerza de imaginación, y sobre todo, mas sensibilidad.

(1) Augusto Conte. Catecismo positivista. Tomo IV, pág. 277.

(2) Pothier. Tratado de la autoridad marital.

En cuanto á los caracteres, no hay por qué dar ventaja ninguna al hombre sobre la mujer; ni puede dársele, cuanto la historia y la diaria experiencia nos están mostrando cuál es el temple del carácter de la mujer convencida; cuando se han visto grandes causas, abandonadas ya por los hombres, refugiarse como en un tabernáculo, dentro del corazón de las mujeres.

Las facultades del hombre y de la mujer son, pues, diferentes, pero armónicas. El uno es mas justiciero, la otra es mas misericordiosa; si el marido sabe trabajar con mas provecho, la mujer economiza mejor. Si el primero soporta á veces solo la carga del diario sustento de la familia, la mujer tiene los dolorosos cuidados de la maternidad y de la crianza de los hijos. Los esposos se complementan, pues, por la unión de sus facultades; no hay que hablar de superioridad ó de inferioridad; uno y otro tienen sus aptitudes especiales que los hacen diferentes, pero que no constituyen á ninguno de ellos superior respecto del otro.

La autoridad marital, nace pues de la necesidad de una autoridad en la sociedad que constituye el matrimonio. Esa autoridad se concreta en el marido; por Derecho Natural, porque sus especiales condiciones lo hacen mas idóneo para el ejercicio de esa autoridad; por Derecho Divino, porque Jesucristo al establecer el matrimonio dió al marido la autoridad.

Como toda autoridad, la autoridad marital debe ejercerse, no en provecho de quien la ejerce, sino en provecho de la sociedad á la que pertenece. No tiene, pues, por objeto la autoridad marital el provecho del marido, sino el de la sociedad conyugal, el del matrimonio y á ese provecho debe encaminar su ejercicio. Si la autoridad marital como toda otra autoridad, llega á ser un derecho, es porque es el medio para cumplir con un deber. Ese deber es el de encaminar la sociedad conyugal á sus fines naturales.

Si la autoridad marital se confiere al marido, éste contrae especialmente el deber de protección respecto de su mujer. Proteger, ordenando, he aquí lo que corresponde al marido.

Ahora bien, la autoridad marital puede considerarse, en relación á la persona misma de la esposa, ó en relación á sus bienes; como que en el matrimonio hay relaciones

personales y relaciones materiales. Las primeras se reglamentan por las disposiciones relativas al matrimonio mismo y á sus efectos; las segundas por las disposiciones relativas á las convenciones matrimoniales, á la sociedad conyugal, &c., &c. La autoridad del marido se ejerce, pues, en una doble esfera; el interés moral establece su derecho sobre la persona de la esposa; el interés material determina su poder sobre los bienes. En la primera esfera la potestad marital, tiene atributos esenciales, de los que no se puede desprender, en la segunda caben condiciones reglamentadas por la libre voluntad de los esposos. En suma, como en el matrimonio hay un vínculo moral al cual es accesoria la unión material de los bienes de los esposos, la autoridad del marido tiene que relacionarse ya con el uno, ya con la otra.

Se refieren á la parte moral los deberes de habitación común, de obediencia, de fidelidad.

El matrimonio supone una comunidad de existencia; sin esa comunidad no pueden llenarse debidamente sus fines; por consiguiente, la mujer debe seguir al marido á donde quiera que este fije su residencia. Este es un deber exigido aun por el orden público. A la ley positiva corresponde el reglamentarlo; el procurar que su ejercicio, por parte del marido, sea tal que no viole los derechos de la mujer; en fin, el limitarlo de suerte que sea fácil contener los abusos posibles.

Si la mujer debe seguir al marido á la habitación de éste, el marido á su vez tiene un deber correlativo á aquel y es el de recibirla, y el de tratarla con las consideraciones debidas; el de respetarla en su persona, respeto que le impone el de sus creencias, el de su modo de pensar, &c., &c. Finalmente, debe protegerla; pues, precisamente si la autoridad marital le corresponde, es porque es el mas fuerte.

La obediencia que la mujer debe al marido, le impone la obligación de solicitar la autorización del último para todos los actos de alguna importancia, en la vida civil. Esta es una obligación derivada á la vez del interés moral y del interés pecuniario; un homenaje al principio de autoridad, al mismo tiempo que una salvaguardia para los bienes. A la ley positiva corresponde el determinar los casos en los que dicha autorización es necesaria, y el reglamentar la forma de la autorización misma, buscando

siempre un justo medio, de suerte que la mujer no quede privada en absoluto del ejercicio de su libertad, ni tenga que someterse á fórmulas humillantes. Debe en fin, determinar los casos en los que, subsistiendo el vínculo matrimonial, pero rota la armonía y no existiendo la comunidad de existencia entre los cónyuges, deba no obstante la mujer acudir á la autorización del marido, en obsequio á intereses de orden moral elevado, como es el interés superior de la familia. La reglamentación de la autorización marital en el caso de divorcio y aun en el de separación de bienes, es asunto que requiere especial tino en el legislador.

El deber de mutua fidelidad es también esencial en el matrimonio y es igual para los cónyuges. En vano la ley humana ha querido hacer ese deber exclusivo de la esposa para con el esposo, castigando á la primera por el adulterio y dejando impune al segundo. Por las leyes naturales y divinas el mismo deber liga á los esposos.

El quebrantamiento del deber de fidelidad debe tener dos sanciones, la una en el orden civil, la otra en el orden penal; como que en una y otra esfera debe ser reparado el mal y restablecido el orden. A la ley positiva corresponde el determinar esas sanciones y el reglamentar su aplicación, cuidando de que haya igualdad en ellas; pues donde la falta es la misma, la sanción debe ser igual.

Se refieren á los intereses materiales y secundarios del matrimonio las capitulaciones matrimoniales, que determinan la manera como se ha de regir la unión de bienes, accesoria á la unión moral de las personas. A ley positiva corresponde el reglamentar esas convenciones, de suerte que se limiten á lo justo, sin dañar á los preceptos superiores de orden moral. La libertad de estipulación en esas convenciones debe ser admitida, hasta tanto que no dañe al fin primordial del matrimonio ó á los medios esenciales para conseguirlo.

También toca á la ley positiva el determinar el régimen al que han de estar sujetos los bienes de los cónyuges cuando no ha habido capitulaciones matrimoniales; en una palabra, fijar el régimen legal que ha de suplir la falta del convencional. Al establecer dicho régimen, debe la ley elegir el que más en armonía se encuentre con la naturaleza de la unión moral entre los cónyuges, unión la mas estrecha y sociedad la mas íntima que pueden conce-

birse sobre la tierra; pero deben también tenerse en cuenta las costumbres, las tradiciones, el carácter, &, &, del pueblo para el cual se legisla. Países en los que el régimen de comunidad de bienes está arraigado, no aceptarían fácilmente otro y vice versa.

Finalmente, la ley debe preveer el caso en el que existiendo aún el vínculo moral que constituye el matrimonio, haya, no obstante desaparecido la unión y la armonía entre los cónyuges. Esa relajación del vínculo moral, tiene sus consecuencias inevitables en el orden material, consecuencias que tienen que ser previstas por el legislador. Puede también suceder que existiendo perfecta unión moral entre los cónyuges, se haga no obstante necesaria la separación de los bienes.

¿Cómo han sido resueltas las varias cuestiones indicadas en este capítulo, por el Código civil del Ecuador? He aquí el objeto de la segunda parte de este tomo. Este estudio nos llevará á la comparación de la legislación ecuatoriana con la de otros países, y á la indicación de las reformas que sería conveniente aceptar.

Dividiremos nuestro estudio en tres secciones; la primera, versará sobre los derechos del marido respecto de la persona de la mujer; la segunda, sobre esos derechos, en lo que atañe á los bienes; la tercera, sobre el divorcio y la separación de bienes.

No analizaremos el Código civil artículo por artículo, sino el sistema por él seguido, en sus principios y en sus disposiciones capitales. Mejor dicho, no es un comentario del Código lo que nos proponemos escribir.

Prescindiremos de las cuestiones relativas á la formación del vínculo moral mismo que constituye el matrimonio, como también de las cuestiones relativas á su disolución; tanto porque estas son cuestiones mas bien canónicas que civiles, como porque nuestra tarea la hemos limitado, en este volumen, al estudio de las cuestiones relativas á la autoridad marital. Es decir que, dando por constituido el matrimonio válidamente, entramos directamente á considerar los deberes y derechos de los cónyuges.



SEGUNDA PARTE

ORGANIZACIÓN DE LA AUTORIDAD MARITAL SEGÚN
EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR



SECCION PRIMERA

DERECHOS DEL MARIDO SOBRE LA PERSONA DE LA MUJER



CAPITULO I

Deber de obediencia. La mujer está obligada á seguir al marido á donde quiera que éste se establezca. Límites de este deber. Sanciones que aseguran su cumplimiento. Deber correlativo en el marido de protección á la mujer

El marido es el Jefe de la sociedad constituida por el matrimonio; como á tal le debe la mujer obediencia, y él á su vez debe á la mujer protección. Esto es lo que dice también el Código civil (1) enunciando simplemente una ley de Derecho Natural: "El marido debe protección á la

[1] Cuando hablemos del "Código civil," se entenderá que hablamos del Código civil del Ecuador.

mujer y la mujer debe obediencia al marido" (Art. 125, inc. 2º) (1).

La consecuencia mas importante de este deber de obediencia, es la de que la mujer está obligada á seguir al marido á la residencia que él elija. Esta obligación la consigna el art. 127 del Código civil en estos términos: "El marido tiene derecho para obligar á su mujer, á vivir con él y seguirle adonde quiera que traslade su residencia."

Este es un deber reconocido en todas las legislaciones de los pueblos cultos. El fin mismo del matrimonio no pudiera conseguirse, si la mujer, á su arbitrio, tuviera la facultad de elegir una residencia distinta de la de su marido. Ciertamente, que es muy duro, sobre todo en ciertos casos, el exigir á la mujer, que siga al marido á donde éste lo quiera; muchas veces será para ella un penoso sacrificio el dejar los lugares y las personas que le son queridos, para trasladarse á países remotos ó á climas insalubres; pero ese deber, por duro que sea, es esencial en el matrimonio y como esencial, ineludible. La ley del sacrificio se impone aquí como fecunda en resultados benéficos para la humanidad; la ley que rige el matrimonio no es la ley del placer, sino la ley del dolor (2). Cuando Jesucristo ordena á la esposa que deje á su padre y á su madre, para seguir á su marido, no es que quiere que la esposa vaya en busca de los goces de un día, sino en cumplimiento de una misión santa, pero misión de sacrificio.

La única limitación impuesta por el Código civil ecuatoriano, exactamente igual en esta parte al Código chileno, es la de que el "derecho concedido al marido cesa

[1] Si el Código civil siguiera un orden estrictamente lógico, el art. 126 que define la potestad marital sería el primero del Título VI, así como el art. 234 que define la patria potestad, es el primero del Título X. Pero lo mejor sería suprimir del Código esas definiciones de la autoridad marital y de la patria, ya que las definiciones son buenas para un curso de legislación y no para un Código, en el que deben contenerse disposiciones y no definiciones. Las definiciones de suyo difíciles, lo son mas cuando ellas se refieren á los derechos y deberes de la vida civil; pues si no son perfectas, pueden ocasionar confusiones lamentables, en quienes son llamados á interpretar la ley, y aun, siendo perfectas, dan lugar á discusiones. El Código francés, el alemán, el español, el argentino, &c., &c., prescinden de la definición de la autoridad marital, limitándose á exponer los deberes y derechos entre los cónyuges.

(2) La mujer perfecta en Jenofonte, no está adornada de sabiduría sino de cordura, no se endiosa por el valor, sino por el sufrimiento.... Juan Montalvo. El Cosmopolita, pág. 21.

cuando su ejercicio acarrea grave peligro á la vida de la mujer.”

En esto el Código chileno, y en consecuencia el ecuatoriano, siguieron el riguroso sistema del Código de Napoleón. Las antiguas costumbres francesas eran menos severas, y de acuerdo con ellas Pothier daba á la esposa la facultad de separarse de su marido, si éste quisiese ir á establecerse al extranjero (1). Cuando las deliberaciones relativas á la adopción del Código civil francés, se propuso en el Consejo de Estado, el mantener en este punto las disposiciones del antiguo derecho, pero el primer Cónsul celoso de robustecer la autoridad marital, como toda otra autoridad, sostuvo la obligación en que estaba la mujer de seguir al marido adonde él lo exigiese. La opinión de Bonaparte prevaleció, y el derecho del marido hubo de quedar en su absoluto rigor. El Código chileno estableció una limitación para el derecho del marido, á saber, cuando el ejercicio de ese derecho acarrea peligro á la vida de la mujer; pero el Código de Napoleón, ni siquiera contiene esta salvedad. En este punto es indudablemente superior el Código chileno al Código francés; pues nunca en aquel los derechos del marido pueden llegar al extremo de exigir á la mujer el sacrificio de su vida. De aquí el que los comentadores y jurisconsultos franceses, no obstante el silencio del Código de su nación, al respecto, hayan adoptado en la práctica la misma doctrina del Código chileno (2). En los tribunales franceses, se ha reconocido igualmente, que no puede el marido exigir que la mujer se traslade adonde él lo exija, cuando esa traslación implica el sacrificio de la vida de ella (3).

Ahora bien, á pesar de la restricción contenida en el Código chileno, la que lo hace superior al francés, en este punto, diremos que el sistema de dicho Código chileno, está perfectamente de acuerdo con los dictados de la razón y con las exigencias de la vida práctica? ¿Se habrá puesto una valla al abuso posible del marido, con solo disponer que la mujer no está obligada á seguirle, cuando haya peligro para la vida de la última? Creemos que nó. Indu-

(1) Pothier. Matrimonio. N^o 382.

(2) Locré. Legislación civil. Tom. IV, pág. 393.

(3) Demolombe. Curso del Código de Napoleón. Tomo IV, pág. 213.

dablemente, el deber en este caso para la mujer es tal, que cualquier restricción indebida que la ley le imponga, puede ser un golpe rudo á los derechos del marido. Pero con todo, cabe un justo medio, y en adoptarlo estará la sabiduría del legislador. No es solo la vida lo que la mujer puede verse obligada á sacrificar; intereses mas caros que la vida misma, pueden ser sacrificados, y si el sacrificio es exigido sólo por un capricho del marido, ¿por qué no ha de contribuir la ley á evitarlo? Quizás el sacrificio de la vida lo encontraría menor, en ciertos casos una mujer que tuviese que seguir á remotas regiones á un marido que no guardase ya para ella el amor suficiente, á dulcificar las penalidades, amargas de suyo, de una emigración. Hay que tener en cuenta que el abuso de la potestad marital, por lo mismo que se consuma en el secreto del hogar, es el mas terrible de los abusos, así como es el mas fácil. No se manifiesta ese abuso á la luz del día, como pasa con otros poderes; al contrario, las violencias se ocultan, y las heridas que se causan á la esposa se disimulan ante la sociedad, bajo las apariencias de la cortesía y de un elegante convencionalismo. Los abusos del marido pueden ser constantes, como quiera que es fácil que se inspiren en tantas y tantas pasiones; la ambición desmedida, cuando no la ambición contrariada, la falta de educación, los caprichos, los celos, &., &., si en algo se traslucen directamente es, en el abuso del poder doméstico, y de ese abuso la primera víctima suele ser la esposa.

Las leyes, es cierto, no pueden regular el ejercicio de la potestad marital en su ejercicio diario, en sus íntimos pormenores. La educación en primer término, las costumbres de cada país, las circunstancias sociales, el carácter mismo de cada raza, &., &., serán los que determinen las condiciones de los buenos maridos. Hay un límite hasta el cual no alcanza la obra del legislador, y desde allí la acción social tiene que ejercerse en otra forma que en la de preceptos legales. Pero esto no quiere decir, tampoco, que la ley deba ser indiferente en absoluto; hasta donde es posible, sin dañar superiores derechos, ha de permitir y facilitar la intervención de la autoridad pública, para regular el ejercicio de la autoridad marital y corregir sus abusos. El problema está en hallar la justa conciliación entre los intereses de orden público y los del orden doméstico.

Por estas consideraciones encontramos fundada la opinión de los que quieren que, por ningún motivo, se obligue á la mujer, á seguir al esposo cuando éste se traslada al extranjero; y que antes bien, se le concedan arbitrios para precaverse en ciertos casos, contra violencias é irreflexivas resoluciones. Esta ha sido la doctrina adoptada en el Código civil español, que permite á la esposa el discutir y oponerse ante la Justicia contra las resoluciones del marido, cuando implican para ella la obligación de seguirle al extranjero. Ella expone ante el Juez los motivos en los que funda su oposición, el esposo es oído también y la controversia se termina en juicio verbal sumario [1].

El Código del Portugal eximiendo, en absoluto, á la mujer de la obligación de seguir al marido al extranjero, ha ido aún mas lejos; pero esto es avanzar demasiado; así creemos preferible el sistema del Código español.

La mayor parte de los Códigos americanos [2] concuerdan con el chileno en el sistema por éste adoptado, el cual, como llevamos dicho, es menos riguroso que el del Código francés. De desear es que se adopte en ellos la reforma introducida en el Código civil español. Ella sería á no dudarlo una salvaguardia eficaz contra el abuso posible del marido, en asunto de tanta importancia.

Si el marido no puede exigir á la mujer el sacrificio de su vida, tampoco puede exigirle el de su dignidad. Si el marido tiene derecho á la obediencia, la mujer tiene derecho á la protección. Si, pues, la mujer no ha de encontrar en el domicilio conyugal, la seguridad y la paz necesarias, y puede acreditarlo así, cesará para ella la obligación de seguir á su marido. Esta es doctrina generalmente admitida entre los comentadores del Código de Napo-

(1) El art. 58 del Código civil español dice: "La mujer está obligada á seguir á su marido adonde quiera que fije su residencia. Los tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación, cuando el marido traslade su residencia á Ultramar ó á país extranjero." La ley española sobre matrimonio civil de 1870, art. 48, tenía ya esta disposición y en ella se determina el procedimiento á que aludimos.

(2) Concuerdan con el Código civil chileno, el de Colombia y el del Ecuador. El de la Argentina, da á los Tribunales la facultad de eximir de su obligación á la mujer en caso de peligro de vida. El del Perú y el de Guatemala, consignan el precepto de un modo absoluto. El de Méjico establece dos excepciones: pacto en contrario y traslación de residencia al extranjero. El Código alemán concede á la mujer, en éste como en otros muchos casos, el derecho de oponerse en juicio contra las resoluciones del marido y la adopción de este sistema se ha creído un verdadero triunfo del feminismo práctico.

león [1] y bien puede aceptarse en nuestra jurisprudencia, ya que es perfectamente fundada. No hay sobre el particular texto expreso en el Código civil; pero así lo prescribe hasta el Derecho Natural.

De acuerdo con la doctrina dicha, la Corte de Casación en Francia, ha establecido que cuando la presencia en el domicilio conyugal de personas extrañas, es de tal naturaleza, que pueda herir á la esposa en su dignidad, los tribunales pueden autorizarla á restituirse á casa de su familia hasta que esas personas hayan dejado el domicilio conyugal, obligando entre tanto al marido á pasar alimentos á la mujer (2).

Donde quiera que la ley civil ha regulado las causas de divorcio, ha comprendido entre ellas, el caso de injuria grave y para calificar ésta, hay que atender á la educación, posición social, &, &, de los cónyuges. De suerte que, según muchas legislaciones, el punto de que venimos hablando, aun pudiera ser causal legítima para pedir el divorcio.

Hemos visto cuál es el deber de obediencia que la mujer tiene respecto del marido, y cuáles son los justos límites de ese deber. Examinémos ahora, cuál puede ser la sanción legal para la mujer que falta al deber de seguir al marido á la residencia que éste elija. Un deber de tanta trascendencia, esencial para el cumplimiento de los fines del matrimonio, no puede quedar al arbitrio de los cónyuges, como no puede quedar á su capricho ninguno de los otros deberes reconocidos por la ley. Tiene, pues, que existir alguna sanción contra el que viola ese deber. ¿Cuál es esa sanción en los Códigos ecuatorianos?

En el Ecuador la autoridad eclesiástica ha conocido siempre de las cuestiones relativas al matrimonio, en cuanto á las personas de los cónyuges se refiere, y ha llegado el caso de que la misma autoridad, por medio de medidas coercitivas, obligue á la esposa rebelde á trasladarse al domicilio de su esposo. El Código civil atribuye á la autoridad eclesiástica el juicio de divorcio; pero así como los efectos civiles de éste son regulados por la ley civil,

(1) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Tom. IV, § 471.

[2] Sentencia de la Corte de Casación. 2 de Enero de 1879.

así también todo lo que se refiere al cumplimiento de los deberes y derechos civiles entre los cónyuges, cae bajo el imperio de la ley y de la autoridad civil. Ni siquiera cabe en ello delegación de la autoridad civil á la eclesiástica, pues que no se concibe delegación de una autoridad á otra de un orden y de una esfera esencialmente distintos.

Para nosotros los católicos, el matrimonio es uno de los sacramentos de la Ley Nueva. Así lo han declarado los santos Padres y los Concilios y especialmente el de Trento (1) y quien quiera que de esta creencia se apartase, incurriría en una de las condenaciones del Syllabus. Pero la calidad de sacramento no quita al matrimonio la de contrato civil, ni impide que los efectos civiles de ese contrato, como los de otro contrato cualquiera, sean reglamentados por la ley civil. A esta corresponde pues, de derecho, el determinar como ha de ser compelida la mujer que se niega á seguir al marido á su domicilio. A Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César.

Colocada pues la cuestión en el terreno meramente civil, nos preguntamos. ¿Cuál es el recurso que tiene el marido para obligar á la mujer á volver al domicilio conyugal ó á seguirle al lugar en donde él fije su residencia? ¿Puede el marido solicitar de la autoridad pública, el empleo de medidas coercitivas, para reducir á la mujer rebelde á la obediencia? ¿Podrá, en una palabra, hacer uso de la fuerza para someterla, *manu militari*, al cumplimiento de sus deberes?

Si nos atenemos al efecto natural y ordinario de las obligaciones y á las consecuencias civiles comunes que la ley señala á la violación de ellas; si consideramos á la mujer rehacia á volver al domicilio conyugal, ó á seguir al marido, simplemente como un contratante que desconoce la obligación, por el contrato impuesto, apelaremos lógicamente al artículo 1543 del Código civil y decidiremos conforme á dicho artículo, que la mujer puede ser apremiada para que vuelva ó se traslade al domicilio del marido.

Efectivamente, el citado artículo 1543 da al acreedor el derecho de exigir una de estas tres cosas:

1º Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

(1) Concilio de Trento. Sesión XXIV, Canon XII.

2º Que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero á expensas del deudor;

3º Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Ahora bien, los deberes matrimoniales son de tal naturaleza, que no cabe sustitución en la persona del deudor; no pueden cumplirse sinó por los contratantes, ó sea los cónyuges. Respecto de la violación de esos deberes, no cabe tampoco apreciación de daños y perjuicios materiales. Estos serán quizás una remota consecuencia; pero el daño principal es el daño moral, la relajación de un vínculo libremente contraído. Tratándose, pues de la violación de los deberes matrimoniales, hasta donde esos deberes pueden caer bajo la sanción de la ley civil y del poder público, no es concebible otra cosa que el apremio respecto del deudor.

Tal vez sea esta una solución demasiado rigurosa, pero no vemos cuál otra pueda desprenderse de las disposiciones del Código civil. Además esa solución, aunque rigurosa, es justa y conveniente. La ley debe asegurar de una manera eficaz el cumplimiento de tan alto é importante deber, sin hacer excepciones injustificadas del derecho común.

Las leyes romanas del tiempo de Justiniano, fueron ya muy severas contra la mujer que abandonaba el domicilio conyugal. La Novela 117 decía: "Si mulier marito suo sine causa justa, repudium miserit et in hac impia voluntate perseveraverit. . . . ; periculo iudici huic causæ præsentis religiosissimo antistiti tradatur. . . . antistes enim curabit in monasterium mittere et ibi degere usque ad diem mortis suæ." La mujer, pues, podía ser arrestada y encerrada en un convento, hasta que desistiese de su propósito. Además se la privaba de todos sus bienes dotales.

El Código de Napoleón, no contiene disposición alguna expresa sobre el particular. Según el antiguo derecho francés, la sanción contra la mujer que abandonaba el domicilio conyugal era puramente pecuniaria y consistía en privarla de la *donarie*, esto es de aquella parte de los bienes que el marido le había cedido. En las deliberaciones sobre el Código, y suprimida ya la *douarie*, se propuso la cuestión de saber cuál sería el derecho del marido

en el caso previsto. El primer Cónsul opinó porque se privase de alimentos á la mujer. Boulay dijo que el punto debía abandonarse á la sanción de las costumbres. Finalmente, Tronchet sostuvo que el asunto era prematuro y que convenía tratar de él cuando se ocupasen en las discusiones relativas al divorcio. La opinión de Tronchet prevaleció; no se resolvió nada por el momento; pero mas tarde tampoco se volvió á discutir sobre el particular y quedó el Código francés sin una disposición expresa sobre tan importante materia. Después los comentadores y los jurisconsultos se han dividido profundamente al ocuparse en cuestión tan trascendental.

Según el artículo 1142 del Código francés: "Toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en la de indemnizar los perjuicios en caso de infracción por parte del deudor." La obligación de hacer una cosa no lleva, pues, como natural consecuencia, la facultad de apremiar al deudor, como pasa con el Código ecuatoriano. A esto se agrega que el apremio (*la contrainte par corps*), tal como fué establecida por el decreto del 23 de Febrero de 1804 (23 pluvioso, año XII), decreto cuyas disposiciones fueron luego las del título XVI del Código de Napoleón, artículo 2059 y siguientes, está limitado á casos especialmente señalados. Aun mas; el artículo 2066 del Código de Napoleón dice, que el apremio no puede ser decretado contra los septuagenarios y contra las mujeres, sino en caso de estelionato.

Dadas estas disposiciones, natural era que muchos distinguidos jurisconsultos se apoyasen en ellas, para desconocer el derecho de emplear contra la mujer la *manu militari* para los efectos que llevamos indicados (1). Los citados jurisconsultos opinan que la sanción para la mujer debe consistir en penas pecuniarias; pero aquí se dividen nuevamente, opinando unos porque esas penas deben consistir simplemente en la condenación al pago de daños y perjuicios (2), y otros que deben consistir en penas más graves aun; como la pérdida impuesta á la mujer, en provecho del marido, de los productos de los bienes propios de

(1) Laurent. Principios de derecho civil. Tomo III, N^o 93. Baudry Lacantinière. Tratado teórico y práctico de derecho civil. Tomo I, N^o 626.

[2] Dalloz. Repertorio de Jurisprudencia. Mujer. N^o 111.

aquella y de los bienes gananciales (1). El artículo 1149 del Código francés, alegan los últimos, prescribe que los daños y perjuicios se estimen según la pérdida sufrida por el acreedor; pero el cómputo de esa pérdida, en el caso de que tratamos, es un imposible (2).

Los que se deciden por admitir el empleo de la *manu militari* contra la mujer, y entre ellos se encuentran algunos de los mas eminentes comentadores del Código de Napoleón, fundan también su opinión de diferente modo. Unos invocan razones superiores de orden público, y respecto de los argumentos relativos á la *contrainte par corps* creen, en primer lugar, que aquí no se trata de apoderarse de la persona de la mujer para privarla de su libertad, sino de conducirla al domicilio conyugal para hacerla cumplir con sus deberes; y en segundo, que una vez que un fallo judicial se haya expedido, para obligarla á tornar á ese domicilio, la ley misma asegura el cumplimiento de ese fallo; por todos los medios á su alcance, y no obstante lo dispuesto en el artículo 2066 del Código francés. El marido, por tanto, podrá acudir al poder público para que se haga efectivo ese fallo por medio de la fuerza, si necesaria fuese. La regla, pues, de que *Nemo potest precise cogi ad actum*, no la aceptan, los comentadores de que tratamos para el caso enunciado.

Otros de los que aceptan el empleo de la *manu militari* contra la mujer, para eludir las razones poderosas alegadas en contra, acuden á otro argumento. La mujer dicen, es el objeto del contrato del matrimonio, es el objeto mismo prometido en él; hay por tanto derecho á reclamarlo. "En el matrimonio, dice Marcadé (3) no es simplemente un hecho personal el prometido, es la persona misma de la mujer. ¿Por qué, pues, no se ha de poder perseguir por las vías legales la posesión de esa persona, objeto del contrato? Indudablemente este razonamiento no puede aceptarse. La asimilación de la persona de la mujer á la cosa, materia del contrato, no se concibe en el Código de un pue-

[1] Huc. Comentario del Código civil. Tomo II, N.º 238.

[2] El artículo 1149 del Código francés dice: "Los daños y perjuicios debidos al acreedor, son en general, por la pérdida que há sufrido, y por la ganancia de que se le ha privado, salvo las excepciones y modificaciones aquí indicadas."

[3] Explicación teórica y práctica del Código civil. Tomo IV, pág. 416.

blo civilizado, y menos todavía en una época en que la personalidad civil de la mujer, es ya un dogma en el derecho civil.

La legislación italiana expresamente determina que si la mujer rehusa seguir á su marido, podrán embargarse en provecho de éste los productos de los bienes parafernales de aquella. Pero aquí tropezamos con otro gravísimo inconveniente, y es el de que según este sistema solo hay una sanción para la mujer que tiene bienes propios, y no para la que carece de ellos. Se hace, por lo mismo, necesaria una sanción que pueda ser efectiva de un modo general.

El Código alemán, el argentino y otros de los que sujetan en todo el matrimonio á la ley civil señalan como causa para pedir el divorcio, el abandono voluntario y malicioso de uno de los cónyuges (1); pero ésta tiene el inconveniente de ser una sanción extrema, que conduce al rompimiento de lazos que la ley debe procurar robustecer. Además es una sanción que no cabe en legislaciones como la ecuatoriana, que reservan á la autoridad eclesiástica, en absoluto, el conocimiento de las causales de divorcio. Una vez que el Código civil ecuatoriano, en su artículo 163, ha reservado á la autoridad civil, sólo los efectos civiles del divorcio, no podría incluir entre ellos, algo que es causa y nó efecto del divorcio.

Si pues hay algún recurso adecuado al sistema de nuestra legislación, es el recurso de la *manu militari*. El, no obstante lo que hemos expuesto, respecto del Código de Napoleón, ha sido también el adoptado en los mismos tribunales franceses (2).

El Código argentino, además de la sanción de que hemos hablado en el párrafo anterior, faculta también al marido para pedir el uso de las medidas policiales necesarias para obligar á la mujer á habitar con él (3).

Pero se nos dirá. ¿A qué puede conducir el empleo de la *manu militari* contra la mujer que quiere abandonar á su marido, cuando no se trata de llevarla en un momento dado al domicilio conyugal, sino de retenerla allí? ¿Se-

(1) Ley argentina de matrimonio civil. Art. 67. Art. 1567 del Código alemán.

(2) Demolombe. Matrimonio. Tomo II, N^o 105

(3) Art. 187 del Código civil argentino.

rá necesario pedir al poder público los medios de vigilarla y retenerla permanentemente? ¿Será necesario un carcelero que la constriña al cumplimiento de sus deberes? Y ¿qué significa la presencia material de la mujer en casa de su marido, cuando no basta esa presencia, sino que se requiere la voluntad de llenar los deberes morales de su estado? En fin, se nos podrá preguntar, si no sería mejor concluir con que la obligación de la mujer de habitar con su marido, es una de esas obligaciones que no tienen sanción legal?

Indudablemente, esto es en cierto modo verdadero. Los deberes matrimoniales son tales que se escapan en buena parte, á la sanción del poder humano y quedan sólo bajo la salvaguardia de un poder más alto, del poder que rige las conciencias. Tan graves son esos deberes y tan trascendentales, que Jesucristo quiso que se derivasen no de un acto cualquiera de la vida civil, sino de un acto sagrado, de un sacramento.

Los jurisconsultos y los tratadistas discutirán las sanciones civiles que de las leyes se desprenden; pero los resultados de esa discusión quedarán mas bien en el terreno especulativo, y quizás la ley más sabia en esto, será la que menos preceptos contenga. Cuando el vínculo moral esté relajado, las sanciones serán inútiles, sino ridículas para restablecerlo, y bien se guardará un marido prudente y de cierta posición social, de acudir á la autoridad pública, á solicitar el empleo de la fuerza, contra la mujer que lo ha abandonado.

La autoridad eclesiástica para los católicos, será la mejor reguladora en esta materia, y no por el empleo de medidas coercitivas, que no le corresponden, como lo hemos expuesto ya, pero antes por medio del valioso arsenal de recursos morales de que dispone.

Si el marido tiene derecho á la obediencia de la mujer, ésta á su vez lo tiene á la protección del primero. Si el marido puede exigir á la mujer que le siga adonde fije su residencia, la mujer, á su vez, tiene derecho á que el marido la reciba en su casa. (Arts. 125 y 127 del Código civil ecuatoriano).

Veamos ahora cuales son las consecuencias prácticas de estas obligaciones del marido para con la mujer, siguiendo la doctrina de los comentadores del Código fran-

cés, cuyas disposiciones, en la materia, son iguales á las del Código chileno, y por tanto, á las del Código ecuatoriano (1).

Si el principio de obediencia conduce á la mujer á casa del marido, éste debe recibirla allí como su igual. No puede señalarla una residencia cualquiera; la misma del marido tiene de ser la de la esposa.

El marido debe suministrar á la mujer los medios necesarios para su subsistencia decorosa, según las facultades de aquel; esto es, los correspondientes á su posición y á su fortuna. Donde el marido es el señor, la mujer debe ser la señora. [Ubi tu Caius, ibi ego Caia] (2). Igual obligación tendrá la mujer respecto del marido si éste careciere de bienes. (Art. 128 del Código civil ecuatoriano).

Respecto de este último precepto, podría quizás preguntarse cuál es su objeto, siendo así que, si no hay divorcio, ni separación de bienes, es el mismo marido el que maneja los de la mujer, cuyos productos se aplicarán naturalmente al sostenimiento de la familia; y si hay divorcio, ó separación de bienes, la ley prescribe reglas especiales en estas circunstancias. ¿Cuál será pues el caso al cual pueda aplicarse la segunda parte del citado artículo 128 del Código civil? Bien puede suceder que la mujer se haya reservado la administración de una parte de sus bienes y que los productos de la sociedad conyugal no alcancen al sostenimiento del marido y de la familia. Entonces la mujer tendría obligación de contribuir á ese sostenimiento con el producto de los bienes administrados por ella (3).

La Novela 117, capítulo 14, concedía al marido el derecho *modice castigandi uxorem*. Este derecho no ha sido reconocido en las legislaciones modernas, de los pueblos cultos y con justísima razón. La igualdad moral protege á la esposa, contra toda violencia.

Los comentadores franceses, nos dicen que según las antiguas costumbres, el marido podía ejercer sobre su esposa un derecho moderado de corrección corporal. En al-

(1) Art. 212, 213 y 214 del Código francés.

(2) Citaremos, como especial, por los términos en los que está concedido el art. 166 del Código ruso, que dice: "El marido debe amar á su mujer como á su propia carne, vivir con ella en buena armonía, amarla y defenderla, excusar sus defectos y aliviar sus penas."

(3) Verz. Estudio del Código civil, art. 134.

gunos pueblos subsiste ese derecho. Nos cuenta Riehl, que los Kalmoucks del Volga, son los jueces de sus propias mujeres y pueden imponerlas penas corporales. "Las tratan, nos dice, con cortesía, pero cuando la esposa comete una falta en el hogar, cesa la cortesía y ella es azotada, porque el genio del hogar está por encima de la dignidad personal de la mujer. El látigo, que en este caso es símbolo de la autoridad marital, pasa como una reliquia de generación á generación."

No faltan autores modernos que desearan ver esta costumbre aceptada en todas las legislaciones. Proudhon dice que, la mujer es un ser muy débil, y como tal, inferior al hombre; y que para dirigirla necesita el marido tener el derecho de castigarla. Pero esta opinión no ha tenido eco en las modernas sociedades, y antes bien, todas ellas han consagrado el principio contrario. Ese principio es también el que se ha aceptado en las nuevas legislaciones, y según ellas, el marido que golpeará á su mujer, incurrirá en una de las infracciones señaladas por la ley penal. Esto, al menos, pasaría según la legislación ecuatoriana y muchas otras.

A la educación y á las costumbres corresponde, eso sí, más que á la ley, el hacer efectivo el respeto á la persona de la mujer. En los matrimonios de obreros, ó de gentes de baja condición, serán siempre frecuentes los casos de brutalidades del marido contra la mujer; al paso que en las clases cultas, aun supuesta la autorización legal, esas violencias serán siempre raras.

El marido no sólo ha de abstenerse de toda violencia contra la persona de la mujer; pero antes debe garantizarla contra toda injuria de extraños. Esto se desprende inmediatamente del deber de protección física y moral que respecto de ella tiene. Y debe protegerla no sólo contra ofensas materiales, sino contra todo lo que pueda afectar su reputación ó sus legítimas susceptibilidades. El marido es el señor en el hogar y todo ultraje que en éste su recinto se dirija á la mujer, con consentimiento del marido, será un ultraje hecho á la mujer por el marido mismo (1).

Así, en las legislaciones que señalan las injurias graves como causal de divorcio, esas injurias pueden consis-

(1) Aubry y Rau. Tom. V, pág. 471.

tir no solamente en ofensas personales del marido, sino en ofensas ó faltamientos tolerados ó consentidos por él.

Para la esposa que falta al deber de obediencia para con su marido, hay una sanción; igualmente debe haberla para el marido que falta al deber de protección respecto de su mujer. ¿Cuál es esta sanción?

Los tribunales franceses han establecido una doctrina que completa lo previsto por el Código francés en materia tan importante. Según ella hay para el marido, que falta al deber de protección para con su esposa, tres sanciones sucesivas.

Cuando la mujer logra acreditar que no es tratada por su marido con los necesarios miramientos, puede rehusar el trasladarse al domicilio de aquél; y si habitando con el marido, fuese objeto de violencias ó excesos, puede abandonar el domicilio conyugal y obtener la facultad de residir en otra parte hasta que se restablezca el orden normal. Cuando en fin, hay motivo para creer que la común existencia pacífica, será en adelante imposible, tiene la mujer el derecho de pedir la separación de cuerpos, y en último término el divorcio.

El Código chileno, al cual siguió literalmente el ecuatoriano, nada previó sobre la materia. Algo más tarde se dió en Chile la ley de matrimonio civil, en la cual se señalan como causales del divorcio los malos tratamientos de obra ó de palabra, la avaricia del marido, etc., etc. En el Código ecuatoriano faltan algunas disposiciones sobre la materia, aun dejando á la autoridad eclesiástica el conocimiento privativo de las causas de divorcio, ya que no siempre los conflictos posibles entre los cónyuges han de traducirse en una causa de divorcio.

Como resultado de los límites naturales de la autoridad marital, han deducido los comentadores franceses algunas consecuencias relativas al respeto que la mujer se merece en sus creencias, su modo de pensar, etc., etc. Dotada la mujer de una personalidad civil reconocida por las modernas legislaciones, el marido no puede aspirar á la destrucción de lo que constituye esa personalidad. Ahora, cuál será en cada caso el punto en que terminen los derechos del marido, es lo que no puede ser resuelto de antemano y ni aun siquiera previsto por la ley, ó por la Jurisprudencia. Aquí repetiremos lo dicho ya: las costumbres,

la educación, las condiciones sociales, serán las que dicten la ley en cada circunstancia particular. El legislador no puede ir tan lejos, ni debe entrar en la reglamentación de los íntimos pormenores de la vida doméstica. Esa tarea se escapa á sus facultades; por fuerza mucho ha de quedar bajo el solo imperio del Derecho Natural. Así como no puede el legislador, dar al padre de familia la clave precisa de sus deberes y derechos cuotidianos; tampoco puede darla al marido, y deja á una ley más alta, que es la ley moral, todo aquello á que el derecho humano no alcanza, por la natural deficiencia de sus medios.

Esto pasa con una cuestión sobre la cual se han suscitado discusiones y formado sistemas especiales, y es la relativa á la correspondencia escrita de la mujer. Quienes creen que la correspondencia de la mujer es inviolable, aun para el marido; que ella puede invocar, al respecto, por el silencio de las leyes sobre la materia, los principios de Derecho Natural, según los cuales, el que escribe ó el que recibe una carta, es el dueño exclusivo de ella. Quienes creen, por el contrario, que la vigilancia del marido sobre la correspondencia de la mujer, es un derecho que corresponde á aquel, como Jefe que es en la sociedad doméstica, y un derecho indispensable para la buena marcha de ésta.

El primer sistema ha sido el adoptado por los tribunales norte-americanos, ante los cuales se ha discutido la cuestión. Como curioso documento que es, copiaremos la siguiente resolución de la Corte de Louisville. "Es inadmisibles que en este tiempo y en este país, la autoridad legítima de un marido le dé el derecho, durante el matrimonio, de inmiscuirse en la casta y amigable correspondencia de su esposa, en tanto que ésta no afecte á los derechos del marido. No se puede, pues, sostener que la autoridad marital dé al marido la facultad de interceptar ó destruir las cartas que su esposa envía ó que ella recibe. Una intervención tan humillante como ésa, afectaría á la mutua confianza, y, alterando la paz doméstica, serviría sólo para satisfacer una curiosidad opresiva y celosa. No puede, por tanto, ser estimulada tal intervención por la justicia. Desde todo punto de vista, esas cartas pertenecen á la mujer, desde que han sido escritas para que ella las lea. Si por razones de conveniencia personal, ha creído no deber mostrarlas al marido, puede bien guardarlas como su pro-

pia y exclusiva propiedad. Debe suponerse que cuando la mujer sustrae esas cartas al examen de su esposo, es por que tiene para ello razones suficientes. Las leyes inglesas y americanas que reconocen la individualidad y responsabilidad moral de las esposas, garantizan, por consecuencia, la libertad de sus pensamientos y la manifestación de sus afecciones. Pueden, pues, tener sus ideas, sus afectos, sus emociones propias. Un marido no debe convertirse en el espión, ni en el tirano de su mujer, ni ésta es su esclava, ni su querida; es su compañera y su igual" (1).

El fallo curioso que copiamos, muestra hasta que punto han llegado los progresos del feminismo en los Estados Unidos del Norte.

Los jurisconsultos franceses siguen una opinión contraria. Para ellos dar á la mujer la inviolabilidad en el secreto de su correspondencia es causar daño gravísimo á la autoridad marital.

El marido, dicen, tiene la misión de dirigir á su esposa. Debe pues, tomar las medidas que crea convenientes, vigilar su conducta y proteger su moralidad. En la sociedad conyugal, hay un conjunto de preceptos impuestos por el honor, de los cuales el marido es el soberano apreciador y el diligente guardián. Si corresponde al esposo, en caso de diferencia, designar las personas que las conveniencias sociales impiden recibir en la casa, asimismo le corresponde el ser juez en la correspondencia íntima de su esposa, para evitar un mal posible. Esto es lo que la moral exige, esto es lo que impone la necesidad de mantener la paz en el hogar doméstico,

La intervención oportuna del marido, dicen los partidarios de este sistema, puede evitar á la mujer muchas lágrimas. *Circa initium vigilandum est*, y mucho más cuando se trata de seres en los cuales el sentimiento suele abatir á la razón y las pasiones á la voluntad.

Indudablemente ésta es una cuestión mas de moral que de jurisprudencia, y su resolución variará según las circunstancias. Resuelta al sentir de los comentadores franceses, se establece una desigualdad entre los esposos; pero hay que convenir en que esa solución es la única con-

(1) Sentencia publicada en el periódico "Le Droit." 25 de Diciembre de 1887.

forme con la autoridad marital, al modo como está reconocida por el Código francés y por la generalidad de las legislaciones latinas.

Y hay que advertir que según la legislación francesa, la facultad que tiene el marido de abrir la correspondencia de la mujer, constituye una verdadera desigualdad cuando se trata del juicio de divorcio ó de la separación de cuerpos. De aquí el que este asunto, que entre nosotros no tiene importancia práctica alguna, haya sido vivamente discutido por los jurisconsultos franceses. Expliquemos el porqué.

Según el derecho común francés, la correspondencia privada es inviolable y no puede aducirse como prueba su juicio [1]. Esto mismo pasa en todos los pueblos cultos. Es ofender á los jueces el presentarles para que formen su juicio documentos de índole semejante; es desmoralizar la acción esencialmente moralizadora de la justicia.

Mas tratándose de acreditar y de descubrir hechos íntimos, como aquellos que dan lugar al divorcio y á la separación de cuerpos, la ley francesa, así como admite el testimonio de personas, en otros casos excluidas, como los parientes y los domésticos, así también permite recoger indicios de la correspondencia privada de los esposos, con una sola limitación: esa correspondencia no es admitida al esposo que la exhibe como prueba, sino á condición de que haya ido á sus manos de una manera lícita. Según esto, el marido puede invocar como prueba contra su mujer, las cartas que á ésta ha interceptado, pues que esa interceptación le es permitida; pero la mujer no puede hacer otro tanto. Es, pues, manifiesta la desigualdad para el procedimiento en esta clase de juicios, pero de esa desigualdad lo más que se sigue es la necesidad de la reforma de las leyes sobre el procedimiento en este punto; pues la vigilancia del marido sobre la correspondencia de la esposa se deduce lógicamente de la naturaleza de la autoridad marital.

No faltan, finalmente, autores que opinan que en la correspondencia de la mujer, debe hacerse una distinción,

(1) Una sentencia de la Corte de Casación del 15 de Julio de 1895 dice: "Todos los principios colocan la correspondencia secreta de los ciudadanos entre las cosas sagradas, de las que los tribunales y los particulares deben desviar los ojos."

dando al marido la facultad de vigilar esa correspondencia, pero exceptuando la que tiene un carácter íntimo de familia. Pero ese término medio es inadmisibile, porque para que el marido pudiera hacer tal distinción, tendría que examinarla toda, y entonces se vuelve á lo mismo que se quiere evitar.

Hemos expuesto esta cuestión mas por vía de ilustración en la materia, que por creer que ella tenga interés práctico alguno en nuestra jurisprudencia. Difícil será que llegue el caso de que entre nosotros, se discuta ante un tribunal lo relativo á la correspondencia privada de los esposos. Las costumbres, el carácter, los principios religiosos mismos, supremos reguladores en el asunto, excluirán siempre, en algunos países, estas cuestiones de orden doméstico, del dominio de los jueces. Y con justa razón; allí hay mas cuestiones morales que legales y cuando alguna de ellas se plantea en el terreno judicial es porque la paz del hogar no existe ya; la comunidad de intereses tan íntimos no puede discutirse ante un juez, sino cuando esa comunidad ha desaparecido. Al marido que pidiese al juez el reconocimiento de su facultad de vigilar las cartas de su mujer le alcanzaría con dicho reconocimiento el ridículo ante la sociedad y perdería, por ende, la misma autoridad que procura defender. Los medios violentos no caben para estrechar un lazo que une las almas, y si el marido desea afianzar su autoridad, debe procurar arraigarla en el corazón mismo de la esposa. De nada servirán las leyes severas contra la esposa que no ame á su marido; ella tendrá siempre recursos para eludir su vigilancia. En cambio si la mujer ama á su marido, por más garantías, y recursos que las leyes le den, despreciará esas garantías y esos recursos, para seguir los impulsos de su corazón.

El imperio de la ley civil es sumamente limitado respecto de los cónyuges; son las leyes naturales y divinas, las que alcanzan á regular perfectamente las relaciones entre ellos, y éstas son en primer término relaciones morales.

Sobre todo en lo que respecta á las creencias de la mujer, estas escapan de tal suerte á la autoridad marital que la ley civil no puede contener disposición alguna al respecto, y ni siquiera se ha promovido discusión sobre la inviolabilidad de ellas. El precepto de Derecho Natural que hace las creencias religiosas inviolables, es un precep-

to tan primordial, que la ley civil ni siquiera necesita enunciarlo. Ninguna autoridad humana puede penetrar en el santuario recóndito de la conciencia humana, solo á Dios reservado. Pero, por lo mismo, que respecto de las creencias se impone una reserva infranqueable, no podemos menos de convenir en que las creencias diferentes serán siempre un muro que separe el corazón de los esposos. La estrecha unión de dos almas, no puede alcanzar en la tierra, su relativa perfección, sino en cuanto ellas aspiren á un mismo ideal supremo y se dirijan por los mismos medios á conseguirlo.

CAPITULO II

La autorización del marido; sus fundamentos, su necesidad. La autorización para comparecer en juicio. La autorización para actos de disposición y de administración. Casos en los que la mujer no necesita de la autorización marital. Cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos

El marido es el jefe de la sociedad conyugal; indispensable es por tanto que ningún acto de los que suelen comprometer los intereses de esa sociedad, pueda ejecutarse sin su consentimiento. La autoridad del marido se afectaría en sus derechos primordiales, si pudiese la mujer prescindir de ella, á su arbitrio, y comprometer los intereses sociales como á bien lo tuviera. La necesidad, pues, de la autorización del marido para los actos y contratos de la mujer se presenta, ante todo, como un efecto inmediato y necesario del deber de obediencia que la mujer tiene respecto del marido.

Las antiguas legislaciones hicieron de la mujer casada, según hemos tenido ocasión de verlo, un ser incapaz en absoluto para los actos de la vida civil. Y como á los absolutamente incapaces no se los autoriza para los actos de la vida civil, sino que se los representa, nada se prescribió en esas legislaciones, respecto á la autorización marital. La autorización supone una iniciativa, una personalidad propia, sino independiente, de las cuales la mujer estaba desprovista. Restablecido por las modernas legislaciones el concepto justo de la condición civil de la mujer casada, se reglamentó la autorización marital, pero fundando ésta, ante todo, en el principio de obediencia, consiguiente á la sociedad conyugal, como á cualquiera otra sociedad.

El principio de la incapacidad de la mujer casada, como fundamento de la necesidad en que la ley la coloca de

solicitar la autorización del marido, es un principio insostenible. Si las mujeres solteras ó viudas, que han salido de la menor edad, se reputan como provistas de la suficiente experiencia y de la debida madurez de espíritu para administrar con plena independencia sus negocios; si, como á tales, la ley les reconoce una absoluta capacidad ¿cómo será posible sostener que esas mismas mujeres, por el hecho de casarse, han perdido las facultades naturales, que anteriormente se les reconocían?

Si la incapacidad de la mujer casada, fuera una realidad, la ley no podría confiarle la patria potestad de los hijos, como se la confiere hoy la mayor parte de las legislaciones, á pesar de que el ejercicio de esa patria potestad es de tan trascendental importancia para la familia. No podría confiarse tampoco á la mujer casada, la guarda del marido en ciertos casos, ni la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. Finalmente, si realmente fuera un hecho esa pretendida incapacidad de la mujer casada, el marido no podría delegar en ella sus atribuciones, por medio de una autorización general. Si la mujer puede celebrar con autorización del marido todos los actos que el marido mismo, es porque sus facultades, mejor dicho, sus aptitudes no son inferiores; es porque, salvado el principio de autoridad con la autorización obtenida, la mujer puede velar por los intereses comunes de la sociedad conyugal, exactamente lo mismo que el marido.

La doctrina que hemos expuesto es también la de eminentes tratadistas de Derecho civil (1). Algunos otros opinan, no obstante, que aunque la necesidad de la autorización marital reposa en primer término sobre la obediencia que la mujer debe al marido, no deja por otra parte de ser impuesta por la debilidad é inexperiencia propias de la mujer. La ley, dicen, exige la autorización marital, no solo en atención á los intereses de la sociedad conyugal, sino también en atención á los particulares intereses de la mujer. De esta última opinión, aceptada en las leyes, proviene la acción de nulidad concedida también á la mujer (2).

(1) Pothier. Tratado de la potestad marital. N^o 29.

(2) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Tomo V, § 472, pág. 138. Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo III, N^o 95.

Otros tratadistas, finalmente (1) señalan como fundamentos de la conveniencia de la autorización marital:

1º La necesidad de mantener la autoridad del marido; y

2º La garantía debida á los intereses comunes de la familia.

Rechazan estos tratadistas toda idea de protección á la mujer, fundada en su debilidad ó en su inexperiencia presuntas (2).

Examinando este sistema, no hay duda de que concuerda con el que dejamos expuesto. En el primer fundamento está comprendido este segundo. Para dar esa garantía á los intereses comunes de la familia es precisamente para lo que se necesita la autoridad marital, para garantizarlos es para lo que se impone el deber de obediencia. Los dos fundamentos indicados, constituyen, pues, en realidad, uno solo, que es el mismo que nosotros venimos indicando.

Ahora bien, estudiando el sistema seguido por el Código civil ecuatoriano, sistema que no es otro que el del Código chileno, y análogo al del Código francés, encontraremos, que ese sistema es el de quienes fundan la necesidad de la autorización marital no solo en el principio de obediencia, debida al marido, mas también en la protección que se debe á la mujer por sus pretendidas debilidad é inexperiencia. Así lo declara expresamente el artículo 1674 del Código civil ecuatoriano, que es el 1684 del Código civil chileno. Dice dicho artículo, en su inciso 2º: "La incapacidad de la mujer casada, que ha obrado sin autorización del marido, ó del juez, en su caso, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido."

Hay otro artículo en el Código civil, que manifiesta también claramente el sistema de dicho Código en la materia, y es el artículo 143. Según éste, el marido menor de veintiún años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal. Ahora bien; ese marido menor tiene la autoridad marital como cualquier otro, y sin embargo para los actos relativos á la administración

(1) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, cap. VI, art. 215.

(2) Demolombe. Matrimonio. Tomo II, Nº 117.

de la sociedad conyugal, su autorización no bastaría á la mujer, pues á ésta le sería precisa además la autorización del curador respectivo. Esto supuesto, es claro que si la ley fundara la necesidad de la autorización solo en el principio de obediencia debería bastar la autorización del marido, aun menor de veintiún años, ya que la menor edad no le impide el tener la autoridad marital. Si pues, la ley exige la autorización de un curador, es porque tiene á la vista, no solo el principio de obediencia, sino también la necesidad de una protección especial para la mujer. Y notemos que esa autorización del curador del marido, menor de veintiún años, será necesaria aunque la mujer sea mayor de edad, lo cual, realmente, es exigir demasiado; mucho más, si se tiene en cuenta que la mujer es llamada en algunos casos, á la guarda de su marido y á la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. (Art. 1748 del Código civil).

Una vez examinados los fundamentos de la autoridad marital, veamos cuáles son los casos en los que, según el Código, la mujer debe solicitar esa intervención.

La ley tenía que preocuparse ante todo, del caso en que la mujer hubiera de acudir ante un tribunal cualquiera en defensa de sus derechos, ya como demandante, ya como demandada. Ahora bien; el legislador ecuatoriano, de acuerdo en todo con el Código chileno, el cual á su turno siguió al Código francés y á la mayoría de las legislaciones, determinó que la mujer no pudiese comparecer en juicio sin la autorización del marido, bien sea para demandar, bien para defenderse. (Art. 130).

Ninguna disposición mejor fundada que ésta: los resultados de un litigio pueden afectar seriamente los intereses de la sociedad conyugal, y así la autorización del marido se impone con más fuerza, en este que en ningún otro caso.

Tan importante es este precepto legal, y su cumplimiento tan necesario para el bien de la familia, que la ley no ha exceptuado de él, ni á la mujer separada de bienes, ni á la mujer divorciada. Una y otra tienen que solicitar la autorización del marido para comparecer en juicio. [Arts. 154, 168].

Respecto de la mujer separada de bienes, evidente es que no había razón para exceptuarla del derecho común.

Aunque la separación de bienes produzca una perturbación en la unión de intereses materiales, consiguiente al matrimonio, no la produce por sí misma en la comunidad de intereses morales, que puede aún subsistir. Los intereses de la familia común subsisten también, no obstante la separación; y así, aunque, en algunos casos particulares, sea muy duro para la mujer separada de bienes, solicitar la autorización del marido, los legisladores han procedido muy bien no eximiéndola de la necesidad de esa autorización.

Respecto de la mujer divorciada, según la doctrina del Código civil, es también necesaria la autorización. La regla general del artículo 130 no sufre excepción ninguna, al tratarse del divorcio, y si la ley hubiese querido que la mujer divorciada no estuviese sujeta á la necesidad de la autorización habría consignado tan importante excepción. Es cierto que el artículo 168 del Código ecuatoriano establece que la mujer divorciada puede administrar con entera independencia del marido los bienes sacados del poder de él, ó los que después del divorcio haya adquirido; pero la administración, aunque se halle revestida de las facultades más amplias, no envuelve por sí sola la facultad de litigar. *Plaider n' est pas un acte d' administration*, dicen con razón los más distinguidos comentadores franceses (1). En este punto nos hemos apartado de la muy ilustrada opinión del distinguido jurisconsulto Casares (2), quien sostiene que la mujer divorciada puede comparecer en juicio, sin necesidad de la autorización del marido, y agrega que si la mujer divorciada no tuviera la facultad de comparecer en juicio sin pedir la autorización del marido, no tendría la necesaria independencia para administrar que la ley le concede. Casares cita en su apoyo al jurisconsulto chileno Chacón, quien dice: "Mientras en el caso de simple separación de bienes solo se da á la mujer capacidad para los actos de administración, en el de divorcio se le otorga la libre disposición de los bienes y la facultad de obligarse y de estar en juicio. *Con el divorcio cesan todos los efectos del matrimonio, lo que no sucede en el caso de sim-*

(1) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, cap. VI, art. 215.

(2) Casares. Instituciones del Derecho Civil ecuatoriano, Pág. 69.

ple separación." Si Chacón se hubiese referido al *divorcio*, tal como en algunas legislaciones se acepta, esto es como disolución del vínculo matrimonial, estaría en lo justo; pero su opinión es errónea tratándose de las disposiciones del Código chileno, seguidas á la letra por el Código ecuatoriano. Según el sistema de estos Códigos, no es el divorcio la disolución del vínculo matrimonial, sino apenas una relajación temporal de él. Aun la ley del matrimonio civil en Chile, muy posterior al Código, establece que "el divorcio no disuelve el matrimonio sino que suspende la vida común de los cónyuges" (1). ¿En qué ha podido, pues, fundarse Chacón para decir que con el divorcio cesan todos los efectos civiles del matrimonio, cuando la ley dice que subsisten, y subsistiendo, ella misma trata de conciliarlos con el nuevo estado de cosas que el divorcio apareja? (2)

Y con tanta mayor razón creemos que la mujer divorciada necesita de la autorización marital, cuanto el Código chileno siguió al Código francés, en la materia; y según este último, tanto la mujer separada de bienes, como la separada de cuerpos, necesitaban de la autorización marital para comparecer en juicio (3). Después se expidió la ley del 6 de Febrero de 1893, la cual pasó á ser el artículo 311 del Código civil francés, y conforme á ella quedó ya exenta la mujer separada de cuerpos de la necesidad de solicitar la autorización marital (4).

Tenemos, pues, que según el Código civil ecuatoriano, la mujer divorciada necesita de la autorización marital para comparecer en juicio. Ahora bien, será ó nó conveniente la reforma de la ley en este punto, ó mejor dicho sería conveniente que el Código civil ecuatoriano dijera lo que algunos, según la interpretación que hemos expuesto, creen que dice ya?

No puede negarse que el precepto que obliga á la mujer divorciada á solicitar la autorización del marido, es un

[1] Artículo 19 de la ley de matrimonio civil, promulgada el 10 de Enero de 1884.

[2] Véase Vera. Código civil de la República de Chile, comentado y explicado. Tomo I, pág. 160. Uribe y Champeau. Tratado de Derecho civil colombiano. N.º 344.

[3] Sirey. Código civil anotado. Art. 215. Duranton. Curso de Derecho francés. N.º 469.

[4] Dice así la citada ley: "La separación de cuerpos, devuelve á la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, sin que haya necesidad de acudir á la autorización del marido ó de la justicia."

precepto duro en extremo y de resultados inconvenientes en la práctica. Cierto que, como lo hemos dicho, refutando á Chacón, el divorcio no rompe el vínculo matrimonial; cierto que aun hay intereses de familia comunes; pero á pesar de ello, el divorcio proviene de causas tales, que su séquito obligado es el odio profundo entre los divorciados; y en tales circunstancias no debe exigirse á la mujer la autorización del marido. Si quieren resguardarse los intereses comunes de familia, puede exigirse la autorización judicial.

La necesidad de pedir la autorización marital es sobre todo humillante é imposible para la mujer, cuando el marido es el que ha sido la causa del divorcio, y se hace insufrible por lo mismo que la ley conserve las prerogativas de una autoridad, creada en bien de la sociedad conyugal, precisamente al que ha sido el autor del gravísimo daño, inferido á esa sociedad y de la terminación completa de ella, en cuanto á los bienes respecta.

La autorización que el Código civil impone á la mujer casada se extiende así al caso en el que ella es la demandante, como al caso en que es la demandada. Las consecuencias de un litigio pueden ser transcendentales para la sociedad conyugal, así cuando la mujer es la demandada, como cuando es la demandante. La única excepción á la regla general, es para cuando la mujer es enjuiciada en causa criminal ó de policía. Nada más natural que esta excepción: la defensa en tal caso es de derecho natural y no hay cómo entorpecerla, sujetándola á autorización alguna. Se dice, tal vez, que también es de derecho natural la defensa en causa civil, que por tanto debe alegarse la misma razón; pero en realidad, hay grande diferencia entre el uno y el otro caso. En materia civil el esposo, y la justicia en subsidio, pueden rehusar justa y convenientemente la autorización que la esposa solicita para litigar como demandada; pues puede suceder que la defensa que ella trata de hacer no tenga razón ninguna. Quizás esto implicará una condenación contra la mujer demandada, por rebeldía; pero esa condenación vale más que una condenación contradictoria después de mucho tiempo y de fuertes gastos perdidos [1].

[1] Mourlon. Repeticiones. Tomo I, § 771.

Tampoco es necesaria la autorización del marido, según el Código ecuatoriano en los litigios de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer. Esta es una excepción muy natural y razonable; ya que no se concibe que se impusiese á la mujer la obligación de solicitar la autorización, precisamente de su contrario en la litis. El Código francés nada dice á este respecto, lo cual ha dado lugar á discusiones entre los comentadores, quienes, sin embargo, están de acuerdo en sustentar que para el caso en que la mujer pida la separación de bienes ó la de cuerpos, para la demanda bastará la autorización del Presidente del respectivo tribunal (1). Indudablemente el sistema del Código chileno es muy superior en este punto, pues, al menos su expresa disposición, evita dudas al respecto.

Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión ó industria, como la de directora de colegio, maestra de escuela etc., etc., puede comparecer en juicio sin necesidad de licencia del marido, por la presunción legal de que está debidamente autorizada.

El artículo 215 del Código francés prescribe que aun la mujer comerciante está sujeta á solicitar la autorización del marido para cada litigio; al paso que el Código civil ecuatoriano se refiere al de comercio en este punto, y según esté, la mujer casada que tiene autorización general para ejercer su comercio, no necesita de otra especial para los litigios que pueden sobrevenirle á cada paso. Indudablemente, el sistema del Código francés, en lo que á la mujer comerciante respecta, es en extremo riguroso, y así preferimos la doctrina del Código chileno. La mujer que ejerce el comercio, debidamente autorizada, no debe estar sujeta á las dificultades consiguientes á la necesidad de la autorización especial para cada caso, pues esas dificultades implicarían para ella perjuicios.

La autorización para litigar está sujeta, por el Código civil, á la misma regla general que contiene el artículo 132, del cual nos ocuparemos mas adelante. Puede, por tanto, ser general, á diferencia de lo que previene el Código francés. Creemos también que esa autorización, una vez dada, habilita á la mujer para todas las instancias del

[1] Sirey. Código civil anotado. Art. 215. Arts. 865, 875 y 878 del Código de procedimientos francés.

litigio. El juicio comprende todas las instancias, y la ley solo habla de la autorización para parecer en juicio. Es demasiado rigurosa la opinión de los tratadistas que sostienen que la autorización del marido debe renovarse en cada instancia [1].

La forma en que ha de autorizar el marido á la mujer para litigar es también la general prevista en el artículo 132. Puede, pues, el marido autorizar á la mujer por escrito, ó intervenir él mismo en el juicio. Cuando la mujer es demandada, la citación debe hacerse así al marido como á la mujer. La demanda á una persona incapaz se hace generalmente á su representante legal; pero la incapacidad de la mujer casada, según el Código civil, no es la misma que la de los otros incapaces; quizás si á alguna incapacidad puede asimilarse, es á la del menor adulto. La mujer tiene una personalidad civil propia, y lo que necesita es solo *autorización*. La citación, pues, hecha al marido con la demanda á la mujer no basta, en nuestro concepto; debe hacerse la citación también á la mujer que es la directamente interesada, para que proceda de acuerdo con sus intereses.

Prescrita como se halla la autorización del marido, para que la mujer pueda comparecer en juicio, esa autorización viene á ser requisito esencial para la validez del juicio. Faltando á la mujer casada la debida autorización, le falta la capacidad suficiente para litigar y el juicio en consecuencia es nulo; pero el marido, según la regla general del artículo 136, puede ratificar los actos para los cuales no hubiere autorizado á su mujer y esa ratificación validaría el juicio. La nulidad dicha, como cualquiera otra por omisión en las solemnidades del procedimiento, podría ser alegada por cualquiera de las partes.

Si una mujer cuando soltera ha iniciado un litigio como demandante ó ha sido demandada, después, al casarse necesita de la autorización del marido para continuar litigando. La autorización que la ley previene es para estar en juicio (*stare in judicio*) y no simplemente, para el comienzo del pleito [2].

Pasemos ahora á los demás actos de la vida civil, pa-

[1] Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo I, art. 215.

[2] Sirey. Código civil anotado. Art. 215.

ra los cuales necesita la mujer la autorización del marido. Según el artículo 131 del Código civil "la mujer, no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar ó repudiar una donación, herencia ó legado, ni adquirir á título alguno, oneroso ó lucrativo, ni enajenar hipotecar ó empeñar."

El espíritu de esta disposición está en que la mujer no pueda aumentar ni disminuir su patrimonio, sin la autorización del marido. La disminución del patrimonio pudiera quitar á la sociedad los medios materiales indispensables para su subsistencia, y en cuanto al aumento, si viene éste como consecuencia de un acto gratuito, puede comprometer el honor de la mujer, que es el de ambos esposos.

Ahora bien; cualquiera que sea la condición de la mujer casada, esto es, sea que subsista la comunidad de bienes, sea que haya obtenido la mujer la separación de bienes ó el divorcio, los poderes de ella terminan allí donde los actos de administración pasan á ser actos de disposición. Tal es el espíritu y el tenor del Código civil.

La única facultad dispositiva que tienen la mujer separada de bienes y la divorciada, respecto de los bienes que una ú otra administran, es la relativa á la enajenación de los bienes muebles. Esta es la única excepción que tiene el Código civil, excepción que hacemos extensiva á la mujer divorciada, puesto que el divorcio implica separación de bienes, y porque no pueden nunca ser menores las facultades administrativas de la mujer divorciada, que las de la mujer simplemente separada de bienes.

Quizás aun sin el inciso 2º del artículo 154, podríamos haber concedido á la mujer separada de bienes y á la divorciada, la facultad de enajenar los bienes muebles administrados por ella, ya que la enajenación de los muebles parece que es un acto de administración, sobre todo la de ciertos muebles, como los productos de la tierra, etc., etc.

Creemos, pues, que la mujer divorciada no puede, según el Código civil ecuatoriano, enajenar por sí sola bienes raíces y que una enajenación de tales bienes, hecha por ella sola, sería nula. No hay cómo sostener, que la facultad de *administrar con independencia* del marido los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que después del divorcio ha ad-

quirido, le dé aquella otra facultad, porque mal puede sostenerse que el que tiene la facultad de administrar, tenga la de enajenar bienes raíces. La enajenación de bienes raíces es el acto de más importancia en la vida civil, en lo que á bienes respecta, y si la mujer divorciada puede celebrarlo sola, el Código civil hubiera dicho simplemente que la mujer divorciada entra en el pleno goce de su capacidad civil.

La facultad de administrar contiene ó no la de enajenar los bienes? dice Casares en sus Instituciones, sosteniendo una opinión contraria á la que exponemos. Si lo primero, puede enajenar los raíces porque la ley no hace distinción alguna; si lo segundo, no podría la mujer divorciada enajenar ni los bienes muebles, y estarían sus facultades mas limitadas que en el caso de separación de bienes lo que es absurdo [1]. A esto replicamos: para contestar á la pregunta propuesta hay que distinguir siempre entre bienes muebles é inmuebles, porque no definiendo la ley la palabra *administrar*, hay que tomarla en su uso corriente y según este administrar es solamente *regir, gobernar*. El que administra una hacienda, no tiene para que disponer de ella, pero si tiene que vender los productos de ella, porque de otro modo se corromperían. Pero aun suponiendo que esta distinción gramatical sea inaceptable, más inaceptable sería el otro extremo del dilema propuesto, pues que, como lo hemos dicho, el divorcio lleva consigo *separación de bienes* y claro es que sin necesidad de nueva disposición legal la mujer divorciada tendría las facultades de la mujer separada de bienes.

Y esto no quiere decir que nosotros seamos partidarios del sistema del Código civil, en lo que á la mujer divorciada respecta, pero para que el Código diga otra cosa, hay que reformarlo, pues no basta una forzada interpretación para cambiar sus disposiciones. Nosotros deseáramos que respecto de la mujer divorciada, dijese el Código ecuatoriano lo que dice la ley argentina, sobre matrimonio civil, artículo 72: "Si la mujer divorciada fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil." La ley francesa del 6 de Febrero de 1893, reformatoria del Código civil francés, dice aún más, tratando de la mujer

(1) Casares. Instituciones del Derecho civil. Pág. 69.

separada de cuerpos: "La separación de cuerpos surte el efecto de devolver á la mujer el pleno ejercicio de la capacidad civil." Repetimos lo dicho al hablar de la autorización judicial, para comparecer en juicio; si se quiere una garantía para los intereses de familia, que aun subsisten después del divorcio, exíjase á la mujer la autorización judicial, pero no la del marido, la cual en ciertos casos es absurda, sobre todo cuando es el marido el que ha dado causa al divorcio.

Volviendo ahora á la redacción del artículo 131 del Código civil ecuatoriano, que es literalmente el 137 del Código civil chileno, nos preguntamos, si no es redundante el decir que la mujer no puede celebrar contrato alguno y luego decir que no puede enajenar, hipotecar, empeñar, etc., etc., como si estos actos no implicaran contratos. Indudablemente hay redundancia pero nosotros nos la explicamos así.

El artículo 217 del Código de Napoleón, prohíbe á la mujer donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso, sin el consentimiento del marido. Ahora bien, dentro de estas prohibiciones no está comprendida la de contraer una obligación personal, por un contrato cualquiera, y de aquí las disensiones que entre los tratadistas franceses se han suscitado, sobre si puede ó nó la mujer contraer obligaciones personales, sin el consentimiento del marido. La mayor parte de dichos tratadistas están por la negativa, puesto que las obligaciones personales no surten efecto alguno, sino en cuanto pueden ser seguidas de alguno de los otros actos prohibidos por el mismo artículo 217.

Quizás, pues, la necesidad de evitar dudas semejantes en asunto de tanta importancia, movió al ilustre redactor del Código chileno á redactar el artículo 137 de dicho Código, tal como se encuentra, es decir en el sentido de prohibir á la mujer casada en general, la celebración de contrato alguno. Y aun fuera mejor que como lo hace el artículo 189 del Código argentino, se prohibiese á la mujer en general, contraer obligaciones.

La disposición que prohíbe á la mujer casada el obligarse, sin la autorización del marido, no impide, el que ella se obligue por un cuasicontrato por un delito ó cuasidelito.

Respecto de los *cuasicontratos*, debemos distinguir. Si el hecho voluntario del cual proviene el cuasicontrato es ejecutado por un tercero, como en el caso en el que el *gestor* haya pagado una deuda de la mujer, ésta queda obligada de conformidad con el artículo 2272 del Código civil. Pero si es la mujer la que da origen al cuasicontrato, constituyéndose en agente oficioso de un tercero, no incurre en responsabilidad civil alguna, ni obliga tampoco al tercero interesado; pues por su sola voluntad no puede la mujer casada obligarse, ni obligar.

El marido es ordinariamente el responsable de la conducta de su mujer; pero cuando su responsabilidad cesa conforme á la ley, es la mujer la obligada á las indemnizaciones debidas. Este es un punto, sobre el cual los autores se hallan de acuerdo.

Finalmente, hay actos para los cuales no necesita la mujer la autorización marital. Tales son los actos de última voluntad en los cuales no se concibe intervención de otra persona distinta del testador [1]. El testamento es un *acto de una sola persona*, dice el Código civil (Art. 993) y así, con sobrada razón el mismo Código excluye de la necesidad de la autorización marital los actos testamentarios.

¿Podrá la mujer casada reconocer á un hijo natural sin la autorización del marido? Según el sistema que sigue el Código ecuatoriano igual al chileno en la materia, creemos que no. El reconocimiento de un hijo natural es un acto ó declaración de voluntad que produce obligaciones civiles, y la mujer casada es incapaz de tal acto ó declaración, sin la debida autorización, [Art. 1435 y siguientes del Código civil]. Si la ley hubiera querido exceptuar de la regla general, el reconocimiento dicho, lo habría expresado, como lo hizo respecto de los actos testamentarios, sin embargo de que, por su naturaleza misma, estos no admiten intervención alguna del marido. Solamente, pues, si el reconocimiento lo hace la mujer por testamento, po-

(1) Dice el artículo 933 del Código civil: "Para acto testamentario que haya de surtir efecto después de su muerte." Ahora bien preguntamos. ¿Algún acto testamentario puede surtir efecto antes de la muerte del que lo otorga? ¿No bastaría decir solamente "acto testamentario." El Código francés dice simplemente: "La mujer puede testar sin autorización de su marido. (Art. 226 del Código francés).

drá prescindir de obtener la autorización del marido.

Sin embargo, este es un punto respecto del cual no se hallan conformes los jurisconsultos que han interpretado los Códigos chileno y ecuatoriano [1].

También entre los comentadores franceses hay diferencias sobre el particular. Al artículo 337 del Código francés dice: "El reconocimiento hecho durante el matrimonio, por uno de los cónyuges, en provecho de un hijo natural, habido antes del matrimonio, de otra persona distinta de su cónyuge, no perjudica á este ni á los hijos nacidos en el matrimonio." Del tenor de este artículo deducen unos como indudable que la mujer puede reconocer un hijo natural, sin el consentimiento del marido [2], otros por el contrario, creen que el artículo 337 no establece excepción alguna respecto del derecho común y que se limita á determinar los efectos del reconocimiento legalmente hecho por la mujer (3).

Nosotros deseáramos que el Código ecuatoriano contuviese disposición expresa sobre el particular y que esa disposición determinase precisamente el derecho de la mujer de reconocer un hijo natural, por sí sola. Hay actos de la vida civil, tan personales que respecto de ellos no debe la ley exigir intervención alguna extraña. Ciertamente que quizás la paz doméstica podría peligrar con esa libertad concedida á la mujer casada. Pero al frente están los derechos sagrados de los hijos y ellos merecen la protección de la ley, en primer término. Están también los derechos de la mujer casada, pues quizás, impidiéndole el reconocer un hijo, se la priva del único medio de reparar una falta ó de corregir una injusticia.

[1] Sostienen esta opinión los jurisconsultos chilenos Chacón y Vera. La combate el distinguido jurisconsulto ecuatoriano Casares, pero las razones que expone el último no las encontramos aceptables. Ciertamente que exigir la autorización del marido en el caso del reconocimiento del hijo natural es hacerle muy difícil, pero ésta es una razón para pedir la reforma de la ley y no para apartarse del espíritu y del tenor de ella. Casares. Instituciones del Derecho civil, Pág. 178.

(2) Demolombe. Curso del Código de Napoleón. Tomo V, N° 388 Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarias. Tomo VI, § 568.

(3) Laurent hablando de este punto dice: "Se sostiene también que puede la mujer sin autorización del marido, reconocer un hijo natural. Esto nos parece muy dudoso. La incapacidad de la mujer es tal que no puede ella ejecutar acto alguno jurídico sin previa autorización. No hay excepción sino en los casos previstos por la ley; ningún texto, contiene excepción alguna respecto del reconocimiento del hijo natural. Laurent. Tomo IV, § 284.

CAPITULO III

Formas de la autorización marital. La autorización expresa, tácita, general, especial y presunta. Ratificación de los actos no autorizados. Efectos civiles de la autorización marital. Nulidad producida por la falta de autorización. La autorización judicial: sus efectos. Reforma en cuanto á la facultad concedida á la mujer, de pedir la nulidad de los actos para los cuales no ha sido autorizada

Cuando el marido no interviene en el acto que ejecuta ó celebra la mujer, la autorización de aquel debe constar *por escrito*, ya que la autorización en esta forma otorgada, de no hallarse presente el marido, es la única que ofrece suficientes garantías.

Según el tenor del artículo 132 del Código civil, no basta que el marido intervenga en el acto; su intervención debe ser *expresa y directa*. No bastaría, pues, que el marido presenciara el acto ó concurriese á él como un testigo; se necesita que su intervención sea en calidad de parte y que así se exprese.

En esto, el Código chileno fué más riguroso que el de Napoleón. El artículo 217 de este último, habla solo del *concurso del marido en el acto* ó su consentimiento por escrito. De aquí deducen los comentadores franceses la *autorización tácita*, en oposición á la expresa; consistiendo aquella en el simple concurso del marido al acto que ejecuta ó celebra la mujer. Este concurso, según ellos, no debe consistir en la mera presencia del marido, sino en el concurso intelectual de éste, en virtud del cual tiene también una parte activa en el acto; como sería el caso, en el que la mujer y el marido tomaran conjuntamente una suma de dinero en préstamo (1).

(1) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tom. II, art. 218. Demolombe. Curso del Código de Napoleón. Tomo II, N.º 217, Laurent, Principios de Derecho civil, Nos, 123 y 124.

Aun hay otros tratadistas franceses que desearían otra clase de autorización tácita, haciéndola consistir en ciertos hechos del marido, aunque éste no se halle presente en el acto y dejando la apreciación de ella al criterio del juez. Sería, dicen, quienes pretenden establecer tal sistema, éste el medio de evitar muchos fraudes y de impedir que se anulen actos, en los que no se ha hecho sino sorprender la buena fe de terceros. Pero, por fraudes, que en muchos casos se cometan, no hay duda de que aquella autorización tácita, no haría sino dar lugar á incertidumbres y á litigios que la ley debe, á todo trance evitar, exigiendo que la autorización se dé en la forma que previene el artículo 132 del Código civil, que comentamos. Aceptada la doctrina de la autorización tácita, que venimos exponiendo, vendría á ser el juez, el supremo regulador de muchos de los actos y contratos de la esposa, sin más ley que su criterio, y semejante atribución es siempre peligrosa.

No admite, pues, el sistema del Código chileno, la citada *autorización tácita*. Pero sí admite la posibilidad de un mandato tácito del marido á la mujer; pues el mandato es una cosa y la autorización otra. El primero en los casos en que el marido puede conferirlo á la mujer, esto es cuando puede contratar con ella, puede ser ya expreso, ya tácito, como pudiera serlo respecto de un tercero. (Art. 2110 del Código civil). El Código civil en su artículo 1741, admite el mandato del marido á la mujer, aunque creemos que lo confunde con la autorización. Dice dicho artículo: "Toda deuda contraída por la mujer con *mandato* general ó especial ó con autorización expresa ó tácita, etc."

Este artículo habla de *autorización tácita*. Luego, se nos dirá ¿cómo puede sostenerse que por el Código chileno no hay autorización tácita? La dificultad es grave por la contradicción que hay entre este artículo y el que exige que la intervención del marido sea *expresa y directa* y solamente podemos salvarla interpretando las palabras "autorización tácita" de que usa el artículo 741, como refiriéndose á la autorización presunta, admitida en el Código, ó á la ratificación tácita (1).

La autorización presunta no tiene lugar sino en los

(1) Uribe y Champeau. Tratado de Derecho civil colombiano, Art. 388

casos expresamente señalados por la ley. De esta clase de autorización nos ocuparemos un poco más adelante, al tratar del artículo 141 del Código civil, que es el que la determina.

La autorización del marido puede ser general para todos los actos en los que la mujer la necesite ó especial para una clase de negocios ó para un negocio determinado. (Art. 134). En esta parte el Código chileno se separó del francés, pues conforme á éste no cabe autorización general, ni aun cuando tal autorización general (1) se hubiese estipulado en las capitulaciones matrimoniales (2).

El Código de Napoleón, se separó, á su vez, en este punto del antiguo derecho francés, el cual permitía la autorización general. El artículo del Código chileno que estudiamos, nos parece más fundado en razón. No hay por que llevar la necesidad de la autorización á un extremo tan riguroso y quizás perjudicial. La autoridad marital no sufre en nada, con la autorización general, pues que ésta no es sino una delegación del marido á la mujer, que puede revocarse como otra cualquiera. Así la prohibición de la autorización general no existe en muchas otras legislaciones (3).

La autorización que el marido da á su esposa, debe ser, y no puede menos de ser, un acto personal de él, porque siendo ese derecho proveniente de la autoridad marital, no puede transmitirse á otra persona; solo el marido puede ejercerlo. Así, si un marido, al ausentarse, confiere un mandato á un tercero, para que dé á la mujer del ausente las autorizaciones á que haya lugar, ese mandato será nulo, en lo que á ese particular respecta [4]. Distinto será el caso en el que no pudiendo concurrir el marido á un acto determinado, que va á celebrar su mujer, constituye un mandatario especial para que lo represente en dicho acto. Este mandato se ejercería validamente, pues aquí

[1] El art. 223 del Código francés dice: "Toda autorización general, aun la estipulada en el contrato de matrimonio, no es válida, sino en cuanto á la administración de los bienes de la mujer."

(2) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. § 772, nota 66.

(3) No tienen la prohibición de la autorización general ni el Código Argentino, ni el Español, ni el Italiano.

(4) Demolombe. Curso del Código de Napoleón. Tomo IV, N.º 209.

no hay nada que afecte á intransmisibilidad de la autoridad marital.

El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á la mujer y la ratificación puede ser general ó especial [Art. 136]. Pero pudiendo alegar la nulidad, por falta de autorización, la misma mujer no autorizada, claro es que la ratificación del marido no valdría sin el concurso de la voluntad de la mujer. Esta es doctrina unánime entre los comentadores franceses [1]. Y doctrina perfectamente aceptable en nuestra jurisprudencia, por ser las disposiciones legales para el caso las mismas. Mas aún; esa doctrina se impone según el sistema del Código ecuatoriano, como la única posible, para conciliar el artículo 142 que da á la mujer misma no autorizada, el derecho de invocar la nulidad y el artículo 1674 que declara que la incapacidad de la mujer casada se entiende establecida también en provecho de ella, con el artículo 136, que da al marido la facultad de ratificar los actos para los cuales no ha autorizado á su mujer.

La ratificación puede ser expresa ó tácita, consistiendo la última en actos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia. Una y otra están sujetas á la restricción indicada en el párrafo anterior. Nótese también que no es lo mismo *ratificación tácita* que *autorización tácita*, y así lo hemos notado antes.

El marido puede también revocar la autorización general ó especial concedida á la mujer. La revocación será hecha de un modo general, por ejemplo, por la imprenta, si la autorización se dió en esa forma; pero si la autorización fué especial, la revocación deberá también ser notificada especialmente al interesado. Aun creemos que, por analogía, puede aceptarse una doctrina semejante á la que establece el Código civil respecto del mandato (Art. 2160); de suerte que si la revocación no es oportunamente conocida, el contrato celebrado será válido y dará derecho á terceros de buena fe contra el marido.

La falta de autorización del marido para un acto ó contrato celebrado por la mujer, en los casos en los que conforme á ley tal autorización es necesaria, produce nu-

(1) Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo III, N.º 166. Marcadé. Explicación teórica y práctica del Código civil. Art. 225.

lidad; *nulidad relativa*, puesto que es causada por la omisión de formalidades prescritas en consideración al estado de las personas que intervienen en el acto. Siendo, pues, relativa la nulidad, no puede alegarse sino por determinadas personas y es susceptible de ratificación, dentro del término legal. Ahora bien, ¿cuáles son en este caso las personas á las cuales permite la ley alegar la nulidad? El artículo 142 del Código civil, las determina, á saber: la mujer, el marido y los herederos del uno ó de la otra.

La concesión de la facultad de pedir la nulidad, á la mujer, es lógica consecuencia del sistema que funda la necesidad de la autorización, no solo en el principio de obediencia al marido, sino también en la relativa incapacidad de la mujer. Este sistema mixto es el adoptado en los Códigos francés y chileno, y en consecuencia la acción de nulidad, tenía que corresponder también á la mujer, pues que en su provecho y en guarda de sus intereses, se prescribe también la autorización marital.

La antigua Jurisprudencia francesa, fué de un extremo á otro. Primero fué una acción, la de nulidad, concedida sólo al marido; después, en tiempo de Pothier fué una acción concedida á todos. El Código de Napoleón adoptó un término medio restringiéndola al marido, á la mujer y á los herederos. Otros Códigos modernos, como el español, han seguido la regla del viejo derecho francés, concediendo la acción de nulidad solo al marido (1).

Para las legislaciones que fundan la necesidad de la autorización marital, solo en el principio de obediencia, consecuencia lógica era conceder la acción de nulidad sólo al marido. Este sistema defendido con calor por algunos autores, tiene sus innegables ventajas y sería de desear el verlo adoptado en el Código civil ecuatoriano.

No hay que hacer expresiva la protección á la mujer casada, porque ese exceso de protección se convertirá en su daño, por el temor que habrá de contratar con ella. Mientras más se restrinjan los recursos de nulidad, más se afianzará la tranquilidad civil, si así cabe decirlo, en una sociedad. Quizás, la moral misma exige, que se prive á la mujer casada de la facultad legal de hacer recaer sobre

(1) Art. 65 del Código español. 137 del Código italiano, 214 del Código de Méjico.

terceros de buena fe, las consecuencias del fraude, por ella cometido. "Sin duda, dice un autor, la mujer casada podrá decir á los acreedores: habéis cometido una estúpida imprudencia, contratando conmigo; pero un lenguaje tal, usado respecto de aquellos á quienes se ha engañado, tiene mucho de cínico, y un tribunal, al aplicar la ley, sentirá todo el peso de la injusticia de ésta" (1). Tanto más cierto es lo dicho, cuanto puede la mujer casada pedir la nulidad sin restricción ninguna, aun en el caso de que haya celebrado un contrato apareciendo en él como soltera ó viuda, esto es con manifiesta mala fe, y cuando la prueba de la validez del acto, una vez pedida la nulidad, no le corresponde á ella, sino á la parte contraria.

El día en el que se derogara el inciso 2º del artículo 1674 del Código civil ecuatoriano y con él, en consecuencia, la facultad de pedir la nulidad otorgada á la mujer casada, por el 142, quizás se haría un bien á ésta, antes que un daño, pues le sería mas fácil el celebrar contratos, y en todo caso la sociedad recibiría un beneficio positivo con la reforma.

La autoridad marital no es una autoridad absoluta; es una autoridad limitada y sujeta á la vigilancia de la autoridad pública. En este principio se funda el artículo 137 del Código civil ecuatoriano, artículo tomado del 147 del Código civil chileno.

Quando el marido niega á la mujer la autorización pedida, sin justo motivo, el juez puede suplirla. Lo contrario, sería exponer á la mujer á sufrir los caprichos y abusos del marido, sin recurso posible. "No hay dice Portalis, poder alguno particular que no esté sujeto al poder público y al magistrado le corresponde el intervenir, para corregir las injustas negativas del marido, y para restablecer las cosas, cuando perturbadas, á su estado natural y legítimo" (2).

Y no es sólo para corregir un abuso posible para lo que se ha establecido la autorización judicial, en defecto de la del marido. Ese es el principal objeto de la autorización judicial, pero según el sistema del Código chileno, esa autorización, tiene también lugar en caso de algún impedi-

(1) Gide. Estudio sobre la condición privada de la mujer. Pág. 537.

(2) Discurso sobre el Código civil. Págs. 205, 206.

mento del marido, "como el de la ausencia real ó aparente cuando de la demora le siguiere perjuicio." La ausencia real ó aparente se cita, solo como ejemplo; de suerte que además de esa, puede haber otras causales, que habiliten á la mujer á solicitar la autorización judicial.

El Código chileno siguió con ligeras variaciones en la materia, el sistema del Código de Napoleón, sobre la autorización judicial. Ahora bien, algunos de los comentadores del último Código, han propuesto la reforma de éste, en el sentido de que la autorización judicial, pueda pedirse solamente en caso de oposición injusta del marido, pero no en caso de impedimento de él. Cuando la justicia arregla los conflictos que se presentan entre los cónyuges, se dice, obra de un modo conforme á la misión de aquella; pero cuando da á la mujer una autorización por falta ó por impedimento del marido, sale de sus atribuciones. En el primer caso, puede el juez encontrar en la exposición de cada uno de los cónyuges, en los argumentos contrarios que se aduzcan, una base para su resolución; en el segundo caso, la justicia procederá á ciegas. La autorización marital, dicen, se funda en el principio de obediencia, no en la incapacidad de la mujer, en la necesidad de mantener la paz en el hogar y no en la falta de facultades de ella; por tanto, hallándose el marido ausente ó impedido de otro modo, debe dejarse á la mujer la facultad de proceder por sí sola, sin entorpecer sus operaciones, sujetándola á la necesidad de pedir la autorización judicial [1].

Esta doctrina ha sido la adoptada en el Código italiano. "La autorización del marido no es necesaria, dice el artículo 135 de este Código, si está ausente ó en interdicción, ó si ha sido condenado á mas de un año de prisión, durante la duración de la pena."

El Código civil ecuatoriano, habilita á la mujer para la curatela del marido, para la de sus bienes y para la administración consiguiente, extraordinaria de la sociedad conyugal. Si, pues, dura algún tiempo el impedimento del marido, la mujer puede hacerse discernir la guarda respectiva, y entonces serán limitados los casos en los que tenga que acudir á la justicia. La amplia autorización del Código italiano, puede dar origen á gravísimos inconve-

(1) Thibaut. Autorización judicial. Pág. 229.

nientes y á constantes abusos en la práctica; bastaría una corta ausencia para que la mujer celebrase válidamente contratos á los que el marido se haya estado oponiendo con razón. No se conciliaría tampoco una disposición semejante en el Código ecuatoriano, con el sistema general seguido por él, en cuanto á la organización de la autoridad marital, sistema conforme al cual, la necesidad de la autorización se funda, no solo en la obediencia al marido, sino también en la protección debida á la mujer.

Los tribunales y los comentadores franceses han establecido en la práctica una jurisprudencia, según la cual la autorización judicial no basta para que la mujer pueda proceder á celebrar cierta clase de contratos que puedan comprometer radicalmente la paz y los intereses del hogar. Se juzga con razón, que hay casos en los que la apreciación del marido debe ser la única y suprema reguladora. Así, por ejemplo, se ha declarado, que no basta la autorización judicial, cuando se trata por la mujer de contraer compromisos para la carrera dramática, ú otra por el estilo (1). Las contingencias de determinadas carreras, pueden comprometer no solamente los intereses, sino el honor mismo de una familia, y nada más justo que el que en este caso, sea el marido el supremo guardián de las conveniencias y de la dignidad conyugales.

Entremos ahora á considerar otra cuestión de grande importancia, y es la de saber cuáles son los efectos que surte según el Código civil, la autorización del marido y cuáles son asimismo los efectos que surte la autorización judicial.

“La mujer que procede con autorización del marido, obliga á éste en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera del marido; y además obliga sus bienes propios hasta el valor del beneficio particular que ella reportase del acto” (2).

[1] Baudry Lacantinière. Tratado teórico y práctico de Derecho civil. N.º 641.

(2) Este es el art. 146 del Código chileno que D. Andrés Bello explica así: “Esto pugna con la ley 3, tít. II, lib. 10, Novísima Recopilación que dispone que la mujer no puede constituirse fiadora de su marido, aunque se alegue que la deuda es en provecho particular de ella; pero que si la mujer en vez de constituirse fiadora se constituye *correa debendi* (que es algo más duro para ella), tengan los acreedores contra ella la acción de *in rem verso*. ¿Cur tam varie? Se ha preferido para todos los casos una regla uniforme.

La primera consideración que se desprende de la lectura de este artículo, es la siguiente. La mujer que contrata con autorización del marido obliga á éste. Ahora bien, ¿de dónde viene esta excepción de la regla general de que "*qui auctor est non se obligat.*" Si la mujer es incapaz según el sistema del Código civil, y el marido es su representante legal, ¿por qué el ejercicio de ésta representación lo ha de constituir responsable de los actos de la mujer? La razón de esta excepción está, á nuestro modo de ver, en lo que hemos dicho ya, esto es: en que aunque la mujer por ciertas disposiciones del Código haya de tenerse por incapaz, esa incapacidad de hecho no existe, de suerte que la misma ley se ve obligada á contradecirse en su sistema. La mujer en realidad es la asociada del marido, y éste es el interesado directamente en los contratos de aquella; de aquí, el que en razón de ese interés directo, la ley lo haga responsable, también directamente (1).

Pero aun con esta explicación encontramos lo siguiente como efecto de la disposición citada del Código. Si la mujer no tiene bienes propios, claro es que no puede llegar el caso de que ella se obligue, aun la autorización del marido supuesta. Y si la mujer tiene bienes propios y los actos que el marido autoriza, á ellos, es decir á esos bienes se refieren, é interesan exclusivamente á la mujer ¿por qué queda el marido obligado directamente, y la mujer solo en subsidio? Esto no solo es injusto, sino que puede dar lugar á muchos fraudes, sobre todo cuando el marido no tenga fortuna y la mujer sí la tenga. Este sistema es propio del Código chileno; el Código francés no tiene tales disposiciones y sería de desear la reforma en el particular.

Tanto más cierto es esto, cuanto hay *deudas personales* de la mujer, (Art. 1730, inciso 3º) y al menos respecto de estas debería ser la mujer la obligada en primer término.

El Código civil chileno ha confundido al parecer la *autorización* marital con el *mandato*. Un mandatario no se obliga, el mandante es el obligado: *Qui mandat ipse fe-*

Que la mujer autorizada por el marido contrate simplemente con un tercero ó se constituya fiadora del marido, ó que ambos contraten mancomunada ó solidariamente con un tercero, es una misma la regla. En el título de la sociedad conyugal, se explica que es lo que debe entenderse por beneficio particular de la mujer."

(1) Uribe y Champeau. Tratado de Derecho civil colombiano. 393 bis.

cisse videtur. Pero la mujer autorizada, salvo excepciones, no es mandataria y la aplicación de las reglas que rigen el mandato á los casos de autorización, de un modo general, sin excluir siquiera aquellos en que la mujer obra por interés propio únicamente, es verdaderamente inaceptable.

Tratándose de las obligaciones contraídas por la mujer con *autorización del marido*, puede presentarse un caso, cuya resolución no se presenta muy fácil. Una mujer casada, con autorización del marido, ha contraído alguna de las obligaciones que determina el artículo 1543 del Código civil, esto es, alguna obligación de *hacer*. ¿Podrá esa mujer, aun con apremio, ser compelida á la ejecución del hecho convenido, siendo así que las obligaciones de la mujer casada, que procede con la autorización debida, al marido es al que obligan en primer término? Creemos que sí puede la mujer, en el caso dicho, ser compelida al cumplimiento de su obligación; de otro modo no habría sanción suficiente para el cumplimiento de las obligaciones, que no pueden cumplirse sino por la mujer misma obligada.

Según el antiguo derecho francés, el marido mismo era el que, llegado el caso, sufría la *contrainte par corps*, cuando la mujer había contraído obligaciones que llevasen como consecuencia esa medida rigurosa. El nuevo derecho ha abolido justamente tal disposición y según los tratadistas franceses, no hay lugar á sostener la *contrainte par corps*, ni contra la mujer que se obligó personalmente, ni contra el marido que la autorizó; pero hay que tener en cuenta, para apreciar los fundamentos de esta opinión, que, según en el anterior capítulo lo hemos visto, las *obligaciones de hacer ó de no hacer*, no surten por el Código francés los mismos efectos que el Código ecuatoriano determina.

Los actos ó contratos de la mujer casada, que procede con la autorización correspondiente del marido, obligan á éste, en los términos que llevamos expuestos; pero solo en cuanto la comunidad de bienes subsiste. Desaparecida la comunidad de bienes, roto el vínculo material que la constituye, la autorización pasa á ser una fórmula, que no puede surtir respecto del marido, los mismos efectos. Si la ley hace al marido el obligado á responder con sus bienes, en primer término, de las obligaciones de la mujer, es por su calidad de asociado de ella, por el interés directo que él tiene, porque asimismo los beneficios que la mujer

reporta van á aumentar el caudal del marido, por el aumento al caudal social. Pero en caso de separación de bienes, las cosas varían y así es justa la disposición del artículo 156, del Código civil ecuatoriano. Distinto, será el caso, como el mismo artículo lo prevee, de que el marido se haya constituido fiador particular ó de que haya reportado beneficio especial de las obligaciones contraídas por su mujer.

La autorización judicial surte los mismos efectos que la del marido, en cuanto á que el acto de la mujer es tan válido, como si el marido mismo lo hubiese debidamente autorizado; pero en cuanto á las obligaciones que resultan de él, hay diferencias, según los casos, conforme al Código ecuatoriano, que también en este punto, siguió literalmente al Código chileno. La autorización judicial dada por ausencia ó impedimento del marido, produce iguales obligaciones respecto del marido que la de éste mismo; la autorización dada por la negativa del marido obliga solamente los bienes propios de la mujer, los de la sociedad y los del marido, no los obliga, sino hasta el valor del beneficio que una ú otra hubieren reportado del acto (Art. 140).

Según el Código francés la autorización judicial nunca puede oponerse al marido, ni perjudicarlo (1); ella obliga y perjudica solamente á la mujer. Esta doctrina es la justa: hacer soportar al marido las consecuencias de esa autorización, en absoluto en un caso, y con ciertas limitaciones en otro, es demasiado. Está bien que la mujer casada pueda acudir á la justicia, cuando se crea perjudicada por la negativa del marido, ó cuando hallándose éste impedido, no pueda otorgar la autorización; pero los efectos de esa autorización subsidiaria á ella deben afectar únicamente. Esa será también la única garantía para que la mujer no haga uso indebido de una autorización que no le es difícil obtener. Cuando menos deberían igualarse los efectos de la autorización judicial para todo caso, haciendo al marido y á la sociedad responsables, solo hasta concurrencia del beneficio obtenido.

A la mujer le corresponde por su naturaleza misma, la facultad y el deber de cuidar de todo lo relativo al inte-

(1) Huc. Tratado teórico y práctico del Código civil. Tomo II, Art. 225, § 275.

rior del hogar. El cuidado de los hijos, el servicio doméstico, etc., etc. están bajo su inmediata vigilancia. Para desempeñar esas funciones, la mujer necesita de las atribuciones correspondientes y una de ellas debe ser la de proveerse de los objetos necesarios para el sustento y diarios cuidados de la familia. Duro sería el exigirle el que para obtener cualquiera de los objetos, indispensables para llenar su cometido, tuviera de estar contando con la autorización del marido. Aun más; ello sería difícil en algunos casos, y en otros imposible.

Supuesta, pues, la imposibilidad de que el marido intervenga en cada uno de los actos concernientes á la marcha diaria del hogar, y para evitar el consignar la necesidad de tal intervención, la jurisprudencia tenía dos caminos; ó dar á la mujer un derecho propio para celebrar cierta clase de contratos, ó considerarla en cuanto á ellos respecta, como revestida de una presunta autorización del marido, autorización que, por consecuencia obligaría á éste, llegado el caso, sin obligar á la mujer en sus propios bienes.

La necesidad de mantener el principio de obediencia, y la consiguiente subordinación de la mujer al marido, ha hecho que los legisladores adopten el segundo sistema, el de presumir la autorización del marido. Este es el *mandato tácito* de Dumoulin, aceptado hoy por los tribunales y jurisconsultos franceses, aunque el Código de Napoleón nada expresa sobre él.

El Código chileno y con él, el ecuatoriano (Art. 141), han establecido una presunción de autorización del marido, para la compra de las cosas naturalmente destinadas al consumo ordinario de la familia, bien sea hecha dicha compra al contado, bien sea al fiado. Igual presunción existe respecto de la compra al contado de cosas muebles. La presunción, no tiene eso sí lugar respecto de la compra *al fiado* de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido ó menaje, á menos de probarse que se han comprado ó se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido.

El Código chileno tiene, respecto del francés, en este punto, la ventaja de tener una disposición expresa, lo cual evita siempre discusiones é incertidumbres; pero la doctrina de los comentadores franceses tiene respecto de la

del Código chileno, la ventaja de que el mandato tácito por ella establecido, no está sujeto á la prueba en contrario, á que está sujeta una simple presunción. Quizás la ley debería emplear los términos *ratificación tácita*, al menos en el caso previsto en el inciso 3º del artículo 141, que estudiamos; puesto que mediando conocimiento, y faltando reclamación de parte del marido, es muy poco decir, que solo hay una presunción [1].

El hecho de que la compra sea al contado es el principal fundamento de la disposición legal. La ley juzga con razón, que cuando la mujer dispone de los fondos necesarios para compras al contado, es porque los ha recibido del marido. En este caso, aunque la compra sea de joyas, muebles preciosos, etc., etc., subsiste la presunción legal. Si la mujer no administra bienes propios, el hecho de disponer de dinero acredita, salvo prueba en contrario, el consentimiento del marido. Si la mujer tiene la administración de una parte de sus bienes, tiene el derecho de comprar bienes muebles de la clase que fueren, aunque no tuviere autorización del marido. Sin embargo, como justamente observa un autor [2], preciso es no extender esa autorización, ó mejor dicho, la presunción de ella, de modo que se ponga en peligro la prosperidad de la sociedad conyugal; para apreciar hasta donde se extienda esa presunción, deben tenerse en consideración la cuantía del patrimonio común y la naturaleza de las cosas de que se trata. Asimismo la prueba en contrario, según opiniones fundadas, no ha de consistir simplemente en la prueba de que el marido prohibió privadamente á la mujer tales ó cuales actos. Es necesario probar que el marido notificó al interesado ó al público en general, el retiro de esa autorización presunta. Lo contrario sería dar lugar á continuos fraudes.

Cuando la mujer casada ejerce públicamente una profesión ó industria, se presume también la autorización del marido para todos los actos y contratos referentes á ella, mientras no intervenga reclamación ó protesta del marido. Esa autorización presunta, surte los mismos efectos que la autorización efectiva; en consecuencia, el marido es el

(1) Casares. Instituciones del Derecho civil ecuatoriano. Pág. 56.

(2) Uribe y Champeau. Tratado de Derecho civil colombiano. 397.

principal y directamente obligado. Se ha de entender también que la profesión ó industria á que se refiere la ley, la ejerce la mujer con separación del marido, pues si la mujer no hace sino ayudar al marido en el ejercicio de la profesión ó industria de éste, no hay razón para que subsista la presunción de que venimos tratando.

El Código francés no tiene establecida presunción alguna de autorización para el caso previsto, de que la mujer casada ejerza públicamente una profesión ó industria. El art. 220 de dicho Código habla solo de la mujer comerciante. La presunción establecida por el Código chileno es muy fundada, pues que sería entorpecer los actos de la mujer que ejerce una profesión ó industria, el someterlos en cada caso particular á la necesidad de autorización. Siendo mera presunción la establecida por ley, puede destruirse por prueba en contrario, con perjuicio de tercero, y creemos que también aquí sería mejor decir: "*ratificación tácita.*" La mujer casada que ejerce el comercio está como es natural, sujeta á las leyes mercantiles.

CAPITULO IV

Contratos entre cónyuges. Silencio del Código ecuatoriano al respecto. Sistema del Código francés. Facultad de la mujer de afianzar por el marido. Limitaciones de esta facultad.

Ni el Código chileno ni el francés, contienen disposición expresa respecto de los contratos celebrados entre los cónyuges. Esto supuesto, preguntamos, ¿sería válido un contrato entre cónyuges, según el sistema del Código ecuatoriano, ó sea según el sistema del Código chileno?

Creemos que la respuesta no puede darse absolutamente y sin hacer distinciones. Debemos distinguir entre el caso en el que la comunidad de bienes subsiste y aquel en el que hay separación de bienes.

Si la comunidad de bienes subsiste, no puede concebirse contrato válido entre los cónyuges. Si el marido es el administrador legítimo de los bienes de la mujer [Art. 1739], si los contratos celebrados por la mujer, obligan ante todo al marido (Art. 140), no puede concebirse contrato alguno de la mujer, por el cual quede obligada para con su marido. Lo contrario sería sostener que hay contratos en los que una persona se obliga para consigo misma.

Tan está en el espíritu del Código que no puede haber contratos entre cónyuges, que después de declarar en el artículo 1128 que: "Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar, ó donar entre vivos," dice á continuación: "Sin embargo las donaciones entre cónyuges, valdrán como donaciones revocables." En nuestro concepto, esta disposición está inspirada por la idea siguiente: Los cónyuges no pueden hacerse donaciones entre vivos, porque la donación es un contrato y los cónyuges no pueden contratar; pero esto no obstante, por excepción, la ley les permite las donaciones entre vivos que en-

tre ellos se hicieren, las cuales valdrán como donaciones revocables (1).

Si el Código permitiera los contratos entre cónyuges, lo natural hubiera sido que en el título de las donaciones entre vivos, hubiera consignado excepción tan importante, como la que se refiere á las donaciones entre los cónyuges, y no limitadose á consignar el inciso del artículo 1128, del que nos venimos ocupando.

Los comentadores franceses, salvas pocas excepciones, [2] sostienen que son válidos los contratos entre esposos; pero para esto hay que tener en cuenta los varios regímenes bajo los cuales pueden casarse los esposos, según el Derecho francés y que, aun casados bajo el régimen de comunidad, las obligaciones contraídas por la mujer con autorización del marido, no surten efecto igual, al que producen según el Código chileno. Tienen, pues, en que fundar su opinión los tratadistas franceses, mientras que no tendrían en que fundarla los que tratasen de sostenerla según el Código chileno.

Precisamente uno de los más notables tratadistas franceses, quejándose de que el Código de Napoleón, que tantas precauciones toma, respecto de los actos y contratos de la mujer, celebrados con terceros y que no las toma, sin embargo, en los actos y contratos con el marido dice: "Se ha alabado mucho la disposición del Código italiano. Ella supone á la mujer, lo suficientemente fuerte para prescindir del marido y para contratar, sin el concurso de éste; pero la supone también demasiado débil para proceder en contra de él y para obrar de una manera contraria á lo que él quiere. . . . La asistencia del marido lejos de ser aquí una garantía, es un peligro: la mujer tratándose de contratos

[1] La prohibición de las donaciones irrevocables entre cónyuges, existía desde el Derecho Romano y existe en el Derecho Francés (art. 1096 del Código francés). Tal prohibición es muy fundada. La facultad de revocar las donaciones dada á los cónyuges, es una protección para ellos, especialmente para la mujer. Dichas donaciones, pueden ser efecto solamente de debilidad ó de irreflexión y claro es que, si la mujer ha hecho una donación al marido y quiere después revocarla, puede hacerlo sin autorización del marido, ni de la justicia, pues de otro modo sería nugatoria la garantía que la ley quiere otorgarle. Sin embargo hubiera sido mejor que el Código chileno contuviera la disposición expresa que tiene el Código francés al respecto, (Art. 1096 del Código francés), tratándose de un asunto de tanta importancia.

[2] Gide. Condición privada de la mujer. Págs. 486, 487,

con el marido celebrados, no tiene un tutor en él, sino un adversario" (1).

Pero lo repetimos, nosotros creemos que el sistema del Código chileno no da lugar á duda. La autorización del marido no releva á la mujer de la incapacidad á que la somete el artículo 1437 del Código civil, pues dicha autorización solo puede concebirse respecto de contratos con terceros (2).

Ahora bien; si la comunidad de bienes ha desaparecido, la mujer recobra en cierto modo su personalidad y los contratos que celebra la obligan en primer término. Entonces creemos que puede ella contratar aun con su marido mismo, tratándose de aquellos contratos para los que, aun celebrados con terceros, no necesitaría de la autorización marital. Así pues, la mujer divorciada ó la mujer separada de bienes, podrán celebrar contratos válidos con su marido. Lo mismo decimos de la mujer que se ha reservado la administración de una parte de sus bienes. Respecto de esos bienes, caben muy bien contratos entre el marido y la mujer.

Al enunciar esta opinión nos hemos separado de notables autores, y por lo mismo tememos no estar en lo justo y desearíamos oír opiniones autorizadas en la materia.

Otra cuestión muy debatida en el Derecho francés, ha sido la de saber si la mujer puede afianzar válidamente por su marido.

El Código ecuatoriano dice: "Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consumo, ó en que la mujer se obligue solidaria ó subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer,—salvo en cuanto se probase haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio, [arts. 1740 y 1741, inciso 2º]

Si, pues, la comunidad de bienes existe, la mujer no puede afianzar por el marido, sino dentro de muy estrechos límites, como son los de su utilidad personal.

(1) Gide. Obra y pasaje citados.

(2) No nos disuade de esta convicción la manera como está redactado el art. 1741 del Código civil, en el que se habla de *mandato* conferido á la mujer, pues por el mismo tenor de ese artículo se ve que se confunden allí el mandato y la autorización, adoptándose el primer término como equivalente al segundo, por supuesto que muy impropiamente.

Si la mujer está separada de bienes, puede afianzar por el marido, puesto que aun puede afianzar por un tercero cualquiera.

Esta es la doctrina que en nuestro concepto se desprende de las disposiciones del Código civil. Veamos ahora cuál es la del Código de Napoleón y cuál de las dos la más justa y conveniente.

El Código de Napoleón no tiene la restricción que contiene el chileno á este respecto, y de aquí el que los comentaristas franceses opinen que la mujer casada puede afianzar libremente por su marido, con la autorización de éste, se entiende; doctrina que ha sido confirmada por la Corte de Casación.

¿Cuál de los dos sistemas será el más aceptable? El que restringe la libertad de la mujer al respecto, ó el que se la concede amplia?

La cuestión es muy difícil, y ya los jurisconsultos romanos se preocuparon de ella. El Emperador Augusto prohibió á la mujer casada el afianzar por su marido. Este edicto, renovado por Claudio, se extendió después, en el sentido de que quedase prohibido á la mujer, de un modo absoluto, el afianzar por otro.

En las modernas legislaciones hay diferencias al respecto, siendo de notar precisamente que en aquellas en las que se ha concedido más facultades civiles á la mujer, es en las que se ha restringido su facultad de dar fianzas. Tal pasa con el Código civil de Italia, el cual exige para ese caso que la mujer sea autorizada por la justicia (Art. 136 del Código civil italiano). En Suiza, en varios cantones, se ha establecido que cuando la mujer trata de afianzar por el marido, se debe solicitar del Procurador General, la designación de dos consejeros que son los llamados á otorgar ó no la autorización.

El Código alemán, al contrario, ha dejado á la mujer casada, amplia libertad para afianzar por su marido. Entre los motivos de dicho Código, está el siguiente: "Cuando una mujer tiene confianza en su marido, está lista á obligarse por él y sin atemorizarse porque la validez de su intercesión esté sometida á la decisión de un tribunal, ó á una renuncia expresa del beneficio que le corresponde." (Motivo 10).

Según esto, ¿qué debemos opinar nosotros del sistema

del Código chileno? Indudablemente nada puede ser más perjudicial para la mujer casada que la facultad absoluta de afianzar por su marido. La historia nos dice que las mujeres romanas se arruinaban así y esto movió á Augusto á dictar la prohibición que hemos citado. En general, el que firma una obligación ajena, no ve la propia sino al través de aquella, la mira como accesoria y no le da la importancia debida, sino cuando llega el caso de que la obligación se haga efectiva. Y si el afianzado es el marido, la situación se agrava, porque á lo dicho se agrega la influencia del amor, ó del temor, ó de otros sentimientos que pueden determinar la intervención de la esposa. Si á esto se añade el movimiento cada día mayor de los negocios, movimiento que obliga al marido á acudir con más frecuencia á la intervención de la esposa; los casos cada día mayores en los que la fortuna de la mujer se ve comprometida por los negocios del marido, la fiebre de las especulaciones, que hace que la mujer no se dé cuenta de los pasos falsos, por ella dados, sino cuando ya la ruina toca á las puertas del hogar; si se tiene á la vista todo esto, quizás tienen razón quienes quieren para los Códigos modernos la vieja prohibición del senado consulto veleiyano.

Pero por otra parte, la libertad concedida á la esposa de afianzar por el marido, tiene sus innegables ventajas. Tiene sus inconvenientes, si de ella se abusa, pero ¿de qué no se puede abusar? y puestas al frente las ventajas y los inconvenientes pesan quizás más las primeras. La mujer cederá muchas veces á las súplicas de su marido y contraerá obligaciones cuyas consecuencias no sabrá apreciar bien; pero si éste es un mal, es un mal de tal naturaleza, que la ley no puede evitarlo con prohibiciones estériles. La mujer que quiera salvar el crédito de su familia y sacrificar sus intereses por el honor de su marido, lo hará cualesquiera que sean las prohibiciones legales. La historia romana, nos dice también, que el senado consulto veleiyano fué ineficaz.

La autorización judicial, que han establecido algunos códigos para los casos en los que la mujer quiera afianzar por el marido, es insuficiente é inútil. Además de que nunca podrán los tribunales apreciar los motivos que puede tener una mujer para obligarse por su marido, esos motivos, tal vez no podrán ser expuestos ante la justicia, por-

que en muchas ocasiones estarán dentro del dominio del honor y de la conciencia. Tratándose del buen nombre de una familia, de la buena reputación de un marido, ¿cómo se pueden poner dificultades á la mujer casada que quiera salvar el uno ó la otra? Esas dificultades serán siempre eludidas. La esposa será muchas veces la víctima; pero hay males inevitables, efectos del orden natural de las cosas, y en todo caso soportables, por la necesidad de evitar males mayores.

El sistema del Código chileno es un sistema medio; ni prohíbe ni permite en absoluto, á la mujer, el afianzar por su marido, pero precisamente para cuando reina la armonía completa entre los cónyuges, que la sociedad conyugal presupone, la facultad de afianzar que tiene la mujer es muy limitada, pues que á ello equivale el obligarla solo hasta la concurrencia del beneficio particular que ella reporta. Si alguna reforma cabe en el Código ecuatoriano respecto de ese punto, nosotros la deseáramos en el sentido de ampliar á la mujer la facultad de afianzar por su marido.



CAPITULO V

El deber de fidelidad. Es igual para los esposos, moralmente considerado. Sanciones civiles y penales contra el adulterio. Desigualdad en la represión del adulterio, establecida por algunas legislaciones. Legislación francesa al respecto. Legislación chilena. Legislación ecuatoriana

El artículo 125 del Código ecuatoriano reconoce en primer término, el deber de mutua fidelidad entre los esposos: "Los cónyuges están obligados, dice dicho artículo, á guardarse fe, á socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida." En términos más concisos, dice el artículo 212 del Código francés: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia."

El primero de los deberes morales que consigo lleva el matrimonio cristiano, es el de la mutua fidelidad. Ese deber corresponde al juramento sagrado, prestado por los cónyuges al pie del altar, tomando por testigo á Dios. Aun las legislaciones, para las que el matrimonio es simplemente un contrato civil, ponen el deber de fidelidad, en primera línea, entre los deberes mútuos entre los cónyuges.

El deber de fidelidad dicho, es un deber igual para los dos cónyuges. Quienes buscamos las leyes que rigen el matrimonio, ante todo, en las palabras del Legislador por excelencia, que fué Jesucristo, no encontramos diferencia alguna entre los deberes impuestos por El al uno y al otro cónyuge. En el mismo grado en el que liga á la esposa su juramento, liga al esposo el juramento de éste. "Las leyes de Jesucristo, dice San Jerónimo, no son semejantes á las de los Emperadores; entre nosotros lo que se or-

dena á las mujeres se impone también á los hombres. San Pablo y Papiniano no enseñan iguales doctrinas. Las leyes de los emperadores dejan suelta la rienda á la lubricidad de los hombres y no condenan el adulterio sino con una mujer casada. Entre los cristianos no es así. Si un marido puede repudiar á su mujer por causa de adulterio; una mujer puede dejar á su marido por la misma causa. En condiciones iguales, la obligación es igual" [1]. San Gregorio Nazianceno, hablando de la ley Julia, sobre el adulterio decía: "Los hombres la han formado, y así ella oprime á las mujeres." Si los textos de los intérpretes de la admirable enseñanza de Jesucristo, se hubiesen convertido en leyes, éstas habrían sido siempre tan justas y tan humanas, como el cristianismo las quiere, y como él las inspira. Las palabras de los Apóstoles y de los Padres de la Iglesia, son palabras de oro, que la humanidad va recogiendo de generación en generación, porque ellas envuelven siempre una grande enseñanza, cuando no un supremo consuelo. Y mientras más las leyes que los hombres dicten, se aparten de las excelsas doctrinas del cristianismo, más serán ellas el ludibrio de los humanos legisladores y el magnífico testimonio de su impotencia y de su pequeñez.

Que antes del cristianismo pudiese el esposo violar impunemente sus deberes para con la esposa, era muy lógico. Ya hemos visto lo que fué el matrimonio en ese entonces. La esposa era una cosa; el marido era su dueño; el adulterio de la mujer era un robo hecho al señor, al dueño; el adulterio del marido, el ejercicio de los absolutos derechos de éste.

Se castigaba, pues, el adulterio como un atentado contra los derechos del marido, y se castigaba con muy severas penas. En Asia se cortaba la nariz y se arrancaban los ojos á la mujer culpable. En Roma, comparecía ante el tribunal doméstico, el cual podía imponerle aún sentencia de muerte ó abandonarla á la lubricidad de los atletas. En otros pueblos, el marido cortaba los cabellos á la mujer adúltera, le quitaba los vestidos en presencia de los

[1] San Jerónimo. Vida de Santa Fabiola.

próximos parientes, la expulsaba de la casa y la perseguía á latigazos por la población [1].

El cristianismo al levantar la unión de los cónyuges, á su estado natural, tenía necesariamente que destruir tales prácticas, pero la lucha contra las viejas máximas fué lenta, y si en las legislaciones posteriores á la venida de Jesucristo, quedó algún regazo del paganismo y de sus leyes, fué precisamente en lo relativo á las consecuencias y penas al adulterio señaladas, y en la desigualdad en este punto establecida entre los cónyuges.

De las legislaciones modernas apenas hay una que no consigne el deber de fidelidad mutua, entre los cónyuges, pero luego al establecer las sanciones que la transgresión de ese deber lleva consigo, esas mismas legislaciones establecen desigualdades entre ellos.

Las sanciones de que tratamos consiguientes á la violación del deber de fidelidad, tienen que ser civiles ó penales; civiles porque el orden cívico, las relaciones civiles entre los esposos, profundamente trastornadas por el adulterio, tienen que ser restablecidas á su estado normal y tiene también que repararse en lo posible, el daño causado; penales, porque el orden general de la sociedad sufre también perturbación; hay que restablecer también ese orden, y hay que corregir el escándalo causado, castigando al perturbador. ¿En qué debe consistir ese castigo? ¿Será un castigo á veces tan nugatorio, que quizás es mejor dejar la sanción contra el adulterio, dentro del dominio del honor, de la conciencia y de la acción social? He aquí grandes problemas que el tratadista de Derecho Penal, ha de estudiar y que el legislador tiene que resolver, de acuerdo no sólo con las teorías filosóficas, sino con las condiciones que la ley debe tener, para ser práctica y posible. La consideración de esos problemas de Derecho Penal, sale de los límites de este estudio. En nuestro ánimo está solamente el manifestar que son inconsecuentes los Códigos que reconociendo el deber mutuo de fidelidad, establecen después sanciones civiles y penales desiguales, contra los esposos. El deber de fidelidad es igual; su transgresión es igual-

(1) Digesto. Lib. XLVIII, tít. 5, lib. 6. Lex stuprum et adulterium promiscue appellat, sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero, conceptum composito nomine.... Nevela 134, Cap. X.

mente punible en quienes tienen ese deber; la sanción, por tanto, debe ser igual. Esta es la base de nuestra argumentación.

¿Cuál ha podido ser la diferencia entre las sanciones señaladas contra el adulterio del hombre y las sanciones contra el adulterio de la mujer? ¿En qué se habrán fundado algunos autores, que ni siquiera conciben el adulterio, sino cuando es una mujer la culpable. Montesquieu trata de explicarnos las razones que han inspirado esa convicción, diciéndonos: “Las leyes piden á las mujeres un grado de moderación y de continencia, que no exigen de los hombres, porque la violación del pudor supone en las mujeres, la renuncia de todas las virtudes; porque la mujer al quebrantar las leyes del matrimonio, sale del estado de su natural dependencia; porque la naturaleza ha marcado la infidelidad de las mujeres, con señales evidentes; porque, en fin, los hijos adulterinos de la mujer, quedan necesariamente á cargo del marido, mientras que los hijos adulterinos del marido, no quedan á cargo de la mujer” [1]. Este es el resumen de los argumentos contra la igualdad de sanciones contra el adulterio; pero esos argumentos no son filosóficos, porque se fundan no en la naturaleza misma de la infracción cometida, la cual es igual sea el uno ó el otro cónyuge el infractor, sino en las consecuencias diferentes por la diferencia en la naturaleza física de los dos cónyuges. La mujer es castigada más severamente, no porque su falta sea mayor, sino porque, dada su constitución física, esa falta quizás tiene consecuencias que no tiene la del marido.

Cierto es que el legislador no puede pasar por alto esas consecuencias, y cierto es que, aunque la ley tiene su base inmutable en el orden moral, no puede prescindir del orden material. Cierto es todo esto, ¿pero acaso el adulterio del marido no tiene también consecuencias materiales desastrosas? El, jefe como es y director en el hogar, no compromete la existencia misma de éste, con su traición y con su desmoralizador ejemplo? Y luego, ¿cuántas ruinas no son provenientes del adulterio del marido? En las familias ricas, dice un ilustre escritor francés (2) el adulte-

(1) Montesquieu. *Espíritu de las leyes*. Lib. XXV, cap. IX.

(2) Legouvé. *Conferencias literarias*, Tomo XI, pág. 153.

rio suele estar en el fondo de todas las bancarotas y de todas las especulaciones vergonzosas. En los matrimonios de obreros, el adulterio es la ruina misma. Un obrero casado, si tiene una querida, sostiene dos hogares, cuando apenas gana lo necesario para uno. De esos dos hogares, el uno desaparece, á la larga, por efecto de la miseria, y el que desaparece es el legítimo.

La mujer adúltera introduce bastardos al seno de la familia, seres que tienen que vivir á costa del marido. Pero el marido adúltero arroja también bastardos al seno de la sociedad, seres desgraciados, afligidos con el peso de todos los rigores legales y de todas las injusticias sociales, candidatos para infortunios y para humillaciones sin cuento.

Preciso es, pues, convenir en que esa desigualdad tan sostenida, no es sino ficticia. Las leyes para ser justas deben basarse en la equidad, y la equidad supone la igualdad en la distribución de las penas.

Ya en muchas naciones se han desterrado de los Códigos las viejas máximas sobre el adulterio, estableciendo en lo que á él respecta, la igualdad entre los cónyuges. Así ha pasado en Austria, en Holanda, en Rusia, en Alemania, en Suiza y en otros países.

El sistema seguido por la legislación ecuatoriana en la materia, sistema que con pocas diferencias, es el de la legislación chilena, fué tomado de los Códigos franceses. Estos á su vez se inspiraron en la antigua jurisprudencia francesa. Según los principios predominantes, en ésta solo el adulterio del marido, debía castigarse. Pothier decía: "No corresponde á la esposa, que es un ser inferior al marido, el inspeccionar la conducta de éste. Debe presumir la mujer que el marido le es fiel" (1). Otro autor añade: "La mujer está obligada á amar á su marido, más que el marido á su mujer." Bajo el imperio de tales doctrinas, claro es que la desigualdad tenía que prevalecer en las leyes que reprimían el adulterio. El Código de Napoleón aceptó el legado del antiguo derecho, y en ese Código se inspiraron muchos otros.

La ley francesa de 1884, vino á destruir en algún tanto la desigualdad existente en el Código de Napoleón

[1] Pothier, Contrato del matrimonio. 516,

(1), respecto de la represión del adulterio, en cuanto permitió el pedir el divorcio por adulterio, así á la mujer como al marido, pero á pesar de esa reforma la desigualdad subsiste aún, en todo lo que se relaciona con la ley penal. Mientras que la mujer convencida de adulterio es castigada con prisión [2], el marido en igual caso es castigado solo con multa. El marido que da muerte á su esposa ó al cómplice de ésta, sorprendidos en flagrante delito de adulterio, tiene excusa legal, mientras que no pasaría lo mismo con la esposa que sorprendiera al marido adúltero [3]. Ella sufriría la pena común para el homicidio ó sea la de trabajos forzosos perpetuos. Se quiere que la mujer tenga una razón más fría y un espíritu más sereno que el marido; se quiere que tenga una sensibilidad menos viva, y que obedezca menos á la pasión, y por esto no se la excusa en los mismos casos en los que se excusa al marido. Pero para dar á las leyes fundamentos como esos, es necesario desconocer los hechos naturales que son los que nos dicen precisamente, que es el hombre el que tiene razón más fría y más señora de las pasiones.

Finalmente, aun en lo que respecta al procedimiento hay desigualdad en el Derecho francés, respecto de la mujer, pues siendo así que se castiga con la misma pena á la mujer culpable y á su cómplice, las pruebas contra la primera son las que reconoce el Derecho común, al paso que el cómplice no podrá ser condenado sino en caso de flagrante delito ó en virtud de cartas escritas por el acusado [4]. Siempre pues, la mujer es la castigada con más rigor, y en ciertos casos la única castigada, por un delito común á ella y al cómplice. Indudablemente, en vista de tales disposiciones, se siente uno inclinado á dar la razón á quienes sostienen que ellas no son sino el fruto del egoísmo de los hombres.

El sistema del Código chileno es también el de la desigualdad en las consecuencias del adulterio. Es cierto que la ley de matrimonio civil, posterior al Código civil,

(1) La ley citada dice: "La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio del marido." Esta disposición es hoy el art. 230 del Código civil francés.

(2) Artículo 337 y 339 del Código penal francés.

(3) Artículo 324 del Código penal francés.

(4) Artículo 338 del Código penal francés.

según antes lo hemos dicho, concede así al marido como á la mujer, la facultad de pedir el divorcio por adulterio (1); pero una vez concedido el divorcio, las consecuencias no son las mismas. La mujer que ha dado causa al divorcio por adulterio, pierde todo derecho á las gananciales y es el marido el que tiene la administración y el usufructo de sus bienes, excepto aquellos que la mujer administre como separada de bienes y los que á cualquier título adquiere después del divorcio [2]. El marido, en caso de que sea él, quien ha dado causa al divorcio por adulterio, no está sujeto á iguales sanciones.

Esta disposición del Código chileno envuelve una monstruosa desigualdad, tan monstruosa que como lo hace notar uno de los jurisconsultos chilenos, es una disposición que no se encuentra en ningún otro Código. Esa pérdida de la mitad de las gananciales, impuesta á la mujer y no al marido, é impuesta además de la sanción penal respectiva, es algo que apenas puede concebirse que subsista aún, como disposición legal en el Código de un pueblo civilizado (3).

El Código civil ecuatoriano remite, como lo hacía el chileno, á la autoridad eclesiástica el conocimiento de las causas de divorcio, causas que en consecuencia se rigen por las leyes canónicas, pero en cuanto á los efectos civiles del divorcio, estos son exactamente los mismos señalados en las leyes chilenas. El artículo 166 del Código civil ecuatoriano, es el mismo artículo 171, del Código civil chileno y así las mismas observaciones que hemos hecho respecto de aquel, caben respecto de éste.

En cuanto á la ley penal toca, así la legislación chile-

(1) Art. 21 de la ley de matrimonio civil.

[2] Art. 171 del Código civil chileno.

(3) Nos parece demasiado severa la pena de este artículo desde que no hay reciprocidad, y desde que ella es independiente de la pena que puede aplicarse criminalmente por el adulterio. Nos habría parecido más conveniente entregar á la mujer los bienes, con obligación de alimentar al marido, si éste no tuviese recursos para vivir ó si, teniéndolos, no bastasen en el todo para el lleno de sus necesidades. No hemos encontrado disposición análoga á la presente, ni en los Códigos anteriores, ni en los posteriores al nuestro. El español no dice absolutamente nada y el argentino en su artículo 217, establece que cualquiera de los esposos que hubiese dado causa al divorcio, pierde derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad y no tuviese recursos propios. Vera. Código civil de Chile. Art. 171.

na, como la ecuatoriana, parece que siguieron el sistema del Código francés, aunque con diferencias.

Según el Código penal chileno, á lo menos en determinados casos puede el marido ser castigado por adulterio (1), aun cuando no se trate de adulterio cometido con mujer casada, esto es de un doble adulterio. Según el Código penal ecuatoriano, la acción de adulterio no cabe sino contra la mujer adúltera ó contra el cómplice de ella. Si pues, alguna vez fuera castigado el marido por adulterio, sería solo en calidad de cómplice en el adulterio de mujer casada. No se lo castigaría pues por la infidelidad propia de él, sino por la infidelidad ajena en la que ha sido cómplice (2).

El Código penal ecuatoriano en cambio, aventaja al francés y al chileno en cuanto la causa de justificación por homicidio, heridas ó golpes, en caso de adulterio, sorprendido inflagrante, es común á uno y otro cónyuge (3). No cabe duda de que la causa de justificación debe ser común. Proclamar, como el Código civil ecuatoriano lo hace, la incapacidad de la mujer, restringir sus derechos civiles y luego extender en el Código penal su responsabilidad penal, castigarla más duramente, tratándose de infracciones de igual naturaleza, sería incurrir en contradicción notoria. Si las leyes, decía Beaumarchais, tratan á las mujeres como menores respecto de sus bienes, por qué las castigan, como mayores, por sus faltas?

Pero ¿cómo se explica que el Código penal del Ecuador, que justifica á la mujer que da muerte al esposo adúltero, exima sin embargo, en absoluto á éste de pena. Si la justificación viene de que la ofensa á la mujer es tal, que ésta se halla aún en el derecho de darle muerte, por qué no se castiga esa ofensa en manera alguna y en cambio se castiga severamente la que la mujer hace al marido?

Quizás no escribimos acertados al hacer estas apreciaciones; pero la contradicción nos parece manifiesta en-

(1) Art. 381 del Código penal chileno. "El marido que tuviese manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella, con escándalo, será condenado con reclusión menor en su grado mínimo y perderá el derecho de acusar á su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento."

(2) Arts. 415, 416 y 417 del Código penal ecuatoriano.

(3) Art. 455 del Código penal ecuatoriano

tre las dos disposiciones citadas del Código penal ecuatoriano.

Proponemos á los jóvenes que se consagren al hermoso estudio del Derecho penal, el concienzudo análisis de las gravísimas cuestiones que no hemos hecho sino apuntar ligeramente en este capítulo, ya que esas cuestiones, en lo que á la parte penal concierne, son ajenas á nuestro propósito. Esos jóvenes serán los legisladores de mañana y podrán emprender en las reformas sustanciales que los Códigos ecuatorianos requieren. La desigualdad entre los cónyuges, así en la ley civil como en la penal y en lo que á la represión del adulterio se refiere, va aboliéndose en los Códigos modernos y los que todavía la conserven se quedarán atrás en la marcha continua de las legislaciones hacia el progreso.

Si han de subsistir penas, que algunas legislaciones han reconocido como ineficaces de todo punto contra infracciones, que caen más bajo el dominio de la sanción social que de la sanción judicial, que al menos subsistan con el carácter de justicia y de igualdad que consigo debe llevar toda pena (1).



(1) En Inglaterra, en el Estado de New York y en el Cantón de Génova, el adulterio no constituye delito.



SECCION SEGUNDA

DERECHOS DEL MARIDO SOBRE LOS BIENES
DE LA MUJER



CAPITULO I

Diversidad en las costumbres y en las legislaciones sobre los bienes que la mujer aporta al matrimonio. Necesidad de que la ley reglamente los derechos del marido, sobre los bienes de la mujer



En el origen de las sociedades la esposa no aportaba patrimonio alguno al marido. La Biblia nos dice, que Jacob hubo de consagrar largos años al servicio de Laban, para obtener la mano de la hija de éste, pero no nos habla de que hubiese aportado ella dote alguna.

Solón no permitía á la esposa sino el aporte de sus vestidos, y explicando Plutarco los motivos de tal dispo-

sición, dice: “No quería Solón que las mujeres compraran á sus maridos, á fin de que la unión entre los cónyuges se hiciese por amor, no por dinero.”

En Esparta se prohibió la dote, porque los legisladores temieron que con ella viniera á quebrantarse la autoridad del marido: “La mujer, dice Platón, que no aporte dote, será más sumisa al marido.”

Esas legislaciones primitivas, inspiradas y todo, como se hallaban por principios falsos sobre la condición y derechos de la mujer, obedecían, sin embargo, á dos ideas predominantes: la una, la de procurar que los cónyuges se uniesen por noble lazo, que es el lazo de amor, y la otra, la de que el aporte de la dote no redundase en daño de las prerrogativas del marido.

Cuentan de Pericles que horror tanto tenía á esas uniones bastardas, por el dinero inspiradas, que no quiso dar en matrimonio una hija suya á un hombre opulentísimo, y que, reconvenido por sus amigos, respondió: “Mi hija ha menester un hombre que necesite riquezas, y no riquezas que necesiten hombre.”

La historia de la decadencia de Roma nos manifiesta hasta donde los temores de los grandes filósofos de Grecia y Esparta, fueron fundados. Cuando Roma dejó de ser la patria de la virtud para convertirse en vasta centina de vicios; cuando las más viles pasiones hirvieron á todo fuego en la ciudad de Numa, infestada ya por el aliento de los Tiberios y Neronés; cuando á la antigua pureza de costumbres, sucedió la regia esplendidez del vicio coronado; cuando en fin la corrupción penetró la sociedad romana, se introdujeron las dotes suntuosas, con su acompañamiento de males. A la idea moral y noble del amor, se sustituyó la del dinero. Marcial con su estilo epigramático, nos habla de las costumbres de aquella época de Roma, en estos términos: “La primera objeción contra una niña casadera, es la de que no tiene dote; la segunda, es la de que ella ha perdido su honor. . . .” El siguiente diálogo es también de Marcial, quien quiere decirnos, cómo los romanos no se detenían ante los más bajos cálculos, buscando con preferencia mujeres afectadas por la tisis para apoderarse más pronto de su dote: “Vaya que tu prometida es repugnante, dice Marcial. . . . Sí, le responde su interlocutor, nada más repugnante. ¿Y entonces qué

te agrada de ella? . . . Me agrada el que tose ya. . . ." (1).

Entre los pueblos modernos varían las costumbres notablemente, en cuanto á la dote se refiere. En Inglaterra, por ejemplo, la esposa aporta muy poco al matrimonio; algo apenas como lo que puede igualar á la renta en un año del hijo mayor. El derecho de las hijas á la sucesión de los padres es también muy limitado, y así hay poco que pueda tentar la rapacidad de los pretendientes. La unión de los cónyuges se funda sobre la afección y la estima recíprocas, que son la garantía más cumplida de la común felicidad. La virtud es émula de la riqueza y no siendo ésta el único móvil de la unión conyugal, las cualidades morales de las mujeres encuentran digno estímulo. A su vez los hombres, no aspirando á recibir los medios de subsistencia de manos de las esposas, es á las fuerzas propias de ellos, á su energía y á una fecunda iniciativa para el trabajo, á las que solicitan los recursos suficientes para la vida. En Alemania, sucede otro tanto, y el hogar del pueblo alemán es un hogar bendito. Y si esto es así, ¿no debemos convenir en que la grandeza del pueblo inglés y la del pueblo alemán, provienen en buena parte del sentimiento noble que vivifica allí la unión de los sexos?

Pero hay otros pueblos en los que se ha restablecido el mercado de antiguos tiempos, con la diferencia de que antes, el hombre compraba mujeres (2), mientras que hoy la mujer compra maridos; pero ese mercado en el que así se prostituyen los más nobles sentimientos humanos, es la ruina de las sociedades de tal suerte corrompidas.

La Francia, la nación de los ideales generosos y de los sublimes desprendimientos, la que tuvo durante edades dilatadas la hegemonía de los pueblos civilizados, ve

(1) Marcial. Obras. Tomo I.

(2) "En Babilonia había un día especial en el cual se concertaban los matrimonios. En este día se ponían en subasta las jóvenes casaderas; un pregonero procedía á la venta bajo la vigilancia de oficiales públicos designados para este efecto. El comprador debía antes de llevarse la mujer comprada, dar seguridades de que la tomaba por esposa y no por esclava. El precio de la venta se destinaba en parte, á constituir una dote en favor de las jóvenes feas que encontraban así una compensación para su desgracia. Esa dote les atraía, á las veces, un esposo salido de la casta de los mercaderes." Nicolay. *Histoire des croyances, superstitions etc., etc.* Tomo III, Pág. 240.

decaer, de año en año, su prestigio moral, su riqueza, su población, hasta el punto de que en esa decadencia señalen algunos pesimistas, los síntomas de la próxima agonía de toda una raza que por siglos inundó el mundo de luz, y de prodigios la historia. Pues bien; entre las causas de la decadencia de la Francia, se señala como una de las primeras, esta desaparición en el matrimonio, del sentimiento cristiano del amor, sustituido por un afán insaciable de lucro, que convierte en objetos de especulación los maridos, las mujeres, los hijos, todo cuanto hay de más santo y de más respetable en una sociedad. ¿Quién puede extrañar que la población disminuya en Francia, si la familia así constituida, no es el fruto sano del árbol debidamente vigorizado, sino el producto raquítico de un árbol sin savia? Y si la familia no puede dar á la nación vigor fecundo, de dónde lo tomará ésta? Con razón decía un diputado alemán en el Reichstag: “¿Por qué os preocupáis de la Francia; cada año pierde ella una batalla?”

Alarmados algunos publicistas franceses, ante tamaño mal, han propuesto la adopción de medidas contra tal estado de cosas, como sería la imposición de impuestos progresivos sobre la dote; pero esas tentativas no han podido realizarse. Ni podían ellas hacerse prácticas, sin atentar gravemente contra la libertad individual. Hay males que provienen, no de las leyes, sino de las costumbres, y hay que corregirlos modificando las costumbres, desinfectando las sociedades de los sentimientos corrompidos que, como malignas plagas, las apestan de tiempo en tiempo. Al legislador apenas si le corresponde el combatir por medios indirectos y adecuados los males que no puede atacar de frente. Cuando el lujo á manera de cáncer corrompe las entrañas de un pueblo, un interés bastardo sale á medrar cubierto con máscara, y el ruin egoísmo se viste con las vestiduras de las nobles afecciones. El legislador hará obra saludable en poner vallas al lujo inmoderado, para evitar que devore á los mismos pueblos que esclaviza.

La cuestión de la dote, como cuestión social, no cae, pues, propiamente bajo el dominio de la ley; las costumbres serán siempre más poderosas que los textos legislativos. Son los que, por el lugar que ocupan en una sociedad, pueden influir en las costumbres, los llamados á pro-

curar que la juventud se persuada de que no es la dote el ideal que debe perseguirse en el matrimonio; de que no cabe felicidad entre los cónyuges, sin el elemento moral que debe unirlos; de que el desencanto y el odio penetran, muy de seguida, en las mansiones que solo la codicia ha edificado; de que los afectos que no se encuentran en el hogar se van á buscar afuera; de que lazos que el oro anuda, desata el oro.

En las jóvenes sociedades latino-americanas, el mal no es desconocido; muy al contrario, y es verdaderamente triste que en los comienzos de su vida, tengan ellas infiltrado ya el *virus*, que corroe á las viejas sociedades.

Ahora bien, prescindiendo ya de las costumbres y de las circunstancias que determinan la cuantía de la dote, y entrando en un terreno más jurídico, observaremos que los bienes, que por uno ú otro título, la mujer aporta al matrimonio, mejor dicho, el régimen de esos bienes, tiene que ser objeto de disposiciones legales. La comunidad de existencia entre los cónyuges, lleva consigo la comunidad de intereses materiales. El legislador no puede prescindir de la última; al contrario ha de regularla de suerte que esos intereses materiales de los cónyuges, no solo no sean obstáculo para la marcha de intereses morales superiores, sino que al contrario el desarrollo de los primeros, sea armónico con el de los últimos. La sabiduría del legislador consistirá en ligar los intereses morales y los materiales, de modo que la unión entre los cónyuges, nacida por decirlo así, del corazón mismo de los esposos, venga á tener como auxiliar eficaz el concurso de los intereses materiales.

Tratar de que estos últimos no predominen, sino de que sirvan á los fines morales del matrimonio, de que les estén subordinados como el cuerpo al espíritu; procurar que la dirección moral suprema, conferida al marido, por la naturaleza misma, no encuentre obstáculos en los bienes que la mujer lleva al matrimonio; he aquí problemas que se presentan al legislador, y problemas tanto mas difíciles, cuanto muy difícil es determinar el límite fijo en el que la acción pública del legislador debe cesar, para que se desarrolle la acción individual.

En el siguiente capítulo, vamos á exponer siquiera sea brevemente, los principales sistemas adoptados por las

legislaciones modernas, para reglamentar esa unión de intereses materiales de la que venimos hablando. En seguida estudiaremos el sistema del Código chileno al respecto, que es también el sistema del Código ecuatoriano.

CAPITULO II

Los principales sistemas adoptados por las legislaciones. El sistema dotal. El sistema de comunidad. El de separación de bienes. Necesidad de un régimen legal. Ventajas generales del régimen de comunidad, como régimen legal. Sistema de los Códigos chileno y ecuatoriano

El sistema dotal es el más antiguo de todos los adoptados en cuanto á los bienes de los esposos. Su origen lo encontramos en las leyes romanas del tiempo de los Emperadores.

En los primeros tiempos de Roma, como lo hemos observado antes, la persona de la mujer quedaba absorbida por la del marido. La mujer, legalmente, no podía tener bienes propios, ni aun podía concebirse que los tuviera, pues que estaba bajo la *manus* del marido. Si algo podía la mujer, tomar de los bienes, á la muerte de su esposo, era á título de hija, que no de esposa; bajo un régimen tal no cabía unión de patrimonios; había simplemente una confusión de ellos.

Cuando este estado de cosas se modificó y la mujer tuvo capacidad jurídica, la *manus* desapareció y vinieron las gruesas dotes. Después se estableció el divorcio, como un elemento más de corrupción. Los maridos se casaban por negocio y por negocio se divorciaban también. Mecenas fué tan célebre por sus divorcios, como por sus enormes riquezas.

En este estado de cosas se creyó que el bien público y la necesidad de facilitar las nuevas uniones de las mujeres repudiadas, exigían leyes que favoreciesen la dote, y esas leyes se expidieron.

El régimen dotal romano excluye toda comunidad de

bienes entre los cónyuges. Se distinguen, bajo este régimen, tres patrimonios; el propio del marido, el formado con los bienes particulares de la mujer, ó sea los parafernales y el constituido por la dote propiamente dicha. Cada cónyuge es el señor absoluto de sus bienes propios y los administra con independencia del otro. La mujer puede vender ó hipotecar sus parafernales sin autorización del marido. En cuanto á los bienes dotales, ó sea aquellos que la mujer aporta y entrega al marido para soportar las cargas del matrimonio, el marido es el administrador y el usufructuario de ellos, pero el excedente de los productos dotales, satisfechas las cargas de familia, va á aumentar el patrimonio particular de la mujer. El marido no puede disponer en manera alguna de los inmuebles dotales; estos son inalienables. Debiendo ser restituidos, en especie, á la mujer, el marido no tiene facultad legal de enajenarlos. La mujer, según la ley Julia, puede reivindicar sus inmuebles dotales, enajenados por el marido, aun de manos de terceros. Ni aun basta el consentimiento de la mujer para que el marido pueda enajenar esos inmuebles; la inalienabilidad *es absoluta* y precisamente este es uno de los caracteres que distinguen el régimen dotal romano.

Bajo un régimen que así separaba á los esposos, natural era que el legislador procurase á todo trance, proteger á la mujer contra las dilapidaciones ó contra la influencia perniciosa del marido y en este propósito se inspiraron el senado consulto veleyano y la ley Julia. Del uno y de la otra, hemos hablado ya antes.

También antes hemos dicho cómo el régimen de comunidad tiene su origen entre los pueblos germanos. Entre los germanos, aun en tiempo del *mundium*, la esposa fué asociada del marido, su compañera inseparable, así en los trabajos de la paz, como en las fatigas de la guerra. Los bienes aportados por uno y otro cónyuge, se confundían en una masa común. Julio César, describiendo las costumbres de los germanos dice: "El marido aporta al matrimonio una suma igual á la dote de la esposa, se confunden estos dos patrimonios, se conservan los frutos, y el todo pertenece al cónyuge sobreviviente" [1].

(1) César. Guerra de las Galias. VI, 19.

La religión cristiana con la indisolubilidad del matrimonio, con la unión eterna que establece entre los cónyuges, vino á ser un auxiliar poderoso para el régimen de comunidad.

El primer carácter del régimen de comunidad es el de establecer una sociedad de bienes entre los cónyuges, sociedad basada en fundamentos altamente morales. Nada más justo que el que los cónyuges participen, por igual, de la buena y de la mala fortuna, que la mujer se interese tanto, como el marido mismo, en el producto del trabajo de éste, y que aprenda á gastar con economía y orden el fruto de ese trabajo.

La comunidad, no es, sin embargo, una confusión absoluta de las fortunas de los cónyuges. Hay una categoría de bienes que queda bajo el dominio particular de cada uno de ellos. Ordinariamente los cónyuges conservan la propiedad exclusiva de los inmuebles, incluyéndose solamente en el haber social los bienes muebles aportados al matrimonio. En cuanto á los frutos, provengan estos, de unos ú otros bienes, forman también parte del haber social, como destinados que se presumen al sostenimiento de las cargas matrimoniales.

Generalmente las legislaciones que han adoptado el régimen de comunidad, han querido también que la mujer conserve una reserva para los malos días y para resistir á la adversa fortuna. La sociedad entre los cónyuges, no impide pues, el que la ley ponga bajo su especial protección determinados bienes de la esposa.

En cuanto á los bienes que componen el haber social, las legislaciones dejan á la voluntad de los mismos cónyuges, dentro de ciertos límites, el determinar los bienes que ese haber deben formar, el extender la sociedad á todos los bienes sin distinción alguna, haciéndola así universal, ó el restringirla á ciertos bienes, ó á ciertos beneficios.

La sociedad entre cónyuges, no es una sociedad regida por las leyes generales, aplicables á las sociedades civiles y mercantiles. Es una sociedad especial, en la que los cónyuges no tienen iguales derechos, ya que en el marido á su calidad de asociado se añade la de Jefe en el matrimonio, calidad la última, en virtud de la cual, tiene también que ser el director, el gerente, si cabe decirlo así, de la sociedad de bienes entre los cónyuges. El es el que mane-

ja el capital social, el que percibe los frutos, el que tiene en fin, la suprema dirección de la sociedad.

Pothier compendia los poderes del marido sobre la comunidad, en los siguientes términos, los cuales han sido aceptados con más ó menos diferencias en los Códigos modernos. “El derecho del marido sobre los bienes sociales, dice este autor, está comprendido en estos axiomas: 1º El marido como Jefe de la comunidad se reputa dueño de los bienes que la forman, de suerte que puede disponer de ellos por su sola voluntad; 2º Las facultades del marido sobre los bienes sociales, están no obstante, limitadas; de tal suerte que la mujer y los herederos de ésta pueden invalidar los actos ejecutados en fraude de sus derechos” [1].

Como garantía concedida á la mujer cuyos bienes peligran, por la gestión del marido y por la unión de patrimonios, se ha establecido la *separación de bienes*, de la cual nos ocuparemos más adelante.

Si la separación de bienes es un recurso concedido á la mujer, en guarda de sus derechos, es también de suyo un régimen que algunas legislaciones aceptan como *convencional*, ya que no como el *régimen común legal*. Debemos, pues, distinguir la separación de bienes decretada por el juez, á solicitud de la mujer, de la separación de bienes estipulada por los cónyuges.

Dentro del régimen de separación de bienes *convencional*, hay que hacer también la siguiente distinción. Una cosa es el régimen de separación *sin comunidad*, y otra el de separación propiamente dicha. En el régimen sin comunidad, no hay sociedad, ni por consiguiente participación de beneficios entre los cónyuges, pero el marido tiene la administración y el usufructo de los bienes de la mujer. En el régimen de separación *propiamente dicha*, la mujer conserva la administración y el usufructo de sus bienes. La acción del marido, como Jefe en el matrimonio, legalmente es casi nula, como que se limita á una mera autorización en muy reducidos casos. Este es más ó menos el régimen ordinario en Inglaterra y en los Estados de la Unión Americana.

Si el matrimonio, civilmente considerado, es un contrato, claro es que las partes en ese contrato tienen dere-

(1) Pothier. Tratado de la comunidad. Nº 467.

cho á que su libertad sea respetada, en cuanto no dañe el ejercicio de ella á principios superiores de orden público. De aquí el que se haya dado á los esposos la facultad de elegir el régimen por el cual se han de regir sus relaciones, en lo que á los bienes concierne. El legislador no puede poner límites al ejercicio de la actividad privada, mientras no se comprometan los intereses generales de la sociedad.

Pero lo que sucede de ordinario es que, los que se casan, no tienen la precaución de señalar las leyes que deben regir sus bienes. Aun en países en los que se ha llegado á un grado de cultura y de adelanto mayores que los nuestros, en pueblos en los que los conocimientos están más generalmente difundidos, son pocos los que se cuidan de otorgar capitulaciones matrimoniales. En París, por ejemplo, se ha hecho constar que sobre 22,000 matrimonios celebrados en un año, solamente 3,000 habían sido precedidos de convenciones matrimoniales.

Dada, pues, esa falta frecuente de estipulaciones, previas al matrimonio, al legislador le corresponde indagar la presunta intención de los cónyuges, para determinar el régimen al cual deben estar sujetos, una vez que no hay un contrato que contenga su voluntad expresa. De otro modo vendrían incertidumbres y diarias dificultades, así durante el matrimonio, como después de su disolución. Esa intención presunta, interpretada como ha de ser, de un modo general, la ha de buscar el legislador atendiendo al carácter, á las costumbres, á las tradiciones nacionales de cada pueblo, de suerte que los preceptos de la ley marchen de acuerdo con los sentimientos generales, aunque en uno ú otro caso particular pueda su aplicación ser dura.

Ahora bien, de las mismas consideraciones anteriormente expuestas, se deduce que no puede establecerse á priori cual sea el régimen legal más adecuado, puesto que no son solo los principios de la ciencia jurídica los que se han de tener en cuenta. Esto, no obstante, podemos hacer algunas apreciaciones generales que demuestren las ventajas, generales también, del un régimen sobre los demás.

El sistema dotal ha sido abandonado casi por completo en las modernas legislaciones. Sus inconvenientes son manifiestos como que el régimen dotal lejos de contribuir á estrechar los lazos morales que unen á los cónyuges, es mas bien causa de la relajación de dichos lazos. No con-

vierte el régimen dotal en comunes aspiraciones las de los cónyuges, no confunde los frutos del trabajo de los asociados, y esto es perjudicial en asociación tan íntima, como la del matrimonio.

El régimen dotal no se funda en estricta justicia, porque el marido es el único que aprovecha de los productos de la dote.

Es un régimen anómalo, pues siendo así que se concede á la mujer independencia completa, en lo que á los bienes parafernales se refiere, se la priva de toda intervención respecto á los bienes dotales.

Es un régimen anti-económico. La absoluta inalienabilidad de los inmuebles dotales, afecta á la libre y expedita circulación de la riqueza y por tanto, daña á la prosperidad pública.

“Se comprende, dice un autor (1) distinguido, que en una sociedad en la que estén sacrificados los derechos de la mujer, la ley reconozca en su favor, privilegios extraordinarios para compensar así la inseguridad de su posición. Se comprende también que en donde la mujer no participe en nada de la fortuna del marido, ó en donde por una organización contraria al fin del matrimonio, la actividad de aquella se ejerce en esfera distinta; se comprende, decimos, que en tales condiciones la mujer sea puesta por la ley, al abrigo de toda eventualidad. Pero cuando esto no pasa, cuando al contrario tiene el rango de compañera del marido, de legítima interesada en sus negocios, no hay razón para que subsista un régimen que trata de separar á los esposos en su existencia y aspiraciones íntimas.”

Los mismos inconvenientes señalados contra el régimen dotal, determinan las ventajas del régimen de comunidad. Este último varía más ó menos en los Códigos modernos, pero en el fondo, es el más conforme con la naturaleza del matrimonio. “Las mujeres, decía uno de los redactores del Código de Napoleón, no han adquirido entre nosotros la justa consideración de que gozan, sino por la calidad que la ley les da de asociadas del marido, calidad que al mismo tiempo que las honra influye poderosamente en la felicidad doméstica” [2].

(1) Marcadé. Explicación teórica y práctica del Código civil. Régimen dotal.

[2] Beslier. Exposición de motivos.

Lamennais al trazar el siguiente cuadro de la familia bien constituida parece que hubiera querido hacer el elogio del régimen de comunidad. "Todos tienen allí en consideración el bien común de la familia, porque todos tienen también interés y participación en los comunes beneficios. No hay uno solo de los miembros de la familia que al bien común de la familia no contribuya, en relación con su inteligencia, con sus conocimientos y sus peculiares aptitudes. La acción de cada uno aprovecha á todos y la de todos á cada uno. Que se tenga poco ó mucho lo que hay se distribuye equitativamente y no se ve el hambre, al lado de la abundancia."

El Primer Cónsul, con la admirable penetración que lo caracterizaba, decía á los redactores del Código civil: "Es de desear que en todos los casos, la mujer comparta las desgracias del marido" (1). La idea del primer Cónsul se desprende de la justicia, de la moral, de las conveniencias. Si el marido tiene días prósperos, si aumenta su caudal, el aumento debe aprovechar á la esposa; ésta con sus economías, con los cuidados domésticos, con la dirección interna del hogar contribuye, en escala no pequeña, á las tareas del marido. Asimismo en los días de desgracia la mujer debe ser la asociada del marido en el infortunio; el apoyo de aquel y su consuelo, cuando vacile abatido por el peso de una adversa fortuna.

Una razón más en favor del régimen de comunidad como régimen legal. Si la ley establece un régimen es precisamente para el caso en el que no hay estipulaciones entre los cónyuges. Ahora bien, una dote supone una constitución dotal y una constitución dotal un contrato. La comunidad, al contrario, no supone convención alguna y es especialmente adecuada para aquellos matrimonios que no tienen más riqueza que los hijos y el trabajo.

Sobre la base común de la comunidad, las legislaciones se separan más ó menos en cuanto á los pormenores de ella.

Según el sistema adoptado por el Código francés, hay varias clases de comunidad. La comunidad legal cuyo haber se compone principalmente de los bienes muebles de los esposos y de los frutos de todos los bienes de ellos;

(1) Art. 1401 del Código francés y siguientes.

este régimen es el que rige las relaciones de los cónyuges á falta de capitulaciones, y por eso lo llamamos el régimen legal, aunque á los otros pudiera dárseles también el mismo nombre como permitidos que son por la ley; la comunidad á título universal que comprende todos los bienes muebles ó inmuebles, presentes ó futuros [1], y finalmente, la comunidad limitada á las adquisiciones hechas durante el matrimonio y provenientes, sea de la industria común, sea de los productos de los bienes de los cónyuges (2). Además hay el régimen sin comunidad, el de separación de bienes y el dotal; pero todos ellos deben fijarse por estipulaciones previas entre los cónyuges (3).

El régimen de comunidad, aceptado por el Código francés, como régimen legal, ha sido objeto de crítica, por dos razones. Se ha dicho que según ese régimen no hay equidad en la distribución de los fondos comunes, y que la preponderancia que él concede al marido, es tan absoluta, que no puede menos de perjudicar los legítimos derechos de la mujer.

Otras legislaciones han adoptado como régimen legal, el de la comunidad de beneficios solamente (Códigos español é italiano). Otras han preferido el régimen de comunidad universal (Código portugués).

Según el Código alemán, el régimen legal es el de la *comunidad de administración*. Este régimen tiene sus analogías con el régimen francés, sin comunidad y también con el régimen francés dotal. Pero entre la dote del Código francés y el *echegut* del Código alemán hay notables diferencias, pues al paso que la primera comprende solo los bienes designados en especie, el *echegut* comprende en principio todos los bienes de la esposa.

Además, y esta es una diferencia importantísima, los bienes que comprende el *echegut* son alienables. Para su enajenación se necesita el consentimiento de los dos esposos, el de la mujer, puesto que es ella la propietaria de esos bienes, el del marido, puesto que él es el usufructuario de ellos.

El régimen de separación de bienes, es el más senci-

(1) Art. 1526 del Código francés.

(2) Art. 1498 del Código francés.

(3) Art. 1530 y 1536 del Código francés.

llo, puesto que él deja á los esposos respecto de sus bienes, en la situación que tenían antes del matrimonio. Cada uno de ellos conserva la propiedad, el usufructo, el derecho de disposición sobre los bienes adquiridos antes ó después del matrimonio. Cada cónyuge, asimismo es el solo obligado al pago de las deudas que ha contraído; las cuales pueden hacerse efectivas únicamente sobre los bienes del cónyuge deudor. En cuanto á las cargas matrimoniales, cada uno de los esposos contribuye en proporción á sus recursos.

Esta sencillez, así como la autonomía que él otorga á la mujer, ha hecho que el régimen de separación de bienes, como régimen legal, tenga ardientes panegiristas, aun en naciones en las que el régimen de comunidad se apoya en una larga tradición. El régimen de comunidad, dicen los que lo combaten, no es sino un resto del *mundium* germánico, incompatible ya con las conquistas que en los Códigos ha hecho la mujer, en pro de sus derechos. El marido, con el título de asociado, es un señor absoluto; la mujer no puede hacerse presente sino á la disolución de la sociedad, lo que hacía decir á Doumolin de ella: *non est vere socia, sed tantum speratur fore*. El derecho de la mujer, por el régimen de comunidad, apenas es una esperanza. Además, dicen los mismos, las complicaciones que se presentan disuelta ya la sociedad, y con motivo de su liquidación son grandes. La formación de tres patrimonios, cuando solo hay dos individualidades, las recompensas, los gananciales, etc., etc., suelen ser origen de confusiones y de litigios (1).

Indudablemente el régimen de separación de bienes, tiene sus relativas ventajas; pero á pesar de ellas, en nuestro concepto son mayores sus desventajas, sobre todo en determinados pueblos.

Un régimen que establece separación entre los intereses de los esposos, nunca será perfecto. *Duo in carne una, dice Tertuliano, (2) ubi et una caro unus spiritus*. En unión así íntima, no caben sino intereses comunes, como no cabe sino una existencia común.

Con razón dice un distinguido comentador francés:

(1) Huc. Explicación teórica y práctica del Código civil. Art. 1393.
 (2) Tertuliano. Tomo I, N.º 76.

“Se dice que la separación de bienes es el régimen de las clases opulentas. Si así fuese, esa circunstancia no hablaría mucho en favor de ellas; singular idea deben tener del matrimonio quienes, en el momento en el que se unen establecen las bases de su separación” (1).

Otro inconveniente, no despreciable, se señala para el régimen de separación de bienes, y es el de que con él es muy fácil el fraude contra terceros. Los maridos con la intención de eludir el pago de sus deudas, ponen sus propiedades en cabeza de sus esposas. Los acreedores no tienen, en la generalidad de los casos, manera de precaver ó de remediar el daño.

Aun en naciones en las que el régimen de separación de bienes es el legal, sus inconvenientes son tales, que las mujeres de ordinario, y de hecho, renuncian á él y entregan á los maridos la gestión de sus fortunas.

Expuestos como se hallan, bien sea ligeramente los diversos regímenes conocidos para regular las relaciones de los cónyuges, en lo que á los bienes atañe, pasemos ya en los siguientes capítulos, á estudiar el sistema adoptado por el Código ecuatoriano, que es el mismo del Código chileno. Desde luego ese régimen no podía ser otro que el régimen de comunidad, el único conforme con las tradiciones, las costumbres y los sentimientos del pueblo ecuatoriano.

(1) Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo IV, pág. 169.

CAPITULO III

Las capitulaciones matrimoniales. Prohibición de que contengan estipulaciones contrarias á las buenas costumbres ó á las leyes. Forma de su otorgamiento. Escrituras que adicionan ó alteran las capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales, tales como las entiende el artículo 1705 del Código civil ecuatoriano, ó sea el 1715 del Código civil chileno, son las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas á los bienes que aportan á él y á las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente ó futuro.

Las convenciones que la ley admite, como capitulaciones matrimoniales, son pues, relativas únicamente á los bienes aportados por los esposos y á las donaciones y concesiones que respecto de ellos quieran hacerse. Mejor dicho, es la parte material de las relaciones entre los cónyuges, la que puede ser regulada por esas convenciones. Las relaciones morales que del matrimonio se desprenden, no pueden ser objeto de las capitulaciones, como que esas relaciones están regidas por leyes y por principios independientes de la voluntad de los cónyuges.

El temor de que los cónyuges al celebrar las capitulaciones matrimoniales, puedan separarse del muy reducido límite dentro del cual las encierra la ley, ha hecho que ésta misma prohíba expresamente, que las capitulaciones contengan estipulaciones contrarias á las buenas costumbres ó á las leyes, ó que se celebren en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan á cada cónyuge respecto del otro ó de los descendientes comunes. (Art. 1707 del Código civil).

En general, es nula toda convención que contiene estipulaciones contrarias á las buenas costumbres ó á las leyes, [Arts. 9º, 1456 y 1457 del Código civil]. Aun pues, sin la disposición expresa del artículo 1707 del Código civil, serían nulas las capitulaciones que contuviesen algo contrario á las buenas costumbres ó á las leyes, en la parte contraria á unas ú otras. La ley sin embargo ha querido ser más explícita tratándose de materia tan importante.

La dificultad en algunos casos estará en determinar si ciertas estipulaciones, son ó no contrarias á las leyes, pues bien pudiera suceder que se tomasen por contrarias, las que solo contienen la renuncia de derechos que, pueden renunciarse, por afectar al orden privado únicamente.

La ley reputa como de orden público, los derechos y obligaciones que ella señala á cada cónyuge respecto del otro y de sus descendientes comunes. Por eso en la segunda parte del artículo que venimos estudiando, previene que las capitulaciones matrimoniales, no pueden celebrarse en detrimento de dichos derechos y obligaciones.

Esta disposición legal coloca la autoridad marital y los derechos que de ella se desprenden, fuera del límite de las convenciones matrimoniales. El marido no puede renunciar á ninguno de los derechos que le corresponden, porque ellos son esenciales para el mantenimiento del orden en la familia, para que puedan cumplirse los fines de ella, y el orden en la familia es la base del orden social.

Supongamos que se otorgasen capitulaciones matrimoniales estipulando que la mujer no está obligada á seguir al marido á su residencia ó que será ella quien tendrá la dirección de la sociedad conyugal, ó que no necesitará de la autorización marital, en algunos de los casos por la ley previstos. ¿Serán válidas estas estipulaciones? Claro es que no. Ellas afectarían radicalmente los derechos del marido y caerían por lo mismo, dentro de la prohibición legal.

El Código francés es más preciso en este punto, pues sus artículos 1388, 1389 y 1390, especifican las estipulaciones prohibidas á los cónyuges en las capitulaciones. El conocimiento de esos artículos nos parece útil para la interpretación de los correspondientes del Código ecuatoriano, ó sea del Código chileno, ya que éste usó de términos

tan generales, y omitió una especificación, utilísima en el presente caso.

Según el artículo 1388 del Código francés “no pueden los esposos derogar los derechos que por la autoridad marital corresponden al marido, sobre la persona de la mujer ó de los hijos, ni los derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente, según el título de la Potestad paterna ó según el título de la Minoridad, de la Tutela y de la Emancipación, ni pueden en fin, derogar las disposiciones prohibitivas del Código.” Según el artículo 1389 del dicho Código “no pueden celebrar convenio alguno ó estipular renuncia cuyo objeto sea el de cambiar el orden legal de las sucesiones, sea con relación á los cónyuges mismos en la sucesión de sus hijos y descendientes, ó con relación á los hijos y descendientes en la sucesión entre ellos, sin perjuicio de las donaciones entre vivos ó testamentarias que podrán tener lugar en los casos y formas previstos por el Código.” Finalmente el artículo 1390 prohíbe “el estipular que la sociedad conyugal sea regida por alguna de las costumbres, leyes ó estatutos locales que rigieron antes de la promulgación del Código en las diversas partes del territorio francés.”

Salva la disposición del artículo 1390, que no tiene aplicación alguna en la legislación ecuatoriana, las demás nos pueden servir perfectamente para la interpretación del artículo del Código chileno, que estudiamos.

La prohibición de que en las capitulaciones se altere el orden de sucesión de los descendientes, es una prohibición altamente moral. Si en general la ley no quiere que los derechos sucesorios sean objeto de pactos; [Art. 1453 del Código civil], con mayor razón prohíbe estipulaciones de esa naturaleza, cuando ellas se refieren á los descendientes ó á los cónyuges mismos. Aun cuando el artículo 1707, no expresa que incluye en la prohibición los derechos sucesorios, claro es que ellos están en esa prohibición comprendidos.

Tratando de fijar qué convenciones serían contrarias á las prohibiciones del Código francés, que hemos citado, los comentadores han establecido algunas doctrinas que no son ajenas tampoco á nuestra jurisprudencia. Vamos á indicarlas ligeramente.

De ordinario cuando se casan dos personas de religión

distinta, se acostumbra estipular en las capitulaciones matrimoniales, que las hijas sean educadas en la religión de la madre, y los hijos en la del padre. Según distinguidísimos autores, esas convenciones son nulas, pues afectan los derechos que corresponden al padre como director supremo, que es, según la ley, de la educación de los hijos, bien sea moral, bien sea religiosa [1]. Según las disposiciones del Código civil ecuatoriano, esa convención sería también sin valor ninguno, pues dicho Código declara que los hijos están especialmente sometidos al padre. [Art. 212].

Si las capitulaciones matrimoniales no pueden contener estipulaciones que afecten los derechos del marido, no pueden tampoco contenerlas tales, que afecten los justos derechos de la mujer. Si la autoridad marital es defendida por la ley á la manera de una fortaleza, no sería justo dejar sin una defensa correlativa los derechos de la esposa. Así creemos que, si por ejemplo, una mujer casada señalara en las capitulaciones matrimoniales, á las obligaciones futuras de ella, efectos diferentes de los que el Código civil establece, esa convención sería nula. En general, la ley no permite el disminuir los efectos de la incapacidad establecida, con el propósito de defender los intereses de la mujer casada. Bien ó mal organizada esa incapacidad, el hecho es que el Código declara expresamente que se ha establecido en beneficio de la misma mujer. (Art. 1674).

Los derechos, pues, que la ley da á la mujer en sus relaciones con el marido, no son renunciables, porque no miran solo al interés individual, sino también á los grandes intereses de la organización de la familia. (Art. 11).

En Francia la Corte de Casación, por sentencias, casi unánimes, de 20 años á esta parte, ha aceptado la doctrina anterior, y declarado nulas las capitulaciones matrimoniales que alteren la capacidad civil de la mujer, tal como la ley la estableció (2).

La renuncia de los gananciales no está en ese caso; ella se refiere solamente á los bienes y á los privados inte-

[1] Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil francés. Tomo III, N.º 157. Durantón. Curso de Derecho francés. Tomo 14, N.º 24.

[2] Sirey. Código civil anotado. 80, 1, 125.

reses de la mujer; por lo mismo la ley permite á la mujer el renunciar los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, como puede renunciarlos, disuelto que sea el matrimonio. [Art. 1709].

La única renuncia prohibida á la mujer es la que hiciera durante el matrimonio. Esta última podía ser efecto de presión indebida del marido, cuando no obra de fraude. Además, la mujer no puede una vez casada, celebrar acto alguno que aumente ó disminuya su patrimonio sin autorización del marido, pero ¿cómo podrá concebirse esa autorización, tratándose de la renuncia de gananciales, en la que el interesado directamente es el marido mismo?

Si la mujer renuncia los gananciales en las capitulaciones, ¿queda ó no subsistente la sociedad conyugal? Asunto es este sumamente difícil y nos reservamos el tratar de él un poco más adelante, al hablar de la liquidación de la sociedad.

Se ha propuesto también la cuestión de saber si podría alguno de los esposos, renunciar en las capitulaciones matrimoniales el usufructo de los bienes de los hijos, que la ley le señala. Autorizadas opiniones están por la negativa, pues se juzga, con razón, que el usufructo de los bienes de los hijos concedido á los padres, no es tanto un derecho particular de estos, cuanto un derecho establecido en provecho de la familia [1].

¿Podría el esposo en las capitulaciones matrimoniales conceder á la mujer una autorización general para que pueda prescindir en adelante de toda otra autorización? El Código chileno, como lo hemos visto antes, se separó del francés en cuanto aceptó la autorización general del marido á la mujer, rechazada en el Código francés; pero, con todo, esa autorización general, concedida en las capitulaciones matrimoniales, no sería válida, pues la autorización general, requerida por el Código, es la autorización del marido; se trata, pues, de una autorización posterior al hecho del matrimonio y las capitulaciones son anteriores. La autorización en las capitulaciones sería una renuncia disimulada de la autoridad marital y caería por tanto dentro de la prohibición de la ley.

El Código chileno y por tanto el ecuatoriano, permi-

(1) Sirey. Código civil anotado. Art. 1388.

ten el estipular que la mujer administre una parte de sus bienes, respecto de los cuales se aplican las reglas de la separación de bienes. (Art. 1710 del Código civil ecuatoriano). Se puede, pues, por las capitulaciones establecer un régimen de separación convencional. Pero; preguntamos, ¿podrá este régimen llegar á comprender aún todos los bienes de la esposa, de suerte que los cónyuges vivieran como si hubieran obtenido la separación de bienes judicial?

Creemos que el espíritu así como el texto de la ley, están en el sentido de que no pueda estipularse una separación total de bienes. Al definir el artículo 147 la separación de bienes dice: que es la que se efectúa por decreto judicial, ó por disposición de la ley. No habla, pues, de la convención de las partes. Luego, en el artículo 1710, habla solo de que se puede estipular que la mujer administre una *parte* de sus bienes propios. Claro es que, al limitar la facultad de estipular esa separación á *una parte*, se ha negado la facultad de estipularla con relación á todos los bienes.

Además, si en el espíritu del Código hubiera estado el permitir la completa separación de bienes ¿cómo puede concebirse que él no hubiera previsto nada, para el caso de esa separación? Cuáles serían las reglas por las cuales debería ella regirse?

Esto no obstante, permitiendo el Código el estipular la separación de bienes en parte, y pudiendo ser esta parte tan grande que absorba de hecho la fortuna de la mujer, en realidad puede darse el caso de una separación de bienes completa, autorizada por ley. Por consiguiente, ésta ha debido, ó permitir expresamente el régimen de separación de bienes convencional ó prohibirlo, sin lugar á dudas, como pasa en otros Códigos. Así el Código francés acepta la separación de bienes total estipulada en el contrato de matrimonio, pero aceptándola, la reglamenta debidamente. [Art. 1536 y siguientes del Código francés]. Este es el sistema de muchos otros Códigos modernos. Pero hay otros, como el argentino, que inspirados en el mismo espíritu del Código chileno fueron precisos en sus determinaciones, para que una separación parcial no fuese en realidad, una separación total de bienes. [Art. 1226 del Código argentino].

Mas adelante, al ocuparnos de la separación de bienes manifestaremos como, en nuestro concepto, el mejor sistema en este punto, es siempre el que respeta el ejercicio de la libertad individual, mientras no se dañen intereses superiores.

Estudiados los límites á los cuales se han de ceñir los esposos en las convenciones matrimoniales, veamos también otros requisitos que ellas deben llenar para que sean legales, ya por la forma misma del contrato, ya por la capacidad de los contrayentes, ya por la época misma del otorgamiento.

Tratándose de un contrato tan importante para los esposos, en el que no solo pueden comprometerse sus derechos, sino aun los de la familia que se va á formar, y quizás los de terceros, la ley debía exigir con razón una forma perfectamente auténtica, haciendo que las capitulaciones constasen en un contrato solemne. Por el artículo 1706 del Código ecuatoriano, se exige la formalidad de la escritura pública, salvo en los casos que determina el mismo artículo y en los que sería sumamente gravoso imponer á los contrayentes, la formalidad de una escritura. Pero aun entonces, esto es, cuando basta una escritura privada, se exigen tres testigos, siendo así que ordinariamente en las escrituras privadas bastan dos.

La falta de escritura pública, ó de alguno de los testigos en la escritura privada de las capitulaciones, las anularía con nulidad absoluta, por ser el vicio de forma.

Siendo las convenciones matrimoniales un contrato, claro es que debe ser otorgado por personas legalmente capaces ó por incapaces debidamente autorizadas. Pero, la ley en este caso tiene reglas especiales.

Hay un viejo adagio latino que dice: *habilis ad nuptia habilis ad pacta nuptialia*. Este adagio significa que aquel que tiene capacidad para casarse la tiene también para las capitulaciones matrimoniales, no en el sentido de que pueda otorgarlas siempre por sí solo, sino en el de que tiene el derecho de intervenir en el acto por él mismo y no representado por otro. Según esta máxima, un menor que tiene, por ejemplo 15 años y que de ordinario para un acto de la vida civil necesitaría ser representado y no simplemente autorizado, tratándose de las capitulaciones podrá otorgarlas él mismo con aprobación de las personas

que la ley designa. El artículo 1711 del Código civil ecuatoriano, ha aceptado esta doctrina como se desprende de su claro tenor: "El menor hábil para contraer matrimonio, podrá hacer etc., etc.,..." Se está, pues, suponiendo la intervención del mismo menor.

Las personas que deben prestar su aprobación al menor, para las capitulaciones son las mismas que dan dicha aprobación para el caso del matrimonio. Son pues los padres, los abuelos, y en su defecto un curador. Nada más natural que sean esas personas, las que dan la aprobación para las capitulaciones, pues que son las mejor llamadas á juzgar de la conveniencia de ellas. En este punto el Código chileno siguió el sistema del Código francés.

Los demás incapaces, necesitan de la autorización de su curador. Como un demente mal puede casarse, la disposición contenida en el inciso 2º del artículo 1711 del Código ecuatoriano, entendemos que solo puede referirse al disipador ó al sordo mudo, respecto de quienes lo que se necesita también es autorización y no representación.

El Código francés en su artículo 1398, que es el único que se refiere á esta materia, habla solo del menor: indica unicamente *las convenciones de las que el contrato de matrimonio es susceptible* y no tiene la restricción del Código ecuatoriano, respecto de ciertos actos, como la renuncia de los gananciales, enajenación de bienes raíces, etc., etc. De aquí deducen los comentadores que los demás incapaces siguen respecto del contrato de matrimonio las reglas del derecho común y que el menor mismo, cuando se trata de una convención extraña al matrimonio, pero incorporada en las capitulaciones, necesita de la autorización de su representante legal ordinario.

Creemos preferible el sistema del Código chileno; el cual es mucho más claro y evita la dificultad de estar indagando en cada caso cuáles son las convenciones de que es susceptible el contrato de matrimonio.

La falta de la aprobación ó autorización debida á un incapaz para las capitulaciones las viciaría de nulidad, ahora bien: ¿qué nulidad será ésta?

Punto ha sido éste muy debatido en la jurisprudencia francesa y respecto del cual se han dividido los comen-

tadores. Aun los fallos de la Corte de Casación al respecto, no han sido uniformes [1].

Unos comentadores sostienen que la nulidad es absoluta, otros que es simplemente relativa, y otros, en fin, y de los más notables, que esa nulidad es relativa en el sentido de que no puede alegarse por el esposo capaz, pero que tiene de absoluta el que puede ser alegada por terceros interesados, como serían los acreedores de los esposos [2].

Nosotros nos inclinamos á creer que la nulidad es absoluta. ¿Cómo puede conciliarse el que sea relativa porque no puede alegarla el esposo capaz, con el que sea absoluta, porque pueden alegarla terceros? La nulidad ó tiene que ser relativa ó tiene que ser absoluta. En el presente caso, la creemos absoluta porque las formalidades que la ley prescribe para el valor de las capitulaciones otorgadas por incapaces no interesan solo á estos, sino en general al orden doméstico y así la ley las prescribe en consideración á la naturaleza misma del acto.

Las capitulaciones matrimoniales no se entienden irrevocablemente otorgadas, sino desde el día de la celebración del matrimonio, ni celebrado pueden alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas. (Art. 712).

Teniendo por objeto las capitulaciones la reglamentación de las relaciones entre los cónyuges, en lo que á los bienes atañe, llevan implícita la condición de que se verifique el matrimonio, pues, sin éste ni aun pueden concebirse esas relaciones. El matrimonio es, pues, el que hace definitivas é irrevocables las capitulaciones. Cualquiera de los que han estipulado una convención matrimonial, puede desistir por su sola voluntad, de ella, pues si puede desistir del matrimonio mismo pactado, sin que civilmente haya acción contra él, con mayor razón podrá desistir de las capitulaciones accesorias al matrimonio.

Si en las convenciones matrimoniales se han acordado donaciones y se han entregado las cosas donadas; pero después esas convenciones quedan sin efecto, por no realizarse el hecho del matrimonio deberá seguirse la regla del

(1) Sirey. Código civil anotado. Art. 1308.

(2) Aubry y Rau. Curso de derecho civil francés, según el método de Zacarías, Tomo V, § 502.

artículo 97 del Código civil, que da derecho á pedir la restitución de las cosas donadas.

Principio admitido, generalmente, en jurisprudencia es el de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Una vez celebrado el matrimonio, quedan ellas irrevocablemente otorgadas, de suerte que no pueden alterarse en manera alguna.

Si las capitulaciones matrimoniales son un contrato, la alteración de ellas tendría de hacerse por otro contrato. Pero ¿cómo podría otorgar éste la esposa, cuando su facultad de contratar por sí sola ha desaparecido, y cuando la autorización del marido no puede concebirse, tratándose de asuntos en los que él es, el solo interesado?

Pero se dirá: esta prohibición concebible cuando el régimen es el de comunidad, no tiene razón de ser cuando la alteración se refiere precisamente á los bienes que la mujer administra con independencia, por haberse estipulado respecto de ellos la separación de bienes. Si la mujer puede celebrar con terceros contratos, en lo que toca á la administración de esos bienes, con independencia del marido ¿por qué no podría celebrarlos con el marido, y alterar por tanto las capitulaciones, en lo que á esos bienes atañe? Aun, en este caso, la prohibición de la ley es fundada, pues esas alteraciones pudieran ser el resultado de influencias perniciosas del marido. La ley quiere que los esposos al estipular sus convenciones se hallen en plena posesión de su independencia, lo cual no suele suceder después de contraído el matrimonio.

Así, aun los Códigos que, como el francés, permiten la completa separación de bienes, como régimen convencional, admiten también el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

La prohibición de alterar las capitulaciones matrimoniales no impide el que después pudiera dárseles por los cónyuges una legítima interpretación que determinase el modo de ejecución de ellas (1).

Aun hechas en tiempo hábil, las convenciones matrimoniales que adicionan ó aclaran las primitivas no serán admitidas en juicio á no ser que se hayan otorgado con las

(1) Aubry y Rau. Curso de derecho civil francés según el método de Zacarías. Tomo V, § 503 bis.

mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas. Las adiciones y alteraciones, aun estando con las formalidades debidas, deben hacerse constar en un extracto ó minuta al margen de la escritura primitiva; de otra suerte no valdrán contra terceros (Art. 1713).

La ley dice que no serán admitidas en juicio las escrituras que adicionen ó alteren las capitulaciones, etc., etc. Ahora bien, no ser admitida en juicio una escritura es no ser válida, puesto que en definitiva una obligación que no puede hacerse efectiva por la vía judicial, no tiene fuerza legal. Esto no obstante más sencillo sería decir para evitar dudas: "No son válidas las escrituras que adicionen ó alteren las capitulaciones matrimoniales, á no ser, etc., etc. Efectivamente, si las escrituras adicionales ó reformatorias se otorgan después del matrimonio, ó si les han faltado las solemnidades de las capitulaciones primitivas, están viciadas de nulidad absoluta, pues que en realidad se trata de nuevas capitulaciones á las cuales deben aplicarse los mismos principios ya expuestos.

El Código francés (1) exige para la validez de las alteraciones ó adiciones hechas á las capitulaciones primitivas la presencia y el consentimiento de todas las personas que han intervenido en el contrato de matrimonio. El Código chileno al cual siguió el del Ecuador, literalmente en esta materia, supone la posibilidad de que en las capitulaciones matrimoniales intervengan otras personas, además de los esposos, y así nos lo demuestra el tenor literal del artículo 1722 del Código chileno ó sea el 1712 del Código ecuatoriano: "ni celebrado, dice dicho artículo, podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas." Pero ¿querrá esto decir que para las alteraciones y adiciones hechas antes del matrimonio, se necesita el consentimiento de todos los que intervinieron en ellas. ¿No son las convenciones matrimoniales "*convenciones que celebran los esposos*" y en las que solo ellos son partes? ¿Quiénes, pues, sino ellos solamente, son los llamados á intervenir en la alteración ó adición de lo que solo ellos son llamados á pactar?

El que las capitulaciones matrimoniales sean propiamente un contrato entre los esposos no impide el que otras

(1) Art. 1399 del Código civil francés.

personas puedan intervenir en ellas como parte. El marido, por ejemplo, puede dar á la mujer seguridades especiales para la devolución de sus bienes, disuelto que sea el matrimonio y esas seguridades pueden consistir en fianzas constituidas por fiadores presentes al acto, y que también son parte en él. Creemos, por lo mismo, que en las adiciones ó alteraciones de las capitulaciones matrimoniales, deben intervenir todas las personas que intervinieron en las capitulaciones primitivas y que ésta es condición de la validez de las escrituras adicionales ó reformatorias.

Otorgadas las capitulaciones matrimoniales, ¿podrán los cónyuges renunciar á los derechos de ellas nacidas y seguir bajo el régimen legal de la sociedad conyugal? Los que sostienen la afirmativa se fundan en que la renuncia de un privilegio para someterse á la regla común es permitida; pero éste principio no creemos que pueda prevalecer contra la disposición terminante y especial de la ley respecto de las capitulaciones. Esa renuncia sería siempre una alteración de lo pactado, y esas alteraciones son las que la ley quiere evitar, puesto que la mujer no puede tener la independencia necesaria para ellas, y sería de ordinario la perjudicada. De hecho podrán los cónyuges renunciar á las capitulaciones, pero ni sus herederos, ni otros interesados tendrán por qué aceptar esa renuncia.

El Código alemán sigue el principio de que la libertad de los esposos es más sagrada que su fortuna misma, y en consecuencia no prohíbe las alteraciones de las capitulaciones matrimoniales, aun después de celebrado el matrimonio, y solo la sujeta á ciertas formalidades. Nosotros creemos preferible la prohibición, dado el sistema general de los Códigos francés y chileno, por los que la mujer casada no tiene la misma personalidad civil que por él sistema alemán. Nada importa, por otra parte, el restringir la libertad en un justo límite, cuando esa restricción aparece como necesaria para los intereses públicos y privados (1).

(1) Vera hablando de las capitulaciones matrimoniales dice lo siguiente: "Cuando se celebran capitulaciones matrimoniales se puede decir que es para defraudar acreedores ó preparar un fraude. No se ha visto un móvil elevado y digno cuando se ha procedido á alterar el régimen de comunidad que establece el Código."

CAPITULO IV

La sociedad conyugal. Sus caracteres. No es una persona jurídica. Activo de la sociedad conyugal. Bienes muebles é inmuebles. Reformas propuestas por algunos tratadistas, respecto á la propiedad del producto del trabajo de la mujer casada

La sociedad conyugal es la consecuencia del matrimonio, y es en esa calidad que la establece la ley; es una sociedad exclusivamente personal entre los cónyuges, y una sociedad cuyos límites de duración están determinados por la ley, sin que esté á la voluntad de los cónyuges el alterarla.

En conformidad con estos principios, el Código civil determina que por el hecho del matrimonio se entiende contraírla la sociedad conyugal, (Art. 1708) y determina asimismo que no se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio, antes ó después de contraerse el matrimonio: de suerte que toda estipulación en contrario es nula. (Art. 1711, inciso 3º) [1].

Sí la sociedad conyugal es reputada por la ley, como un efecto del matrimonio, claro es que no puede concebirse ella antes de que el matrimonio tenga lugar. Tampoco quiere la ley que la sociedad principie en una época posterior, pues sería dar lugar á muchos fraudes, el permitir que los cónyuges se rigieran durante una época de su matrimonio por un régimen determinado y en otra época por otro. La ley quiere que el régimen al cual se sujetan los

(1) Llama la atención el que una disposición tan importante como esta figure en el Código civil como un inciso del art. 1711, el cual se refiere á las capitulaciones matrimoniales de los incapaces. ¿Se deberá entender acaso que la prohibición de que la sociedad conyugal tenga principio antes ó después de contraerse el matrimonio se refiere solo á los incapaces? Claro es que no. La prohibición es general, por las razones que se exponen.

cónyuges, sea el mismo durante todo el tiempo del matrimonio. En esta parte el Código ecuatoriano y el Código chileno están de acuerdo con el Código francés. (Art. 1399 del Código francés).

La sociedad conyugal no es una *persona jurídica* (1). Este es un punto que hay que tener muy presente, pues de él se derivan consecuencias de mucha importancia.

La persona jurídica es una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial ó extrajudicialmente. Ahora bien; la sociedad conyugal no se halla en este caso; si es cierto que respecto de cada uno de los cónyuges y con relación á los gananciales, la ley distingue el patrimonio social, del patrimonio particular de cada cónyuge; si es cierto también que la ley usa de las expresiones *sociedad*, *comunidad* como indicando entidades morales, esto es solo, para efectos civiles entre los cónyuges y para designarlos en su calidad de asociados, en oposición á los cónyuges individualmente considerados. Pero en realidad la sociedad conyugal, respecto de terceros, no tiene personalidad civil propia; dicha sociedad ante ellos se confunde con la persona del marido.

De aquí se deduce una consecuencia muy importante y es la de que, respecto de terceros, la sociedad conyugal no tiene un activo y un pasivo propios de ella y tales que pudieran subsistir, aún después de la terminación de la sociedad, como sucede en la liquidación de las sociedades civiles y mercantiles. El activo y pasivo de la sociedad conyugal, señalados por la ley, se consideran solamente con relación al patrimonio personal de los esposos y surten efecto únicamente en las relaciones civiles entre ellos. Durante la existencia de la sociedad, los bienes sociales se reputan como del marido; disuelto el matrimonio la sociedad no subsiste un solo día, y los bienes que se consideraron como sociales, pasan en el acto mismo de la disolución, á las personas que la ley señala.

La sociedad conyugal es una sociedad regida por leyes especiales; es la única sociedad de ganancias, á título universal que admite la ley (Art. 2043); es una sociedad

(1) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo IX, § 73. Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés según el método de Zacarías. Tomo V, § 505.

cuya administración no depende de la voluntad de los cónyuges, puesto que la ley tiene respecto de ella, preceptos de los que no pueden apartarse.

Esto supuesto, entremos á considerar cuales son los bienes que componen el haber social de dicha sociedad, según la ley ecuatoriana. Para distinguir este haber debemos recordar que la existencia de la sociedad, y por lo que, á los cónyuges respecta, hace que se puedan distinguir tres patrimonios; el de la sociedad ó sea el de los cónyuges, en su calidad de asociados, el del marido, y el de la mujer. El patrimonio de la sociedad es el activo de ella.

El artículo 1715 del Código ecuatoriano determina los bienes que componen ese activo. El Código ecuatoriano siguió en este punto literalmente al Código chileno, y éste siguió al francés en cuanto á enumerar taxativamente los bienes que componen el haber social, siendo así que siendo la regla general la de que los bienes de los cónyuges entran á formar el haber social, lo natural hubiera sido determinar las excepciones, ó sea los bienes que forma el haber particular de cada cónyuge.

Según el citado artículo 1715 del Código civil, se hacen varias distinciones; se distinguen los bienes aportados al matrimonio, de los adquiridos durante él; entre los aportados se distinguen los muebles de los inmuebles; y entre los adquiridos los que lo son á título gratuito de los que lo son á título oneroso. También hay bienes que entran al haber social, pero la sociedad queda debiendo su valor; otros por el contrario, entran al haber social sin cargo alguno.

La ley para el efecto de la composición del haber social tiene disposiciones diferentes, de acuerdo con las distinciones que llevamos hechas.

De los bienes aportados, solo los muebles entran á componer el haber social, quedando la sociedad deudora del valor de ellos al cónyuge que hace el aporte, así como una sociedad civil ó mercantil cualquiera, quedaría debiendo á uno de los socios el capital aportado por él. Los cónyuges pueden eximir de la comunidad cualquiera parte de sus bienes muebles, de suerte que el aporte de esos muebles es enteramente voluntario de parte de ellos [1].

(1) El Código civil habla del dinero en inciso especial y separado de

Hemos dicho que los inmuebles siguen formando el patrimonio particular de cada cónyuge. Con todo, según el inciso 6º, del artículo que estudiamos, el haber de la sociedad conyugal se compone también de los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad restituya su valor en dinero. Es esta una venta que la mujer hace á la sociedad de sus bienes raíces, y así lo expresa la misma ley, al exigir las formalidades que para el caso de venta. Es además una venta en la que la mujer será generalmente perjudicada, pues, queda ella de acreedora de la sociedad ó sea del marido y pierde las garantías que tiene respecto de sus bienes raíces en general. Será especialmente perjudicada, si se estipula que la restitución del inmueble se haga según su valor en dinero, pues los bienes raíces aumentan progresivamente de valor, y el valor de un inmueble al tiempo de celebrarse el matrimonio será, ordinariamente, inferior al valor de ese inmueble al tiempo de la disolución del matrimonio. Esta disposición que hace entrar al haber social los inmuebles de la mujer, que se aportan apreciados, no se encuentra en el Código francés. Creemos que D. Andrés Bello, la dejó en su Proyecto como un resto del sistema dotal español, sistema que distinguía la dote en *estimada* é *inestimada*. Los bienes raíces que la mujer aporta apreciados, para que la sociedad restituya su valor en dinero equivalen á la dote estimada, pues que también de ésta podía disponer el marido, con la sola carga de devolver el valor, disuelto el matrimonio.

El régimen legal de la sociedad conyugal, según el Código chileno, se distingue pues, en primer término por la distinción entre *bienes muebles* é *inmuebles*, en lo que al haber social se refiere.

Ahora bien, por qué esta distinción? Por qué los muebles aportados por los cónyuges entran todos á componer el haber social, y no así los inmuebles? El Código chileno siguió al francés en esta materia y la razón de este sistema en el Código francés, al decir de los comentadores, es puramente histórica. El antiguo derecho francés prohibía el préstamo á interés y consideraba las rentas co-

aquel en que trata de las cosas fingibles. En esto hay impropiedad, pues el dinero es también cosa fingible. [Art. 1646]. Debíó pues abolirse este inciso.

mo inmuebles; de aquí provenía el que la fortuna moviliaria tuviese poco aprecio. *Vilis mobilium possessio*, decían los jurisconsultos. Al contrario la fortuna moviliaria era la que se trataba de proteger y de conservar en cada familia, enajenando los inmuebles, solo ya en muy graves circunstancias. Como consecuencia de estos principios, la ley presumía que los esposos querían aportar á la comunidad solamente sus bienes muebles, no empero sus inmuebles (1).

Las condiciones económicas han variado profundamente en todas las sociedades modernas, y entre otras causales el inmenso desarrollo del comercio y de la industria ha venido á dar á los bienes muebles la importancia de que carecían. En Francia, por ejemplo, según una estadística, ultimamente publicada, la fortuna pública está allí representada por ciento cuarenta mil millones en inmuebles y ciento setenta mil millones en muebles.

Así pues, esa distinción de muebles é inmuebles en lo que á la sociedad conyugal atañe, conveniente al redactarse el Código de Napoleón, dejó de serlo más tarde. Sin embargo, subsiste aún en el Código francés, como subsiste en los Códigos de Chile y del Ecuador. En cambio otras legislaciones más avanzadas han prescindido de tal distinción. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Código argentino.

Según el sistema que vamos estudiando, puede llegar perfectamente el caso de que uno de los cónyuges aporte á la sociedad conyugal, una fortuna y de que el otro no aporte, sin embargo, nada. Efectivamente la fortuna de uno de los cónyuges puede consistir en títulos, obligaciones, etc., etc., y la del otro en inmuebles. Es cierto que las convenciones matrimoniales, por la libertad de estipulación que la ley da en ellas á los cónyuges, podrían venir á corregir esta desigualdad y así sucedería en realidad, tratándose de cónyuges ricos. Pero el mal no se evitaría tratándose de gentes de pocas comodidades, la cual, ordinariamente, no celebra capitulaciones. Aun la gente rica, en los países latino-americanos, no otorga capitulaciones matrimoniales y es solo, en el curso del matrimonio, cuando se viene á lamentar la falta de ellas.

(1) Mourlon. Repeticiones. Tomo III, § 33.

Esa distinción entre inmuebles y muebles, en lo que al haber social se refiere, tiene aún otros graves inconvenientes, si se tiene en cuenta que el marido es el señor absoluto de los bienes muebles que componen el haber social. Quizás en los países latino-americanos la condición de los obreros no es la misma que en los países europeos; quizás los problemas de legislación, en relación á esos obreros, no sean análogos en los dos continentes, pero pueden llegar á serlo, en un porvenir no lejano.

Legouvé el distinguido escritor francés, citado ya en el curso de esta obra, dice en su libro de "La mujer en Francia." "El derecho que el marido tiene de enajenar los muebles á su arbitrio tiene grande importancia en los matrimonios pobres. Un mueble es allí frecuentemente el resultado de muchos meses de economía, el objeto de grandes deseos, tal vez algo de absoluta necesidad. Si un marido ebrio ó disipado, vende el lecho en donde duerme su esposa, la cuna de su hijo, la mesa de comer, todo en fin, para ir á disipar el precio con alguna vil creatura, la madre acudirá desesperada á pedir protección contra tal marido, pero el juez, con la ley en la mano, le dirá: "*El marido puede disponer libremente de todos los muebles de la comunidad.*"

Hemos hablado ya de los bienes que se aportan al matrimonio. Ocupémonos ahora de los bienes adquiridos durante él.

Si estas adquisiciones significan el fruto del trabajo personal de cualquiera de los cónyuges, sin distinción ninguna, pertenecen al haber social, siempre que se deven-guen durante el matrimonio.

La comunidad conyugal más limitada, como es la comunidad de beneficios, del derecho francés, acepta la participación de cada cónyuge en el producto del trabajo y de la industria del otro. La ley presume con razón que dos seres, que se unen con tan estrechos lazos, que asocian sus penas y sus goces, no quieren hacer distinción en los frutos de su actividad.

El Código civil ecuatoriano habla de los salarios y emolumentos de todo género de "empleos y oficios." Empleo propiamente es "destino" y oficio es la "profesión de algún arte mecánico." Aquí no están comprendidas las artes liberales, ni las producciones del ingenio humano y

sin embargo, creemos que en el espíritu de la ley ha estado el comprenderlas también, puesto que respecto de ellas existe la misma razón. La redacción es, pues, la deficiente en este punto [1].

La ley quiere que pertenezcan al haber social, los frutos del trabajo de los cónyuges, en cualquiera esfera de la actividad humana que ese trabajo se ejerza. Si un autor publica una obra, el producto de ella es de la sociedad; si un autor dramático, percibe una suma por sus derechos en el producto de la representación de su obra, esa suma es de la sociedad; lo mismo decimos del producto del ejercicio de todas las profesiones liberales y del beneficio proveniente de toda industria.

No hay que confundir eso sí, con ese producto las donaciones remuneratorias hechas á uno de los cónyuges, por servicios que no dan acción contra la persona servida [Art. 1728]. Esas donaciones no aumentan el haber social. Ellas no son propiamente fruto ordinario del trabajo de los cónyuges, sino recompensas y liberalidades extraordinarias y meramente gratuitas, que lo natural es que aumenten el patrimonio particular de cada cónyuge.

Pero no deben tomarse como donaciones remuneratorias las que no tienen tal carácter. Se trata, por ejemplo, de una suma de dinero concedida á un hombre público distinguido por servicios prestados al país, durante su matrimonio. Ese hombre, es cierto, no tendría acción ninguna contra el Estado que lo remunera, pero esa suma de dinero no es tampoco *donación*. La suma correspondería, pues, al haber social (2).

Entrarán á componer el haber social, las pensiones alimenticias? El derecho á la pensión es exclusivo de cada cónyuge, pero los efectos que percibe el alimentado creemos que pertenecen á la sociedad. Si llega el caso de que uno de los cónyuges tenga derecho á pedir alimentos, ¿podría concebirse que pudiera excluir del derecho á ellos al otro cónyuge?

Entran asimismo á componer el haber social, todos

(1) El art. 1272 del Código argentino, inciso 3º, dice con más propiedad. "Los frutos civiles de la profesión, trabajo ó industria de ambos cónyuges ó de cada uno de ellos."

(2) Sirey. Código civil anotado, Art. 1401. Vera. Código civil de Chile. Tomo V, página 231.

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 desvenguen durante el matrimonio.

Respecto de los frutos provenientes de los bienes sociales, la razón de que pertenezcan al haber social es muy obvia; si los bienes son sociales, los frutos deben serlo también. Respecto de los frutos de los bienes propios de cada cónyuge, la razón es la ya expuesta antes. La ley presume, y con razón, que los cónyuges quieren hacerse partícipes de los productos del patrimonio de cada uno de ellos; tanto más, cuanto esos productos son el efecto, durante el matrimonio, de los cuidados comunes de los cónyuges. Tratándose, pues, de los frutos no hay distinción; vengan de bienes propios de los cónyuges ó de bienes sociales, ó de bienes de ambos cónyuges, de bienes aportados, ó de bienes adquiridos durante el matrimonio, todos sin distinción, y salvo pacto en contrario, entran á componer el haber social. La única condición es la de que los frutos se devenguen durante el matrimonio, esto es que sean adquiridos durante él (1).

Pertenecen al haber social sin distinción ninguna, los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio por título oneroso. Sean, pues, muebles ó sean inmuebles, todos ellos entran al haber social [2].

Los adquiridos á título gratuito no pertenecen, pues, al haber social y así pasa con las adquisiciones hechas á título de donación, herencia ó legado, las cuales no aumentan el haber social sino el de cada cónyuge [Art. 1716].

Ahora bien ¿cómo se concilia esta disposición con la que determina que las cosas fungibles y especies muebles, entran á componer el haber social, *sin distinción ninguna*? Luego los muebles adquiridos á título gratuito no se diferencian, en lo que respecta al haber social, de los muebles

(1) El Código chileno y por ende el ecuatoriano, distinguen los salarios y emolumentos provenientes de empleos y oficios, de las pensiones, réditos, etc., etc., clasificándolos en dos incisos distintos. Distinción es esta indispensable, pues entre unos y otros hay diferencias jurídicas notables, y así respecto de los primeros, y en lo que al haber social toca, se han propuesto reformas, que expondremos luego y que no caben respecto de los segundos. El Código francés en su inciso 2º del art. 1901 confunde lo que el Código chileno y el ecuatoriano han distinguido bien.

(2) Para distinguir las adquisiciones á título oneroso de las adquisiciones á título gratuito hay que atender á lo que dice el art. 1430 del Código civil.

adquiridos á título oneroso? La diferencia está en que los muebles adquiridos á título oneroso entran al haber social, sin cargo para la sociedad de restituir su valor; al paso que cuando la adquisición es á título gratuito, la sociedad queda obligada á restituir el valor. Así debe entenderse el inciso 4º del artículo 1715, el cual ha debido contener la distinción correspondiente.

Propiamente en el artículo 1715 hay una confusión que debió evitarse, entre los bienes que constituyen el capital social y los bienes gananciales, distinción que en otros Códigos se encuentra muy clara. Los bienes que entran al haber social con cargo de restitución son parte del capital social, pero no son bienes gananciales. Así el dinero aportado por uno de los cónyuges al matrimonio, entraría á componer el capital social, pero no sería ganancial, pues la sociedad debe restituir su valor [1].

El Código chileno no tiene la precisión y claridad de otros Códigos, al arreglar el haber de la sociedad conyugal, y con todo es más claro y preciso que el Código francés, en la materia. Así el Código francés al enumerar los bienes que componen la comunidad habla simplemente "de los inmuebles adquiridos durante el matrimonio" [Art. 1401, 3º]. Nada dice de los muebles, y es solo por razones, del espíritu de la ley deducidas, que los jurisconsultos franceses hacen formar parte del haber social á los bienes muebles, durante la comunidad adquiridos. En cuanto al título por el cual los inmuebles son adquiridos, aun cuando el artículo 1401 del Código francés, no contiene distinción alguna, sí la hace el artículo 1404, el cual excluye de

(1) El Art. 1272 del Código argentino enumera así los bienes gananciales:

Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra ú otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges.

Los adquiridos por hechos fortuitos como lotería, juego, apuestas, etc., etc.

Los frutos naturales ó civiles de los bienes comunes, ó de los propios de cada uno de los cónyuges percibidos durante el matrimonio ó pendientes al tiempo de concluir la sociedad.

Los frutos civiles de la profesión, trabajo ó industria, de ambos cónyuges ó de cada uno de ellos.

Lo que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio.

Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor á los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres ó en cualquier otro objeto de que solo uno de los cónyuges obtenga ventajas.

la comunidad los inmuebles adquiridos á título de *sucesión*.

En la sociedad conyugal, según lo hemos dicho ya, hay tres patrimonios, el del marido, el de la mujer y el de la sociedad. Una cosa puede ser común al marido y á la mujer, pueden ellos tener la propiedad de ella *pro indiviso*, que no por eso pertenecerá al patrimonio social, sino al de cada cónyuge [1].

La ley, al mismo tiempo que constituye el haber social, va formando el particular de cada cónyuge, durante la comunidad.

Los bienes que constituyen el haber social, según lo hemos visto están enumerados en el artículo 1715 del Código ecuatoriano. En los artículos siguientes no se contienen excepciones de las reglas generales, sino corolarios de ellas. En el artículo 1717, al parecer hay excepciones, pero en el fondo no son tales. Un inmueble subrogado á otro viene á hacer las veces de éste; no hay allí aumento de patrimonio, sino sustitución de un valor á otro. Respecto de las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinadas á ello en las capitulaciones matrimoniales ó en una donación por causa de matrimonio, natural es que no entren esas cosas á componer el haber social, ya que ese destino dado en las capitulaciones ó donaciones, constituye una legítima reserva de esos valores. En cuanto á los aumentos materiales de que habla el inciso 3º del artículo citado 1717, hay que tener en cuenta que cuando ellos provienen de mejoras, aunque el aumento mismo pertenezca á uno de los cónyuges, se debe recompensar á la sociedad por lo gastado en esas mejoras. [Art. 1736]. Distinto sería el caso en el que el aumento fuese

(1) "No es lo mismo pertenecer una cosa á la sociedad que pertenecer á los dos cónyuges en común. Un ejemplo lo manifestará: Se lega una hacienda á ambos cónyuges. Mientras está *pro indiviso* la mujer tiene tan real y verdadero dominio en ella como el marido; el marido no puede enajenar la hacienda sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiere pertenecido *pro indiviso*, la división le habría dado el dominio exclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda como propiedad de ambos cónyuges puede, durante la sociedad, dividirse entre ellos, si fuese haber social no podría dividirse." Bello. Nota al título 22 del Código de Chile.

enteramente fortuito; proveniente por ejemplo, de un aluvión [1].

Las miserias terribles que se ven en los matrimonios de obreros en Europa han suscitado críticas contra el régimen de comunidad legal, propio del Código de Napoleón, y seguido por muchas otras legislaciones, régimen que, como lo hemos venido observando, confunde en el haber social los productos de la profesión, industria, trabajo personal de los cónyuges. Se ha querido en vista de los desórdenes de los maridos obreros, poner á salvo el producto de la industria ó trabajo de la mujer. Ya la hemos manifestado antes: los problemas sociales en lo que á la clase obrera concierne no son aún los mismos, entre nosotros que en los países europeos; pero en un no lejano porvenir, esos problemas nos afectarán también y no será nunca perdido el tiempo que se emplee en estudiarlos.

El distinguido publicista Julio Simón, ha seguido á los obreros á su más escondido retiro en los barrios de las populosas ciudades y luego nos los ha pintado en "L' Ouvriere" y nos ha contado en esa obra notable, cuán dignas de lástima y de protección son las mujeres de esos obreros: "En las clases elevadas, nos dice el eminente moralista, y aun en las clases medias, las mujeres gozan de bienestar; se tiene consideración á su debilidad, se las trata en cierto modo como enfermas; pero las mujeres de obreros, sin tener la fuerza física de sus maridos trabajan tanto como ellos, sino más y son muy rudamente tratadas. Será esto justo? Cuando se piensa en el número de matrimonios en los que el marido no se toma molestia alguna y que no se sostienen sino por las privaciones, el trabajo y la economía de la mujer, no se puede menos de pensar en que hay imprevisión é injusticia en reservar para los maridos los beneficios que con tanta fatiga reportan las mujeres."

La mujer, es cierto, en muchos países tiene el divorcio como remedio legal contra ese estado de cosas. Pero el divorcio agrava el mal, no lo remedia.

En algunas naciones ya los legisladores se han preocupado de la enormidad del mal, tratando de asegurar de alguna manera á la mujer casada la propiedad

(1) Sobre los artículos 1717 y siguientes del Código civil, véanse los comentarios de Vera respecto de los correspondientes del Código chileno.

y el usufructo de los productos de su trabajo personal.

Una ley francesa en 1881 creó la caja de ahorros postal. Según esa ley, las mujeres casadas, *cualquiera que sea el régimen bajo el cual se hayan casado*, serán admitidas á colocar sus ahorros sin la intervención del marido, ahorros que podrán ser retirados, igualmente, solo por la mujer.

El Código civil alemán vigente, concede á la mujer la propiedad y el goce exclusivo de las ganancias adquiridas por ella, fuera de la colaboración personal á que está obligada respecto del marido, ó en el ejercicio de una profesión ó industria independientes.

En Suecia y Dinamarca, no obstante, que el régimen legal es el de la comunidad, se han dictado análogas disposiciones.

Ahora bien; el problema sencillo en los países *anglosajones* que generalmente han optado por la separación de bienes entre los cónyuges, será siempre de difícil resolución, en donde exista la comunidad como régimen legal. Sacar del haber social los productos del trabajo de la mujer y privar al marido de todo derecho sobre esos productos, es minar la base misma en que reposa la sociedad conyugal, es destruirla. Si es la justa presunción de que los esposos quieren comunicar todo cuanto proviene de su trabajo ó industria lo que vivifica la sociedad ¿cómo se pueden retirar de ella los productos del trabajo de uno de los cónyuges? Donde quiera que la comunidad existe, porque el carácter nacional la impone, mal haría la ley, al tratar de debilitarla, porque, filosóficamente considerado, el régimen de comunidad, según lo hemos visto ya, es el más adecuado á la naturaleza del matrimonio.

De aquí proviene el que en Francia, no obstante las miserias que se ven en los matrimonios obreros, por los abusos de los maridos, las Cámaras no se hayan decidido aún á adoptar una medida radical, temerosas de agravar el mal, por la abolición de un régimen consagrado por la tradición y por las costumbres nacionales. Desde 1898 se presentó en el Senado francés, un proyecto de ley en el que se dan á la mujer casada, sobre los productos de su trabajo personal, los mismos derechos que el marido ejerce sobre todos los otros bienes de la comunidad. Esta proposición suscitó acalorados debates y al fin nada se resolvió sobre ella.

Algunos publicistas franceses se han pronunciado por otras medidas que sin afectar el régimen de comunidad legal, mejoren la condición de la mujer obrera. Tales medidas consisten en facilitar á la mujer, por cuantos medios se pueda, el acudir á la justicia demandando la separación; cuando esta fuere necesaria, ó la protección debida, cuando el marido descuidase sus deberes ó abandonase á su mujer. Se ha propuesto también el que se conceda á la mujer la facultad de determinar el régimen bajo el cual se casa, por una simple declaración hecha, ante el oficial del estado civil, en el acto del matrimonio.

Según la legislación ecuatoriana, el juicio de separación de bienes es todavía un juicio ordinario y aunque el juez puede tomar las providencias necesarias para asegurar los bienes de la mujer desde que el juicio se inicia, la separación no tiene sus efectos legales sino expedida que sea la sentencia. De desear sería una reforma del Código de enjuiciamientos en este punto, para establecer un procedimiento más sumario.

CAPITULO V

Pasivo de la sociedad conyugal. Deudas de los esposos. Distinciones entre ellas. Cargas de familia. Recompensas á la sociedad

Eunden sequit debent inconmoda quem sequuntur comoda. Si la sociedad conyugal es la llamada á percibir los frutos de los bienes de los cónyuges, los salarios y los emolumentos del trabajo de ellos, claro es que en compensación debe tener sus cargas.

La primera de ellas consiste en que la sociedad está obligada al pago de las pensiones é intereses, que corran sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio. Igualmente debe pagar las reparaciones usufructuarias de los bienes de cada cónyuge [1]. Si la sociedad es la usufructuaria de los bienes de los cónyuges, nada más justo que el que sean de su cargo esas reparaciones, á las que está obligado todo usufructuario [Arts. 782 y 783. Art. 1730, inciso 1º y 4º]. La sociedad está obligada al pago de las deudas de los cónyuges. Esto es lógico, pues que por regla general, la misma sociedad es usufructuaria de todos los

[1] La redacción de los incisos 1º y 4º del art. 1730 del Código civil, no puede ser más incorrecta. El primero de ellos habla de las *pensiones é intereses* que corran contra la sociedad; esta enunciación es inútil, pues no cabe ni remota duda de que no ha de ser con el patrimonio particular de los cónyuges que se han de pagar esas pensiones é intereses. El inciso 4º habla de *los bienes sociales de cada cónyuge*. Es esta una frase contradictoria. Si los bienes son sociales no son de cada cónyuge y vice versa. Probablemente se quiso determinar los bienes cuyo solo usufructo tiene la sociedad. El Código chileno usa de términos iguales. En el Código francés se habla solo de "las reparaciones usufructuarias de los inmuebles que no entran en comunidad" [Art. 1409]. Se ha creído con razón que las reparaciones usufructuarias de los inmuebles que forman parte de la comunidad, no son propiamente pasivo de ésta, sino espensas inherentes á la administración.

bienes de ellos y se aprovecha de todas sus rentas. Pero hay que hacer una importantísima distinción en este punto: hay deudas que la sociedad paga sin derecho á compensación alguna; hay otras, por el contrario, en las que el pago está sujeto á compensación, por parte del cónyuge cuya deuda se ha pagado. En el primer caso, la deuda forma parte realmente del pasivo social, el valor de ella sale del haber social sin derecho á repetir contra nadie. En el segundo caso es más bien un préstamo el que hace la sociedad; el pago se hace de los fondos sociales; pero no hay sino un anticipo, una sustitución de un acreedor á otro. Y así no puede decirse en realidad que esas deudas formen parte del pasivo.

A la primera clase, esto es á las deudas que verdaderamente gravan el haber social corresponden las que señala el inciso 2º del artículo 730 del Código civil, esto es: "las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, ó por la mujer con autorización del marido, ó del juez en su caso, y que no fueren personales de aquel ó de ésta, como lo serían las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior."

Para que estas deudas graven el pasivo social, según se desprende del espíritu de la ley se necesita, pues, que sean contraídas *durante el matrimonio*, que lo hayan sido en *legal forma*, esto es, que de ser la mujer la obligada, lo haya sido con la autorización debida, y finalmente que la deuda no sea *puramente personal*.

Si la sociedad debe pagar las deudas, no personales, contraídas debidamente durante el matrimonio por los cónyuges, consecuencia lógica de esa obligación es la de que ha de estar obligada al lasto de toda fianza, hipoteca ó prenda constituida para asegurar esas deudas por cualquiera de los cónyuges.

No es esto lo que dice el inciso 2º del artículo 1730 del Código civil, pero eso es lo que debiera decir. ¿Por qué excluir el lasto de las fianzas, hipotecas ó prendas constituidas por la mujer con autorización del marido? Por qué ha de pagar la sociedad las fianzas, hipotecas ó prendas constituidas por el marido para asegurar sus deudas personales? Se trata precisamente de pagos sin derecho á compensación. La ley es cierto habla de "con la

misma limitación." Pero ¿cuál es esa limitación? Teniendo dos limitaciones el primer inciso del artículo citado, lo natural es que el segundo se refiera á la primera, esto es, la de que las deudas sean contraídas "durante el matrimonio."

La sociedad, según el artículo 1730 del Código civil, está obligada al pago de las deudas contraídas por la mujer, con autorización del marido, ó del juez en su caso; pero según el artículo 140 del Código civil, la mujer autorizada por el juez, contra la voluntad del marido, obliga solamente sus bienes propios, no el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta el valor del beneficio que la sociedad ó el marido hubieren reportado del acto. ¿Cómo se concilian estos dos artículos? ¿Deberá la sociedad pagar esas deudas autorizadas por el juez contra la voluntad del marido, pero con derecho á compensación? Creemos que no. De los dos artículos citados el segundo es especial y por consiguiente prevalece: la sociedad no estará, pues, obligada al pago, sino hasta concurrencia del beneficio recibido por ella [1].

A la clase de deudas á las que la sociedad conyugal está obligada, pero con derecho á ser compensada, corresponden *las deudas personales de cada uno de los cónyuges*. La sociedad paga la deuda, pero el cónyuge deudor queda debiendo ese valor á la sociedad. Deudas personales son las contraídas por interés exclusivo de uno de los cónyuges. La misma ley da el ejemplo de ellas: las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. Las *deudas personales*, de que habla la ley, pueden ser contraídas, antes ó después del matrimonio; no se hace distinción alguna.

Punto es este en el que el Código chileno se separó del francés, el cual solo menciona las deudas personales mobiliarias, contraídas antes del matrimonio (2). Excluye, pues, las inmobiliarias y obliga á la sociedad solamente al pago de las primeras, fundándose en el principio, de que allí donde va el activo va también el pasivo mobiliario y de que donde queda el activo inmobiliario queda tam-

(1) Uribe y Champeau. Tratado de Derecho civil colombiano. N.º 404

(2) Art. 1409 del Código civil francés.

bién el pasivo [1]. Este principio no es aceptable según el sistema del Código chileno, el cual hace entrar también inmuebles en el activo social y además de esto, la distinción del Código francés da lugar á discusiones, difíciles en muchos casos, sobre si la deuda es mobiliaria ó inmobiliaria.

Otros Códigos, como el argentino, no determinan el que sea á cargo de la sociedad el pago de deudas anteriores al matrimonio y respecto de las contraídas durante éste, no hacen distinción entre personales y no personales. El beneficiado con este sistema es exclusivamente el marido, pues teniendo él la administración de los bienes sociales, podrá pagar sus deudas, sean estas de la clase que fueren (2).

La sociedad conyugal, como es justo, tiene á su cargo los gastos que ocasiona el mantenimiento de los cónyuges y el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes. (Art. 1730, inciso 3º). También habla el Código civil de "cualquiera otra carga de familia" y expresa luego, que como tal deben mirarse los alimentos que uno de los cónyuges está obligado á dar á sus descendientes ó ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges. Esos alimentos los paga la sociedad, sin derecho á compensación alguna, siendo así que deberían mirarse como una deuda personal, sujetando su pago á reembolso.

El Código francés dice simplemente que la comunidad está obligada al pago "de los alimentos de los esposos, de la educación y sostenimiento de los hijos, y de toda otra carga del matrimonio" [Art. 1402]. Algunos comentadores franceses deducen de aquí que los alimentos debidos por uno de los cónyuges á un hijo natural, reconocido antes del matrimonio, son de cargo de la sociedad; otros opinan lo contrario. El Código chileno es más claro que el francés, puesto que contiene la aclaración que hemos apun-

(1) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Tomo V, § 507.

[2] Dice así el art. 1275 del Código argentino: Son á cargo de la sociedad conyugal: 1º La mantención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado á dar á sus ascendientes; 2º Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido ó de la mujer; 3º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajese la mujer, en los casos en que puede legalmente obligarse; 4º Lo que se diese ó se gastase en la colocación de los hijos del matrimonio; 5º Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuesta.

tado, pero con todo, queda aun allí la frase "cualquiera otra carga de familia" dando lugar á muchas dudas.

El artículo 1730 del Código civil, dice según hemos visto, que la sociedad está obligada al pago del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; pero según el artículo 1734, las expensas ordinarias y extraordinarias de la educación de un descendiente común y las que se hicieren para establecerle y casarle se imputarán á los gananciales. siempre que no constare de un modo auténtico que el marido ó la mujer, con autorización del marido, ó del juez en su caso, ó ambos de consuno, han querido que se sacasen estas expensas de los bienes propios. De suerte que, aunque inmediatamente se saquen esas expensas de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, se entenderá que se hacen á cargo de la sociedad, á menos de declaración contraria.

Cuando estas expensas se han hecho por el marido, sin reclamación ó contradicción de la mujer, y no consta de un modo auténtico que el marido quiso hacerlas de lo suyo, él ó sus herederos podrán pedir que se les reembolse de los bienes propios de la mujer, por mitad, la parte de dichas expensas que no cupiere en las gananciales. La ley no menciona el caso en el que la mujer haya hecho los gastos, caso en el cual puede ella hallarse en las mismas condiciones que el marido, en cuanto al derecho de pedir el reembolso. Es cierto que á la mujer no le corresponde ordinariamente el hacer esos gastos, pero puede ella estar administrando extraordinariamente la sociedad conyugal, ó puede estar haciendo dichos gastos, por una autorización especial del marido [1].

Según el artículo 1734 inciso 3º, las reglas anteriores respecto á la educación y establecimiento de los descendientes solo tienen lugar, si el descendiente no tuviere bienes propios; pues teniéndolos se imputarán las expensas extraordinarias á sus bienes, en cuanto alcanzaren y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles.

Según el artículo 222 inciso 3º, si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento y en caso necesario los de su crianza y educación, podrán sacarse de

(1) Casares. Instituciones del Derecho civil ecuatoriano. Libro I, página 85.

ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto fuere posible.

Estos dos artículos no guardan la debida consonancia, puesto que según el artículo 1734, solo las *expensas extraordinarias* se han de imputar á los bienes del hijo, sean consiguientes á la crianza y educación, sea al establecimiento de ellos y esto solo, en cuanto le hubiesen sido efectivamente útiles. Según el otro artículo, pueden imputarse aún los gastos ordinarios. ¿Cuál de los dos artículos prevalece en este caso? Creemos que el 1734, por ser especial. El, además, es el mejor fundado en razón. Quizás el inciso 3º del artículo 222 se debe aplicar solo para el caso en el que los padres, y por consiguiente la sociedad conyugal, carezcan en absoluto de bienes con los cuales puedan atender á la crianza, educación, etc., etc., de los hijos.

Los artículos 1731 á 1738 del Código civil, determinan los casos en los que el marido ó la mujer, deben recompensa á la sociedad, es decir en los que quedan deudores de ella, sea por actos de disposición, sea por expensas hechas por la sociedad en los bienes propios de alguno de ellos, etc., etc. Prescindiendo de la consideración de dichos artículos, que no nos dan lugar á observación ninguna, entraremos á considerar el 1738, el cual contiene una reforma respecto de la disposición análoga del Código francés.

La antigua jurisprudencia francesa tenía el axioma de que el marido puede disipar la comunidad no solo *contrahendo*, sino también *delinquendo*. El Código de Napoleón parece que hubiese aceptado algo de esta extraña é injusta doctrina, pues que obliga á la comunidad al pago de las deudas nacidas de delitos del marido, sin recompensa alguna por parte de él y con la sola excepción de las multas. Es cierto que muchos autores deseosos de evitar tamaña injusticia quieren dar una torcida interpretación al artículo 1424 del Código civil francés; pero la mayoría de ellos sostiene el tenor y el espíritu de dicho artículo, el cual solo habla de las multas (amendes) (1).

Con razón el Código chileno se separó en este punto

[1] Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés según el método de Zacarías. Tomo V, § 509.

del Código francés, concediendo recompensa á la sociedad por el pago que haga ésta, sea de las multas, sea de las reparaciones pecuniarias, é igualando en este sentido las obligaciones de los dos cónyuges. La distinción que hace el artículo 1424 del Código civil francés, gravando á la comunidad con el valor de las multas al marido impuestas y estableciendo que las impuestas á la mujer se puedan perseguir solo sobre los bienes personales de ella, carece absolutamente de razón.

CAPITULO VI

La administración ordinaria de la sociedad conyugal. Los poderes del marido sobre los bienes sociales. Reformas introducidas en algunas legislaciones al respecto. La administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

El Código chileno, y el ecuatoriano por consecuencia, siguieron al Código francés en cuanto á la extensión concedida á las facultades del marido, en lo que á los bienes sociales atañe. Los legisladores franceses procedieron inspirados en el principio de que la autoridad del marido, como jefe de la sociedad conyugal, es autoridad absoluta. El marido puede disponer á su arbitrio de los bienes sociales; respecto de terceros el marido es dueño de dichos bienes; ellos, en fin responden de las deudas contraídas por el marido, como responderían sus bienes propios (Arts. 1421 y siguientes del Código civil francés) [Arts. 1739 á 1754 del Código civil ecuatoriano].

Indudablemente el marido y la mujer, como asociados que son en la sociedad conyugal, no pueden tener, como pasa en las demás sociedades, derechos iguales, pues el marido, á su calidad de asociado, reúne la de jefe en el matrimonio y la primera calidad no le puede privar de la otra. De aquí el que en las legislaciones que reconocen la autoridad del marido en toda su plenitud, las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal, no sean en realidad sino una exposición de las facultades de que el marido está investido y asimismo una exposición de las reglas que informan la obediencia de la mujer. Los antiguos autores franceses, como Dumoulin, Pothier, y entre los modernos algunos como Laurent [1] apenas si dan á

(1) Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo I, cap. II.

la mujer una *simple esperanza*. Dicha esperanza es la de que, á la disolución de la sociedad, asumirá ella el verdadero carácter de asociada, para el efecto de la repartición de las gananciales. Dumoulin decía: *Non est proprie socia, sed speratur fore.*

Algunas legislaciones, sin dejar de reconocer los principios en los que la autoridad marital reposa, han procurado, no obstante, aumentar en algún tanto los derechos de la mujer en la dirección de las operaciones sociales, tratando de buscar un justo medio entre las prerogativas del marido y la protección debida á los intereses de la mujer.

Entre las legislaciones que han tomado la iniciativa de la reforma en punto tan importante de Derecho civil, debemos citar en primer término el Código del Portugal de 1867, pues es el que dejando subsistente la comunidad como régimen legal, ha ido más adelante en la participación concedida á la mujer, en la dirección de las operaciones sociales. Así aunque el marido, según dicho Código, es señor absoluto de los muebles pertenecientes al haber social y puede en esa virtud, disponer de ellos, como le plazca; no puede enajenar, ni gravar, bajo cualquiera forma que sea, los inmuebles de la comunidad, sin la autorización de la mujer. En el caso en el que la mujer se oponga sin motivo suficiente queda expedido el recurso á la justicia y la autorización de ésta suple la de la mujer.

La enajenación de los inmuebles puede verificarse de una manera directa ó de otra indirecta; la primera resulta de un contrato expreso; la otra viene como consecuencia de obligaciones personales contraídas. Para impedir esta enajenación indirecta el Código portugués ha establecido que la comunidad no está obligada al pago de las deudas contraídas por el marido, sino cuando esas deudas hubieren sido autorizadas por la mujer.

De la misma manera que el Código francés el portugués admite el sistema de la autorización marital. Lo mismo que en la legislación francesa y en donde quiera que se reconoce el régimen de comunidad, el marido tiene la administración de los bienes de la esposa, la que no puede enajenarlos sin el consentimiento de aquel. Pero por un principio de igualdad, el Código portugués da á la mujer un derecho análogo sobre los bienes que constituyen el patrimonio particular del marido. Este no puede, pues,

enajenar sus bienes propios sin la autorización de su esposa. De suerte que, conforme á la legislación portuguesa, el marido es el jefe de la comunidad, según la ley; pero sus derechos como asociado, y en lo que á la sociedad conyugal se refiere, son iguales á los derechos del otro asociado, la mujer.

Como se ve el Código portugués procura que la sociedad entre los esposos, sea una sociedad basada en perfecta igualdad. La esposa, por la autorización que debe pedirle el marido, en determinados casos, está al corriente de todo lo que le interesa en las operaciones sociales, y tiene recursos suficientes para oponerse á las imprudencias y dilapidaciones del marido. Pero, en cambio, concedidas ya esas ventajas á la mujer, como verdadera asociada del marido, y verificadas las operaciones sociales de importancia, con el concurso de ella, natural es que corra la misma suerte y esté sujeta á las mismas contingencias. Los actos provenientes de una mala gestión, deben perjudicarle en la misma forma que al marido, ya que ha tenido recursos suficientes para evitar esa mala gestión. No puede, pues, la mujer renunciar á la comunidad, ni aceptarla con beneficio de inventario.

Examinado este sistema del Código portugués, que llama justamente la atención por su originalidad; comparado con los principios en los que debe inspirarse una sana legislación, y puestas, por el momento, á un lado las consideraciones que pudieran derivarse de las conveniencias y del modo de ser de cada pueblo, preciso es convenir en que con tales restricciones al marido impuestas, la autoridad de éste es casi nula. Esa autorización de la mujer necesaria al marido en tantos casos, no es solo el completo menoscabo de su autoridad, sino un obstáculo constante para que el marido pueda dirigir debidamente los negocios sociales. Aun en las sociedades civiles ordinarias, el gerente procede en representación de la sociedad de que él es jefe, y no tiene necesidad de la autorización de los socios para cada caso. Ahora bien, si esto pasa en las sociedades civiles ordinarias ¿podrá admitirse que se den al marido menores atribuciones legales que las que tiene el gerente de una sociedad civil ó mercantil cualquiera?

Aun económicamente hablando, tendrían malas consecuencias las restricciones indebidas impuestas á la auto-

ridad del marido, El espíritu de empresa que el marido pudiera tener se paralizaría, tal vez, por una oposición rutinaria de la mujer á los proyectos que tuviera aquel. Queda el recurso, se dirá, de exponer esos proyectos ante el juez; pero esa exposición equivaldría en muchos casos á echar á perder los proyectos dichos, y muchos renunciarían á ellos, antes que sujetarse á tal formalidad. Además, como las deudas por el marido contraídas, no pueden ejecutarse sobre los bienes sociales no hay duda de que el crédito del marido disminuiría considerablemente.

Las reformas pues del Código portugués, mal pueden tener cabida en legislaciones en las que subsiste aún la autoridad marital y en las que se la reconoce como esencial en las relaciones entre cónyuges.

Algunos de los jurisconsultos franceses, deseosos de no introducir reformas que afecten radicalmente al sistema legal de comunidad, pero deseosos también de dar á la mujer, en casos graves, participación importante en los actos administrativos del marido, han propuesto el introducir en el Código civil francés, las siguientes disposiciones:

1.^a Que se prohíba al marido el hacer donación alguna de los bienes sociales, sin el consentimiento de la mujer.

La facultad de hacer donaciones, se ha dicho, es la fuente principal de los abusos del marido, sobre todo en las clases obreras. Según el Código civil del Ecuador, el marido ó la mujer deben á la sociedad el valor de toda donación que hicieren de cualquiera parte del haber social (Art. 1732), salvo ciertas excepciones. Con esta disposición creemos suficientemente garantizados los derechos de la mujer y prevenidos los posibles abusos del donante.

2.^a Que se prohíba al marido la enajenación de los *inmuebles sociales* sin el consentimiento de la mujer ó del juez en su caso.

Las razones, se dice, que hay para permitir al marido solo la enajenación de los bienes muebles, no existen tratándose de los inmuebles. La transmisión de las cosas muebles se paralizaría por la necesidad del concurso de la mujer á los actos del marido, y como ese concurso, de ordinario, sería verbal, no quedaría prueba alguna de él y podrían producirse incertidumbres perjudiciales y que ocasionarían litigos. No pasa lo mismo con la transmisión de los inmuebles; en la naturaleza de éstos está el hacer esas

trasmisiones más raras. Siendo además de una importancia que no tienen las trasmisiones de cosas muebles, suelen ser precedidas de madura reflexión, y en la mayoría de los Códigos las acompañan formalidades solemnes y escritas. La intervención de la mujer es fácil entonces y siendo necesaria para resguardar sus capitales intereses, debe ser prescrita por la ley. Hay también ciertos bienes muebles que por su importancia y por su naturaleza, pudieran asimilarse á los inmuebles, como algunos títulos nominativos, fondos de comercio, etc., etc.

No hay duda de que las razones alegadas en pro de esta reforma, tienen grandísimo peso y así ella pudiera adoptarse, con ventaja, en la legislación ecuatoriana, sin causar perturbación en el sistema general adoptado por ella. Entonces habría que empezar por derogar el artículo 1742 del Código civil, que no es sino la consagración de los principios de la escuela francesa, expuestos ya.

3ª. Que se dé á la esposa una autoridad independiente y propia de ella, en lo concerniente al arreglo de los gastos interiores de la casa. Es decir que no tenga la mujer necesidad, en lo que á esos gastos concierne, de autorización alguna del marido, sino que obre por su propio derecho. Mediante esta innovación, se dice, la mujer vendría á ser la verdadera asociada del marido y no habría absorción de la personalidad de la primera por la del segundo.

Esta reforma tiene, á no dudarlo el gravísimo inconveniente de destruir el principio de unidad en la familia. Esa autoridad independiente, concedida á la mujer en cualquier grado que fuese, rompería el principio de unidad, esencial en el matrimonio. En la sociedad conyugal solo puede existir una autoridad y esa autoridad corresponde al marido.

Entre las disposiciones, mediante las cuales el Código civil reglamenta la administración ordinaria de la sociedad conyugal, merece muy especial atención la del artículo 1744, tomado literalmente del artículo 1754 del Código chileno.

La ley tenía que preocuparse de garantizar eficazmente los bienes de la mujer, ajenos á la comunidad y respecto de los cuales el marido es solo administrador, tratando al mismo tiempo de que no fuesen ellos, como fueron los

bienes dotales en las legislaciones que siguieron al derecho romano, del tiempo de Justiniano, absolutamente inalienables (1), pues esa inalienabilidad absoluta, es siempre perjudicial á los intereses económicos de la sociedad. Pueden además, llegar casos en los que los mismos intereses de la mujer, exijan la enajenación. En la sabiduría de la ley está por lo mismo, el determinar los casos de la enajenación, de suerte que ni sean tan frecuentes que la mujer pueda perjudicarse, ni tan raros que se hagan imposibles, cuando son necesarios.

Ante todo se impone el consentimiento de la mujer para la enajenación de sus inmuebles propios. Esta es la primera garantía para ello. En segundo lugar, la enajenación debe ser autorizada por el juez y éste solo puede dar la autorización por causas que justifiquen la enajenación ó hipoteca, las cuales solo pueden ser.

1º Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales.

2º Necesidad ó utilidad manifiesta de solo la mujer, y no de la sociedad conyugal.

Examinemos estas causales. La primera de ellas no puede ser más lógica. Si por las capitulaciones matrimoniales, y mediante una estimación de los inmuebles dotales, que equivale á una venta, ellos pasan á ser parte del haber social y el marido puede enajenarlos á su arbitrio, claro es que con mayor razón podrá estipularse el que pueda enajenarlos con el consentimiento de la mujer y la autorización judicial. Esta causal es la misma determinada por el artículo 1557 del Código francés, tratándose de los inmuebles dotales.

Si esa facultad de enajenar los inmuebles propios de la mujer, concedida en las capitulaciones matrimoniales, va acompañada de una condición cualquiera, como la de que el precio de la enajenación se invierta en determinada compra, no sólo el juez deberá suspender su autorización hasta cerciorarse de que se llenará la condición dicha, sino que si no se llena, y á pesar de ello el juez otorga la

(1) Augusto había distinguido entre el fondo dotal itálico y provincial y entre la hipoteca y la venta. Justiniano abolió esas distinciones.

autorización, la enajenación será nula y la mujer podrá alegar (1) la nulidad.

La segunda causal es justa también. Hay casos en los que la enajenación ó la hipoteca de los bienes propios de la mujer, son reclamados imperiosamente; en los que, para esa enajenación ó hipoteca, pueden mediar, aún deberes de orden superior.

El Código francés determina taxativamente, al hablar de los inmuebles propios de la mujer, las causas que pueden justificar la enajenación ó hipoteca que son las siguientes:

1º Facultad concedida para ello en el contrato de matrimonio;

2º Empleo de los bienes ó de su producto en el establecimiento de los hijos que la mujer ha tenido de un matrimonio anterior, pero siempre que para dicha inversión cuente la mujer con el consentimiento del marido;

3º Empleo de dichos bienes en el establecimiento de los hijos comunes;

4º Necesidad de libertar de prisión al marido ó á la mujer;

5º Necesidad de alimentos para la familia, en los casos previstos por la ley;

6º Necesidad de pagar las deudas de la mujer ó de aquellos que han constituido la doté de ésta, cuando las deudas tienen una fecha cierta, anterior al matrimonio;

7º Necesidad de reparaciones para la conservación del inmueble dotal;

8º Cuando el inmueble dotal se encuentra indiviso con terceros y la división está justificada (2).

¿No sería mejor que el Código ecuatoriano enumerase también taxativamente estas causales, en lugar de hablar de una manera general de necesidad ó utilidad manifiesta de sólo la mujer? Creemos que no: estando como está sometida la autorización el criterio del juez, mejor es dejar á dicho criterio, la apreciación de las causas justificativas de la necesidad ó utilidad manifiesta, causas que pueden ser muy variadas y numerosas. El Código fran-

(1) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés según el método de Zacarías. Tomo V, § 397. Mourlon, Repeticiones. Tomo III, pág. 537.

(2) Código civil francés. Art. 1555 y siguientes.

cés no exige siempre la autorización de la justicia para la enajenación de los inmuebles de la mujer, y siendo así, tenía que determinar las causas que autorizan la enajenación ó la hipoteca. Hay que tener también en cuenta la diferencia de sistema, ya que el Código ecuatoriano no admite el sistema dotal francés, y apenas si caben ciertas analogías en algunas disposiciones.

A las condiciones que prescribe el Código civil para la enajenación de los inmuebles de la mujer, deben añadirse las que señala el Código de procedimientos civiles, de suerte que la enajenación se hará en pública subasta, etc., etc. (Art. 841 del Código de Enjuiciamientos civiles).

Generalmente los bienes muebles entran á componer el haber social y el marido, respecto de terceros, es el dueño de ellos; pero cuando se exime de la comunión alguna especie mueble, ésta debe restituirse en especie y para la enajenación se necesitará el consentimiento de la mujer simplemente. Al que adquiera la especie mueble, le corresponde el dejar constancia de ese consentimiento para no dejar campo á posteriores alegaciones.

¿La autorización de la justicia, el consentimiento de la mujer, etc., etc., son formalidades prescritas solo en bien de la mujer misma y podrá validarse el acto al que tales formalidades han faltado con solo la ratificación de la mujer ó de sus herederos? Según se deduce del artículo 1746, aquí se trata de una nulidad simplemente relativa, sea que hubiese faltado el permiso judicial, sea que hubiese faltado el consentimiento de la mujer, en fin uno de los requisitos señalados en los artículos 1744 y 1745. Esto que nos parece obvio, si lo que ha faltado es el consentimiento de la mujer, no lo encontramos así, respecto del permiso judicial. Este lo ha prescrito la ley por un motivo de orden público para garantizar la propiedad inmueble de las mujeres casadas y en consideración á los intereses generales de familia y la nulidad debiera ser absoluta cuando ha faltado la autorización judicial. Sin embargo, á juzgar por el sistema general del Código civil, y sobre todo, en atención á los términos en los que está concebido el art. 1746, creemos que también en este caso la nulidad es relativa.

Y ¿qué diremos de cuando la mujer alega que aunque ha habido autorización judicial, la necesidad ó utilidad

manifiesta no se han probado? Se concederá á la mujer la acción reivindicatoria de que habla el artículo 1746? Autores hay que opinan que sí (1): pero en nuestro concepto no corresponde acción ninguna á la mujer cuando el permiso judicial ha sido dado en forma y ella ha consentido aunque el juez haya apreciado mal las causales. La ley deja al criterio del juez esa apreciación, y bien ó mal hecha surte efectos definitivos. De otro modo nunca podría estar seguro el comprador de una especie, que perteneció á mujer casada.

La acción reivindicatoria que puede intentar la mujer, es consecuencia de la declaratoria de nulidad según la regla común del artículo 1679 del Código civil, pero la acción de nulidad y de reivindicación pueden entablarse conjuntamente.

Por lo demás, nada más justo que el recurso que la ley concede á la mujer, para ser interdicada sobre los bienes del marido, cuando no quiera ejercer su acción contra terceros. Así puede ella elegir de los varios recursos que tiene el que más le convenga.

Cuando el marido se halla en imposibilidad de administrar la sociedad conyugal, la ley llama á esa administración á la mujer, con lo cual el Código está reconociendo que la incapacidad de la mujer casada, no es verdaderamente tal.

El principio legal de esa *administración extraordinaria* de la mujer, está en el discernimiento de la guarda que se le confiere, sea de la persona misma del marido, en caso de interdicción de éste, sea de sus bienes en caso de ausencia. No puede, pues, la administración extraordinaria de la mujer, existir sin la curaduría, en lo cual hay lógica; puesto que sería imposible la marcha armónica de los intereses del marido, y de los de la comunidad, con esa doble administración, la de la mujer por una parte, la del curador por otra. Si la mujer no quiere ejercer la curaduría, tampoco podrá tener la administración extraordinaria de la sociedad. Y entonces, tiene en cuanto á esa administración concierne, que someterse á la dirección del guardador nombrado, ó bien puede pedir la separación de bie-

(1) Vera. Estudio del Código civil chileno. Art. 1756.

nes, en virtud del derecho que el artículo 1752 del Código civil le confiere.

La mujer no puede ejercer la guarda del pródigo [Art. 439 del Código civil]. Por consiguiente no puede tener la administración extraordinaria de la sociedad conyugal en este caso. Si es menor de 21 años no podrá tampoco pedir separación de bienes, y tendrá que aceptar la dirección del curador del marido. La ley ha procedido con acierto al impedir que la mujer fuese curadora del pródigo, por las influencias á que podría estar sujeta, así como también, al negar el derecho de pedir la separación de bienes á la mujer del pródigo, si fuera ella menor de 21 años.

El marido menor de 21 años, necesita en general de curador para la administración de la sociedad conyugal. En este caso es evidente que la mujer tiene por necesidad que sujetarse á esa administración sin tener la facultad de pedir la separación de bienes, concedida por el artículo 1752.

La mujer menor de 21 años no puede ser guardadora [Art. 489 del Código civil], y no podrá tener la administración extraordinaria de la sociedad conyugal en caso alguno. Tampoco creemos que pueda pedir la separación de bienes, hasta cumplir la mayor edad, de suerte que el inciso 2º del artículo 439 no contiene en realidad una disposición, especial solo al pródigo. El artículo 1752 supone habilidad en la mujer para ejercer la guarda.

En cuanto á la ausencia, cuando esta llega á ser tan larga que dé lugar á la presunción de muerte por desaparecimiento, ocasiona la terminación de la sociedad conyugal, según lo veremos luego.

La administración extraordinaria de la mujer viene á suplir la del marido, y así es natural que esté revestida de análogas facultades. Asimismo no quiere la ley que se prescinda de la autorización judicial, en los casos en los que el marido la necesitaría, con lo cual la misma ley nos está manifestando que la autorización judicial se ha prescrito, no sólo en consideración á los intereses particulares, sino á los generales de la familia.

Como precaución especial y recíproca en pro de los intereses del marido, cuando la mujer tiene la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, establece el Código que la mujer no pueda enajenar los bienes raíces

del marido, sin autorización especial del juez, previo conocimiento de causa. [Art. 1749].

La administración extraordinaria de la mujer, dentro de los límites que la ley señala, se reputa administración del marido; los actos de la mujer, en ejercicio de dicha administración se consideran, como del marido mismo, y surten los mismos efectos legales. Solo cuando la mujer procede en provecho propio, habrá contra ella la acción de *in rem verso*. Por lo demás, la prueba de que tal acto ha cedido en provecho solo de la mujer, y no de la sociedad, cuando ella es la administradora de ésta, será siempre bien difícil.

Si vuelve el marido ausente, si el demente recobra el juicio, etc., etc., vuelve el marido á tomar la administración de la sociedad; pero la ley no quiere que se verifique esto de hecho, sino mediante decreto judicial. Esta es la única manera de determinar el punto fijo en el que termina la administración extraordinaria de la mujer, y de evitar en consecuencia fraudes y confusiones.

CAPITULO VII

Disolución de la sociedad conyugal. Casos en que se efectúa. Repartición de los gananciales. Privilegios de la mujer en dicha repartición. Renuncia de los gananciales. Régimen legal cuando la renuncia ha sido anterior al matrimonio. Derecho preferente de la mujer sobre los bienes del marido para hacer efectivas sus acreencias.

La sociedad conyugal es consecuencia natural del matrimonio, y salvo casos excepcionales, dura lo que éste. Su término ordinario está pues, en la disolución del matrimonio; ó sea en la muerte de uno de los cónyuges. Cuando el matrimonio se declara nulo, propiamente la sociedad conyugal no se disuelve, pues que no puede disolverse lo que, de derecho, no ha existido. La disolución en este caso es una disolución simplemente de hecho, y en este sentido debe entenderse el artículo 1754 del Código civil.

Hay no obstante, casos en los que el matrimonio no se disuelve, pero sí la sociedad conyugal y esto acontece, según el Código civil ecuatoriano, por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, por la sentencia de divorcio y por la separación total de bienes.

El divorcio y la separación de bienes hacen imposible la comunidad de intereses materiales entre los cónyuges, según lo hemos visto ya, y según lo veremos aún en los dos capítulos finales de este tomo. En cuanto á la presunción de muerte por desaparecimiento, como causal para la disolución de la sociedad conyugal, haremos algunas observaciones.

El inciso 2º del artículo 1754 del Código civil se refiere al título "*Del principio y fin de la existencia de las personas.*" Ahora bien, según las disposiciones, en ese título

lo contenidas, la sociedad conyugal se disuelve en virtud del *decreto de posesión provisional*. (Art. 81). La fecha de dicho decreto (1) es la de la terminación de la sociedad. No es, pues, la fecha de la muerte presunta la de dicha terminación, sino la de la posesión provisional. Mientras que no haya decreto de posesión provisional el desaparecimiento surte los efectos de mera ausencia, y la mujer toma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, si es el marido el desaparecido; ó continúa el marido en la administración ordinaria, si la desaparecida es la mujer. Esta última puede durante la ausencia, pedir la separación de bienes según el artículo 1752.

Este es el sistema del Código civil, pero observaremos lo siguiente. ¿No sería mejor que la sociedad terminase el día de la muerte presunta, de suerte que la liquidación de gananciales, hubiera de retrotraerse á ese entonces? ¿Cómo se concilia esa continuación de la sociedad conyugal, hasta el decreto de posesión provisional, con el inciso 2º del artículo 82 del Código civil que establece “que el patrimonio en que se presume que suceden los herederos presuntivos, comprenderá los bienes, derechos y acciones cuales eran á la fecha de la muerte presunta?” ¿A quién pertenecen los gananciales desde la fecha de la muerte presunta hasta la posesión provisional?

Creemos preferible el sistema de quienes opinan que la sociedad conyugal debe terminar el día de la presunta muerte. Esto es lo natural, pues no es lógico reputar muerta á una persona en determinada fecha, y sin embargo, reputarla viva, para el efecto de la continuación de la sociedad conyugal. Esos gananciales posteriores á la muerte presunta y divisibles entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro suponen la existencia de una sociedad, que no es la sociedad conyugal, tal como la ley la quiere. Para resguardar los derechos de la mujer ó impedir que se la prive sin el debido derecho de los gananciales, puede seguirse el sistema del Código francés ó del Código argentino, concediendo á la mujer, la facultad de opo-

(1) El Código civil habla de *decreto*. Aquí no cabe decreto sino *sentencia* y así lo entiende Borja en sus estudios sobre el Código civil chileno. Véase el tomo II, Nº 210.

nerse á la disolución de la sociedad [1].

Reaparecido el ausente, claro es que la sociedad conyugal principia otra vez. Pero, nos preguntamos, si ese principio se verifica de hecho ó por decreto judicial, y si tiene ó no efecto retroactivo, de suerte que el cónyuge ausente pudiera alegar derecho á los gananciales. En nuestro concepto, el restablecimiento de la comunidad debe fijarse por una providencia judicial, como el único medio de evitar confusiones y fraudes, y de determinar el comienzo del nuevo estado de cosas, y los consiguientes derechos recíprocos entre los cónyuges. Aun, cuando se reconcilian los divorciados, ó cuando, en el simple caso de separación de bienes, vuelve el marido á ejercer la administración de ellos, se necesita decreto del juez, por terminante disposición de la ley. Respecto al efecto retroactivo, no creemos que lo pudiera alegar el ausente, ya que el decreto de posesión provisional *disuelve la sociedad conyugal*, y no la disuelve por una ficción, sino de una manera real. Sería muy difícil además, y muy poco justo, el retrotraer los efectos de sociedad conyugal á la larga época de la ausencia, que dió lugar á la presunción de muerte por desaparecimiento.

Una vez disuelta la sociedad conyugal, la ley establece cómo se ha de proceder á liquidación, procurando ante todo resguardar los derechos de la mujer, pues que por lo mismo que ella no interviene en las operaciones sociales y quizás no conoce el verdadero estado de los negocios del marido, es necesario garantizarla contra un posible fraude.

La primera garantía para la mujer consiste en que, á falta de una renuncia expresa de los gananciales, se entiende que ella los acepta con beneficio de inventario; de suerte que no puede gravarse con las deudas de la sociedad, más allá del beneficio que reporta. Es esta una de las razones por las que exige la ley que disuelta la sociedad se proceda inmediatamente á la formación de un inventario y tasación de todos los bienes de que usufructuaba ó de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte. [Art. 1755 y 1757 del Código civil].

(1) Art. 120 y siguientes del Código francés. Art. 1307 del Código civil argentino. Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo I, § 412.

La segunda garantía consiste en la primacía que la ley le concede respecto del marido, para sacar de la masa social, los precios, saldos y recompensas á que tenga derecho. [Art. 1760 y siguientes].

La tercera consiste en que, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, la mujer puede hacer las deducciones que le corresponden de los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo [Art. 1763, inciso 2º].

Finalmente, aun en el caso en el que no se exprese que la aceptación de gananciales es con beneficio de inventario, la mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la mitad de gananciales. (Art. 1767).

Una legislación, como la ecuatoriana, que siguió á la francesa en cuanto á la amplitud con que reconoció los derechos del marido; que hizo á éste señor absoluto de los bienes sociales, y con omnímodas facultades en cuanto á la dirección de la sociedad, tenía en compensación que proteger á la mujer, una vez disuelta la sociedad, contra los efectos de una administración en la que no tuvo ella la más pequeña ingerencia. La lógica de la ley lo exigía así; así como lógicas son también las legislaciones, que después de conceder á la mujer la facultad de intervenir en la dirección de los negocios sociales; después de hacerla verdadera asociada del marido, con iguales derechos que éste; la igualan también en lo concerniente á la disolución de la sociedad, repartición de gananciales, etc., etc.

Una vez disuelta la sociedad, la mujer mayor ó sus herederos mayores, tendrán la facultad de renunciar los gananciales á que tuvieren derecho. La ley, al permitir esta renuncia, no ha querido favorecer al marido, sino á la misma mujer, pues pudiera suceder que la aceptación de los gananciales pudiera ocasionarle más tarde dificultades y litigios; cuando menos la obligación de probar la cuantía de ellos, demandada que fuere la mujer, por deudas de la sociedad.

El marido no puede renunciar los gananciales, ni antes ni después de la sociedad. La ley, al permitir la renuncia á la mujer solo, tácitamente está prohibiendo la del marido, en lo cual hay mucha razón. La renuncia de los gananciales por el marido, hecha antes del matrimonio destruiría la sociedad conyugal misma, quitaría al marido, el carácter administrador y de usufructuario de los bienes de

la mujer, que le da la ley en beneficio de los intereses comunes de la familia. La renuncia posterior podría tener por objeto el eximirse también de las obligaciones que la ley le impone. El podrá hacer donación, como á bien tenga, de sumas ó especies determinadas que se le adjudiquen á título de gananciales; pero no renunciar en general dichos gananciales.

La renuncia de la mujer á los gananciales, puede ser hecha antes del matrimonio. “La mujer, dice el artículo 1709 del Código civil, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho á los gananciales, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio ó después de la disolución de la sociedad.” La sola renuncia que la ley prohíbe á la mujer, es la que hiciera durante el matrimonio, pues que la mujer mientras dura el matrimonio es incapaz de acto alguno civil, sin la autorización de su marido, y mal puede éste autorizar un acto que cede en su exclusivo provecho. Ni aun la autorización judicial valdría; la prohibición es absoluta.

Ahora bien, aquí se presenta una grave cuestión y es la de saber si á pesar de la renuncia de los gananciales, hecha por la mujer antes del matrimonio, subsiste la sociedad conyugal. Del tenor del Código civil se deducen razones en pro y en contra.

La mujer *no obstante la sociedad conyugal*, dice el artículo 1709, ya citado, del Código civil. Según el tenor literal de este artículo, la sociedad subsiste. Subsiste también á juzgar, por los términos generales del artículo 129, que declara, que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

El artículo 1743 del Código dice: “Aunque la mujer en las capitulaciones matrimoniales renuncie los gananciales no tendrá la facultad de percibir los frutos de sus bienes propios; los cuales se entienden concedidos al marido para soportar las cargas del matrimonio, pero con la obligación de conservar y restituir dichos bienes.” Según este artículo la sociedad conyugal desaparece, por la renuncia de los gananciales, pues de otro modo la disposición, que acabamos de copiar, sería completamente inútil. A esto se agrega que el mismo Código en el artículo 2042, prohíbe toda sociedad sin participación de beneficios, y declara que no se entiende por beneficio el puramente moral,

no apreciable en dinero.

Difícil, es pues, la resolución del punto, por la deficiencia del Código sobre el particular, pero son tan fundadas en justicia las razones alegadas en contra de la existencia de la comunidad, cuando la mujer renuncia los gananciales antes del matrimonio, que nosotros nos inclinamos á creer que en este caso la sociedad no existe.

Pero, si no hay comunidad de bienes entre los esposos; si tampoco separación de bienes, puesto que el marido tiene la administración y el usufructo de los bienes de la mujer ¿qué régimen es aquel al que en el presente caso los esposos están sujetos? Cuáles son las disposiciones que reglamentan sus relaciones en lo que á los bienes concierne? El Código civil ecuatoriano no lo determina, como tampoco el chileno y encontramos un vacío notable en esta materia.

A nuestro modo de ver, cuando la mujer ha renunciado los gananciales antes del matrimonio, se establece entre los esposos un estado de cosas que viene á constituir lo que en el Código francés se llama el *régimen sin comunidad* [1]. Este régimen está perfectamente reglamentado por las disposiciones de la sección X del citado Código francés; de suerte que no caben, según la legislación francesa las dudas que se desprenden del Código civil ecuatoriano.

El régimen, sin comunidad, del Código francés, se distingue del régimen de separación de bienes; en primer término, por la administración y el usufructo de los bienes de la mujer, concedidos al marido, administración y usufructo que conserva también, según la legislación ecuatoriana, el marido, cuya mujer ha renunciado los gananciales.

Debemos advertir eso sí, que según el Código francés, la renuncia de los gananciales no es permitida sino disuelta la sociedad conyugal; de suerte que el *régimen sin comunidad*, no es de la renuncia de los gananciales anterior-

(1) Dice así el artículo 1530 del Código francés: "La cláusula en la que se estipule que los esposos se casan sin comunidad, no da á la mujer el derecho de administrar sus bienes ni de percibir los frutos de éstos; estos frutos se reputan concedidos al marido para sostener las cargas del matrimonio." Como se ve hay mucha analogía entre este art. y el 1743 del Código civil ecuatoriano.

res al matrimonio de lo que se desprende, sino de un pacto expreso [1].

Para concluir este capítulo, nos falta únicamente el estudiar cuáles son los derechos que el Código civil ecuatoriano concede á la mujer, para garantía de los derechos que le corresponden, en caso de un concurso de acreedores contra el marido; esto es, cuando los bienes del marido no son suficientes para cubrir todas sus deudas.

Según el Código francés, los inmuebles del marido están afectados por una hipoteca tácita impuesta por la ley á favor de la mujer. Esa hipoteca existe por solo el ministerio de la ley y corresponde á la mujer independientemente de toda convención y sin el concurso de su voluntad [2].

Esa hipoteca legal establecida en el derecho francés, en favor de la mujer casada, se distingue por dos caracteres: 1º Es general, es decir recae sobre todos los inmuebles del marido, sin distinción alguna; 2º No necesita de publicidad y existe, por consiguiente, con independencia de toda inscripción.

El Código chileno y con él el ecuatoriano, siguieron otro sistema enteramente distinto. El sistema de la hipoteca tácita sobre los bienes del marido no fué aceptado y simplemente se concedió á la mujer casada, acreedora del marido, un derecho de preferencia, en caso de concurso, derecho que en ningún caso prevalece sobre el de los acreedores hipotecarios.

Ahora bien, ¿el sistema del Código chileno será preferible al del Código francés? Y ya que se prescindió de la hipoteca tácita del derecho francés, habrá alguna razón para reconocer aún á la mujer un derecho preferente sobre los bienes del marido?

La hipoteca tácita del Código francés, tiene en primer lugar el inconveniente de destruir el crédito del marido. Esa hipoteca, por los fraudes á que da lugar, será siempre un obstáculo para el desarrollo de los negocios de aquel. Los terceros llamados á tratar con él, temerán con razón tal hipoteca, cuya cuantía no se sabe, ni puede saberse, y que llegado el caso puede ser causa de una evicción. Es

(1) Art. 1483 del Código civil francés.

(2) Art. 2121 del Código civil francés.

pues, la hipoteca tácita según lo reconocen distinguidos comentaristas franceses, origen de fraudes y causa de intertumbre en las operaciones del marido [1]. Es, sobre todo, esencialmente injusta, pues concedida con esa ilimitada amplitud, es causa de que queden postpuestos acreedores, cuyos derechos son más sagrados aún, que los de la mujer misma.

En Francia, bajo el imperio de una legislación que de tal suerte destruía el crédito del marido, quienes con éste querían tratar, sin temor á la hipoteca oculta, exigían la renuncia de la mujer á dicha hipoteca, para todo contrato importante. Esto, que al parecer es una garantía para la mujer, pues que así su intervención se impone en todo contrato de alguna importancia, en realidad no es tal, si se atiende á que, en la mayoría de los casos, esa renuncia de la mujer será inconsulta y efecto de indebidas sugeriones, cuando no de presión ejercida por el marido. Aun más, se han visto muchos casos en los que la mujer no solo renuncia su hipoteca, sino que se obliga solidariamente ó subroga á un tercero acreedor en sus derechos. Como consecuencia, viene ella á quedar responsable, con su propio patrimonio, de las obligaciones contraídas por el marido.

La ley francesa de 1889, sobre reformas hipotecarias ha tratado de remediar tamaño mal, exigiendo que las cesiones ó subrogaciones de hipoteca legal, ó la renuncia de ella, se hagan por acto auténtico; pero el mal no ha desaparecido con tal medida. La intervención del oficial público ante el cual se otorga ese acto auténtico, no alcanzará á impedir los daños indicados. La mujer que quiera sacrificar sus derechos en provecho de su marido lo hará, sea ó no auténtico el acto que se le exija.

Nos refiere un actor francés, que en una época menos corrompida, Felipe le Bel, creyó hacer mucho en pro de los intereses de la mujer francesa, encargando á los tabeliones el cuidado de explicar á las mujeres, el peligro de renunciar al privilegio veleyano, adoptado también en Francia; pero que Henrique IV suprimió esa disposición, porque, por inútil, dejaban de cumplirla los oficiales públicos.

Según otros Códigos, la hipoteca legal de la mujer ca-

(1) Thibault. Estudio crítico del Código civil francés. Pág. 355.

sada existe; pero está sujeta á inscripción. Así lo establece, por ejemplo, el Código belga. Según los Códigos de Alemania y de Italia, la hipoteca dicha no sólo está sujeta á inscripción, sino que es especial, esto es, está restringida á determinados bienes del marido.

Finalmente hay legislaciones, como la de España, que dan á la mujer no la hipoteca misma, sino el derecho á adquirirla. De manera que cuando la mujer quiere garantizar sus aportes, ó cuando adquiere, en el curso del matrimonio, acreencias contra el marido, le corresponde el exigir de éste una hipoteca especial.

Ahora, si examinamos el sistema del Código chileno, al cual, como lo hemos observado, siguió literalmente en esta materia el Código ecuatoriano, encontramos que su sistema es, al mismo tiempo que el más justo, el más sencillo. No podría, por lo demás, el Código civil chileno, aceptar la hipoteca tácita, del derecho francés, en favor de la mujer casada, sin perturbar el sistema general, seguido por él en materia de hipotecas, y sin introducir los males de que tanto se han lamentado los autores y los jurisconsultos franceses, hasta el punto de que se ha pensado seriamente ya, en una reforma capital sobre la materia.

En cuanto á la hipoteca especial é inscrita, que admiten otras legislaciones, si esa es una garantía en favor de la mujer, es una garantía en unos casos ineficaz, en otros ocasionada á fraudes. Si la inscripción es anterior al matrimonio, quedan sin protección los derechos de la mujer, adquiridos después, y si esa inscripción se permite durante el matrimonio mismo, ¿cuán incierta es, dependiendo como depende de la sola voluntad del marido y cuántos perjuicios pueden ocasionarse á terceros al abrigo de ella?

Las hipotecas de que habla el artículo 150 del Código civil, entendemos que son hipotecas otorgadas por terceros, pues de otro modo, vendría á tener lugar antes de la separación de bienes, un contrato entre los cónyuges, contrato que no puede legalmente tener lugar. Son pues terceros los que han de prestar las fianzas ú otorgar las hipotecas, para los efectos del dicho artículo 150.

El derecho de preferencia otorgado por el Código civil, á favor de la mujer casada, no destruye el crédito del marido, puesto que tiene sus justos límites y no puede prevalecer en ningún caso contra las hipotecas especiales,

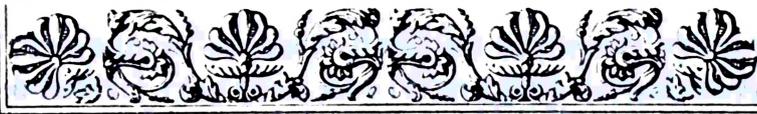
siendo como son éstas, verdaderos derechos de prenda. El derecho de preferencia, garantizando como garantiza los derechos de la mujer, no impide al marido, por el temor infundido á terceros, el constituir hipotecas sobre sus bienes propios ó sobre los sociales, recurso que indudablemente será para él, no solo útil, sino en muchos casos necesario.

Si estamos conformes con el sistema del Código chileno, en cuanto al derecho de preferencia, concedido á la mujer, no así en cuanto á la asimilación de esa preferencia á aquella de que gozan el fisco, los establecimientos nacionales de caridad y educación, las municipalidades, etc., etc., contra los recaudadores y administradores de sus fondos.

Que el derecho de preferencia de que goza la mujer casada, se asimile á aquel de que goza un hijo de familia ó un pupilo, se comprende bien. Difícil sería, puestos en la balanza los deberes del padre para con el hijo y los del marido con la esposa, decir cuales pesan más. En uno y otro caso, son deberes primordiales de familia los que están reclamando protección.

Pero los derechos del fisco, de las municipalidades, etc., etc., aun contra quienes han administrado sus fondos, no pueden encontrarse á la misma altura. La necesidad de protección á las mujeres casadas y á los hijos de familia, no puede tener el mismo grado que la necesidad de protección á aquellas corporaciones. La familia es el fundamento sobre que reposa la sociedad civil; proteger la familia es atender á una de las más imperiosas necesidades sociales. Las municipalidades, el fisco, etc., etc., creaciones son del Estado, dignas sí de garantías especiales, pero no comunes á las que merecen el hijo de familia, el menor adulto y la mujer casada.

La manera de amparar más eficazmente los derechos del fisco, de las municipalidades, etc., etc., respecto de los recaudadores y administradores de sus fondos, debe buscarse en las leyes administrativas y debe consistir sobre todo, en exigir á esos recaudadores y administradores, garantías eficaces. Y en todo caso, si á esas corporaciones se les da un derecho preferente contra los recaudadores y administradores de sus fondos, tal derecho debe venir después del concedido á la mujer casada, al hijo de familia y al menor adulto.



SECCION TERCERA

LA SEPARACION DE BIENES Y EL DIVORCIO

CAPITULO I

Separación de bienes. Puede ser legal, judicial y convencional. El Código civil no reconoce el régimen de separación de bienes convencional. Sistema francés. Sistema anglo-sajón. Reformas apetecibles en el Código civil del Ecuador. Casos en los que según éste se verifican la separación judicial y legal. Facultades de la mujer separada de bienes. Restablecimiento de la administración del marido

— Como anteriormente hemos tenido ocasión de observar, la autoridad marital, mejor dicho el ejercicio de ella, se modifica en virtud del estado anormal de cosas, constituido, ya por la *separación de bienes*, ya por el *divorcio*.

— En uno y en otro caso, la autoridad marital subsiste, pues que el lazo conyugal subsiste también, pero en el caso de separación de bienes esa autoridad está en cierto mo-

do en suspenso, respecto de los bienes de la mujer. En el caso de divorcio, no es ya solo con respecto á los bienes de la mujer, que cesan los derechos del marido; es aún con respecto á la persona misma. La suspensión de la autoridad marital viene ya a ser casi una terminación de ella. En las legislaciones en las que el divorcio se admite como disolución del vínculo mismo matrimonial, claro es que la autoridad marital termina en absoluto.

La separación de bienes, tal como la encontramos en el Código de Napoleón, es no solo un régimen anormal establecido en virtud de sentencia judicial, ó por disposición de la ley, para ciertos casos, sino un régimen ordinario constituido por la libre voluntad de los esposos, previamente al matrimonio. Según el Código civil chileno, no hay régimen de separación de bienes convencional. El espíritu que inspiró las disposiciones de ese Código fué el de que los esposos viviesen en comunidad de bienes, permitiéndoles solamente la separación convencional, respecto de determinados bienes [1].

Ahora bien, no encontramos la razón por la que haya de prohibirse á los esposos el estipular la separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales. La libertad individual debe respetarse en cuanto no dañe á principios superiores de orden público y el régimen de separación de bienes no podemos decir, que por sí mismo apareje tal daño. Está muy bien que no se lo acepte como régimen legal, esto es, como el régimen común al cual deben sujetarse los cónyuges en caso de falta de convenciones, pero muy bien estaría también que el Código civil reconociera en los cónyuges la facultad de casarse bajo el régimen de separación de bienes. Así, esta facultad está hoy reconocida en las legislaciones más avanzadas (2).

Lo único que habría que hacer sería poner á cubierto la autoridad moral del marido, de suerte que el régimen convencional de separación de bienes no llevase consigo la desaparición de la autoridad marital. No convendría aceptar en ningún caso el sistema anglo sajón que considera á la mujer tan independiente "como si ella no se hubiese ca-

(1) Arts. 1536, 1537, 1538 y 1539 del Código civil francés.

(2) Art. 1436 del Código civil alemán. Arts. 50 y 1432 del Código civil español.

sado," pero sí pudiera adoptarse con modificaciones el régimen convencional francés, de separación de bienes. Los principios fundamentales de este último los vamos á exponer en seguida, si bien con la brevedad que los límites de este ensayo nos imponen.

Los bienes que la mujer tiene al casarse, siguen siendo de su exclusiva propiedad. Lo mismo pasa con los que adquiere durante la unión, ya sean rentas de su patrimonio, ganancias de su comercio ó industria, ó bienes adquiridos por donación, herencia ó legado. Por una justa reciprocidad, el marido no tiene obligación ninguna respecto de las deudas de la mujer, anteriores al matrimonio ó contraídas durante éste [1].

La mujer tiene el usufructo de su fortuna; ella percibe y disfruta de sus rentas, pero debe contribuir á las cargas del matrimonio, de conformidad con lo estipulado en las convenciones matrimoniales, y á falta de convenciones, hasta el tercio de sus rentas. Este tercio debe entregarlo al marido para que él atienda á los gastos del matrimonio, sin obligación de rendir cuenta de lo que recibe.

El régimen de separación francés, no aniquila la autoridad marital del marido, pues la mujer queda sujeta á esa autoridad para todo acto de disposición. Precisamente esto es lo que distingue el régimen francés del anglo-sajón, pues según éste la fortuna de la mujer queda exenta, en absoluto, de toda intervención ó vigilancia del marido. La mujer según el régimen anglo-sajón, puede comparecer en juicio libremente, como demandante ó demandada, ya sea *ex-contractu*, ya sea *ex-delicto*, puede obligarse, por contrato, cuasi contrato, aceptar herencias, etc., etc. En fin la autoridad marital desaparece, así respecto de la persona, como respecto de los bienes de la mujer.

Ciertos autores franceses opinan aún que el régimen de separación, tal como la legislación francesa lo reconoce, da al marido, el derecho de intervenir en los *actos de administración* de la mujer (2). Esta opinión, sin embargo, ha sido justamente combatida, pues que el artículo 1536 del Código francés terminantemente concede á la mujer separada de bienes la libre *administración* de

(1) Sirey. Código civil anotado. 1536.

(2) Demolombe. Curso del Código de Napoleón. Tomo IV, pág. 273.

sus bienes muebles é inmuebles y el *libre* goce de sus rentas.

Previas estas observaciones, pasemos á examinar la separación de bienes, tal como el Código chileno la admitió, esto es como un recurso extraordinario concedido á la mujer para la salvaguardia de sus intereses.

La separación de bienes, en primer lugar, puede ser simple separación de bienes ó puede ser efecto del divorcio. Puede efectuarse también, á virtud de un decreto judicial ó por disposición de la ley. [Art. 147 del Código ecuatoriano, 152 del Código chileno]. En uno y otro caso, hablando propiamente, la separación se efectúa por disposición de la ley, pues que los jueces no hacen sino aplicar la ley; pero en el un caso la separación, es efecto inmediato de la respectiva sentencia, en el juicio seguido sobre ella: en el otro caso, mejor dicho, en el único caso en el que tiene lugar la separación legal, ó sea en el de *presunción* de muerte por desaparecimiento, dicha separación es un efecto indirecto de la sentencia de posesión provisional.

La separación de bienes es una garantía que la ley establece, en pro de los intereses de la mujer y de la familia toda. Las legislaciones que aceptan el principio de la incapacidad de la mujer casada, tienen que ser consecuentes protegiéndola, como á otro incapaz cualquiera. Por eso establece el Código civil que la mujer no pueda renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir separación de bienes. Así, pues, según este sistema la mujer no puede pactar, al casarse, el régimen de separación de bienes; pero no puede tampoco renunciar á la facultad de solicitar esa separación, una vez casada. Esta disposición del Código civil se halla, por lo demás, en armonía perfecta con la que determina, al reglamentar las capitulaciones matrimoniales, que éstas no podrán contener estipulación alguna contraria á los derechos y obligaciones que la ley señala á cada cónyuge, respecto del otro ó de sus descendientes comunes.

La separación de bienes, que el juez concede, es en ocasiones, al mismo tiempo que una garantía para la mujer, una pena contra el marido, incapaz ó indigno de ejercer debidamente la administración de los bienes de la mujer. El antiguo erróneo concepto de que la autoridad es

propiedad de quien la ejerce, no podía haber en los Códigos modernos, y así éstos en su generalidad suspenden, en el ejercicio de la autoridad marital, ya total, ya parcialmente, al marido incapaz ó al marido indigno.

La separación de bienes que el juez concede puede fundarse en las siguientes causales:

Insolvencia del marido;

Administración fraudulenta del marido;

Mal estado de los negocios del marido, ocasionada por aventuradas especulaciones ó por una administración errónea ó descuidada;

Demencia del marido, de conformidad con el inciso 2º del artículo 452 del Código civil;

Prodigalidad del marido, según lo prescrito por el inciso 2º del artículo 439 del Código civil;

Larga ausencia del marido, según lo prescrito en el artículo 1752 del Código civil.

La insolvencia del marido, puede ser ocasionada por su mala gestión de los negocios en cuyo caso será indigno unas veces, é incapaz otras, de ejercer la autoridad marital. Dicha insolvencia no es solo la declarada en caso de cesión de bienes ó de quiebra, sino aun la que existe de hecho, pues la ley no hace distinción alguna, al respecto.

La administración fraudulenta hace al marido indigno de manejar los intereses de su mujer. El fraude que ocasiona la separación en este caso y que la mujer debe probar, es el fraude con respecto á ella, pues que aquí se trata de asegurar sus derechos y no los de terceros. Si, pues, á pesar de ser las operaciones del marido fraudulentos de suyo, los intereses de la mujer no corren peligro alguno, no creemos que pudiera ella pedir separación de bienes. Será, por ejemplo, justa causal para la mujer, el que el marido ocultase parte de los productos de los bienes sociales, para defraudar á la mujer en los gananciales. En este caso de administración fraudulenta, es el que más aparece, en la separación de bienes, el carácter de una pena contra el marido.

El marido puede hallarse en mal estado por efecto de un caso fortuito, como un terremoto, un incendio, un aluvión. A pesar de ello, si no está insolvente, la mujer no tiene derecho de pedir separación de bienes. Es necesario que el mal estado de los negocios del marido provenga de

especulaciones aventuradas ó de una administración errónea ó descuidada. Se necesita, pues, que haya falta de parte del marido, y la ley reputa como tal el error. Pero la falta no puede equipararse al fraude, que es delito, y por eso la mala administración, aun culpable y no seguida de insolvencia, no da á la mujer el derecho absoluto de pedir separación de bienes. El marido podrá oponerse prestando seguridades suficientes. La ley dice: "*prestando fianzas, hipotecas*"; pero como lo hemos hecho notar, esas fianzas ó hipotecas las han de rendir terceros, pues el marido y la mujer antes de decretarse la separación de bienes no pueden celebrar contrato alguno, y lo contrario sería dar lugar á innumerables fraudes contra terceros.

La demencia hace al marido incapaz de ejercer la administración de la sociedad, como lo hace incapaz también la ausencia prolongada. La prodigalidad lo hace indigno, pues mal puede manejar los intereses de la sociedad conyugal, quien es incapaz de manejar los propios.

La separación de bienes es un recurso concedido á la mujer para su garantía, pero es un recurso que no debe convertirse en arma para defraudar á terceros. Por eso la ley toma providencias para evitar que sea así, exigiendo la sentencia judicial respectiva. A las leyes de procedimiento les corresponde el complementar en este punto las prescripciones del Código civil. La disposición de los artículos 151 y 152 del Código civil, figuran mal en éste, pues son disposiciones adjetivas, que deberían pasar al Código de procedimientos civiles.

Veamos ahora cuál es el estado de relaciones civiles que se produce entre los cónyuges por la separación de bienes.

La sociedad conyugal se disuelve; cada cónyuge vuelve á tomar sus bienes y los gananciales se reparten como en el caso de disolución del matrimonio. Los productos de los bienes corresponden desde entonces al cónyuge, al que pertenecen dichos bienes.

Como la familia subsiste, pero no la sociedad conyugal, la ley tenía de preveer el modo cómo los cónyuges debían contribuir al sostenimiento de esa familia. Según el artículo 155: "En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer á las necesidades de la familia, común á proporción de sus facultades. El juez en caso necesario re-

glará la contribución.”

Por necesidades de la familia común, hemos de entender, no solo las impuestas por los gastos de la casa, sino también las correspondientes á la educación de los hijos. El Código francés es más claro en este punto, pues especifica dichas necesidades [1].

Si el marido no tiene bienes, la mujer debe soportar con el producto de los suyos, los gastos de familia. Esto es lo que exige la justicia y lo que se desprende del espíritu de las disposiciones del Código civil.

La más grave cuestión que se presenta, respecto de la mujer separada de bienes, está en saber cuáles son sus facultades legales, cuestión difícil sobre todo, por la deficiencia del Código chileno, copiado por el del Ecuador, en las disposiciones sobre la materia.

Según el artículo 154 del Código civil del Ecuador, ó sea según el artículo 159 del Código chileno, la mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración y goce de lo que separadamente administra. Tampoco necesita de la autorización del marido para enajenar á cualquier título, los bienes muebles que separadamente administra. Pero necesita de esta autorización, ó subsidiariamente de la del juez, para estar en juicio, aun en causas concernientes á su administración separada, salvo en causa criminal ó de policía, en que se proceda contra el marido, ó en los litigios de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer.

Este artículo nos da lugar á las siguientes preguntas:

Si la facultad de enajenar los bienes muebles es parte esencial de la administración, por qué se establece esa facultad, á manera de excepción, en el inciso 2º del artículo 154, después de haberse concedido la administración y el goce de lo que separadamente administra la mujer, en el inciso 1º?

Si la mujer separada de bienes solo puede enajenar los muebles, claro es que no puede enajenar los inmuebles, pero ¿puede hipotecarlos? ¿Puede darlos en anticresis ó en usufructo? ¿Puede constituir servidumbres sobre ellos?

[1] Art. 1448 del Código civil francés. Art. 1301 del Código argentino. Art. 1434 del Código español.

¿La separación de bienes hace cesar ó no los efectos de los artículos 138 y 1744 del Código civil, de suerte que para enajenar los inmuebles de la mujer separada de bienes, no se necesite autorización judicial, ni la prueba de la necesidad ó utilidad?

Finalmente, aunque la mujer separada de bienes no pueda enajenar sus inmuebles por contrato ¿podrán esos inmuebles rematarse para el cumplimiento de obligaciones contraídas por la mujer para la administración legítima de sus bienes?

Respecto de la primera cuestión, ya en otra ocasión hemos tenido oportunidad de observar que la enajenación de los muebles, según la opinión de autores muy distinguidos, entra dentro de las facultades inherentes á la administración. Aun, pues, sin el inciso 2º del artículo 154, la mujer podría enajenar sus bienes muebles. Por lo demás, por bienes muebles, hemos de entender aquí los que designa el artículo 556 del Código civil, de suerte que la mujer podrá enajenar su mobiliario, su dinero, sus títulos industriales, etc., etc.

El Código chileno, al parecer, siguió al francés en este punto, casi literalmente. El artículo 159 del Código chileno se asemeja mucho al 1449 del Código francés, pero la redacción de éste es más lógica. Después de establecer que la mujer separada de bienes, recobra la *administración* de los suyos, se añade, como una *consecuencia*, que puede ella disponer de sus muebles [1].

La facultad de administrar y la consiguiente de enajenar los bienes muebles, no es, en el sentido de algunos de los comentadores franceses, una facultad absoluta sino que tiene límites determinados por las necesidades de la administración misma. Así opinan algunos de ellos, que son nulas las donaciones de bienes muebles hechas por la mujer, sin autorización (2), ó las operaciones de bolsa en las que ella ha introducido sus capitales, sin dicha autorización. Preciso es, no obstante, convenir en que esa jurisprudencia no se apoya en texto expreso alguno y por eso

[1] Art. 1449 del Código francés.

[2] Marcadé. Explicación teórica y práctica del Código civil. Art. 1449. Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Tomo V, Nº 516.

ha sido justamente combatida (1). Tampoco podrían tales conclusiones deducirse del tenor y del espíritu del Código chileno. La facultad de enajenar los bienes muebles que por éste tiene la mujer separada de bienes es una facultad sin restricción ninguna.

Respecto á si puede la mujer separada de bienes, hipotecar sus inmuebles sin autorización del marido, nuestra opinión es negativa y nos fundamos para sostenerla en las siguientes razones.

No conteniendo el artículo 154 del Código civil, autorización expresa respecto de la hipoteca, subsiste la disposición del artículo 138 por la que necesita la mujer para hipotecar sus inmuebles, de la autorización judicial, previa la prueba de la necesidad ó utilidad manifiesta. Si, pues, aun la autorización judicial es precisa á la mujer ¿en qué nos fundaríamos para eximirla de la del marido? El juez, para dar su autorización, exigiría la constancia de haber dado el marido la suya, ó de haberla negado sin razón.

La administración de los bienes que corresponde á la mujer, por el artículo 154, no comprende por sí misma la facultad de hipotecar los raíces, porque la hipoteca no es acto de administración. La hipoteca es casi un acto de enajenación; aun más, la palabra "enajenación," jurídicamente hablando, comprende en un sentido lato, la hipoteca y la prenda [2] y así el que no puede enajenar una cosa, tampoco puede hipotecarla. Si la hipoteca no es transferencia del dominio mismo, es la constitución de un derecho real, que afecta profundamente el dominio.

Algunos de los comentadores del Código chileno [3] sostienen que la facultad de hipotecar los muebles corresponde á la mujer casada, por el silencio de la ley, al respecto. No estándole prohibido el hipotecar, dicen, le está permitido, pues cuando la ley guarda silencio es porque consideró ese acto como de mera administración. Nosotros, al contrario, decimos: no estándole permitido el hipotecar, le está prohibido porque la hipoteca no corresponde á la mera administración.

Es cierto que en el proyecto del Código civil chileno,

[1] Delvincourt. Curso del Código civil. Art. 905,

[2] Escriche. Diccionario de legislación. Enajenar.

[3] Vera. Código civil de Chile. Tomo I, Art. 159.

se prohibía expresamente á la mujer separada de bienes, hipotecar sus inmuebles y que la comisión revisora suprimió la palabra *hipotecar*, pero de esta única circunstancia no podemos deducir una facultad contraria al espíritu y al sistema todo del Código chileno. Este siguió en la materia al Código de Napoleón y según él, la mujer separada de bienes no puede hipotecar sus inmuebles. Si el artículo 1449 del Código francés guarda silencio al respecto, el 2124 es terminante: "Las hipotecas no pueden ser consentidas sino por aquellos que tienen *capacidad suficiente para enajenar los inmuebles*, sobre los que dichas hipotecas se constituyen." Según, el Código francés, por regla general, quien no puede enajenar un inmueble, no puede hipotecarlo. Este es un punto clarísimo, en el Derecho francés, respecto del cual no cabe siquiera discusión (1).

Sin embargo, la existencia de opiniones contrarias respecto de un artículo del Código, es prueba de que hay dudas respecto de su sentido, y esas dudas hasta donde sea posible deben evitarse; así desearíamos que como en otros Códigos, en el ecuatoriano se consiguiese, expresa, la prohibición de hipotecar, para la mujer separada de bienes.

Con relación á la anticresis, servidumbres, usufructo, etc., etc., opinamos lo mismo que respecto de la hipoteca, por ser iguales las razones que existen.

Hemos manifestado ya, también, nuestra opinión respecto á la subsistencia de lo que dispone el artículo 138 y en consecuencia el 1744 del Código civil, no obstante la separación de bienes. Es cierto que el último, el 1744, se encuentra entre las disposiciones relativas á la administración ordinaria de la sociedad conyugal, administración que no tiene ya lugar con la separación de bienes, pero el primero, que al segundo se refiere, es general, y dice relación á la mujer casada, en cualquier estado en que se encuentre, esto es, bien subsista la sociedad conyugal, bien haya separación de bienes ó divorcio.

Quizás en contra de esta opinión pudiera citársenos

(1) Decimos esto, porque nos ha extrañado el ver que el Señor Vera sostiene que el Código francés, permite á la mujer separada de bienes, la hipoteca sobre los inmuebles, tratando de confirmar con esto sus opiniones respecto del Código chileno. El Señor Vera indudablemente se fijó solo en el art. 1449 del Código francés, sin acordarse de que existía el 2124.

el artículo 439 del Código civil, el cual refiriéndose á la mujer del marido disipador y para el caso en el que, conforme á derecho, haya pedido separación de bienes, dice: *Separada de bienes, los administrará libremente; mas para enajenar ó hipotecar los bienes raíces, necesitará de previa autorización judicial.* Se dirá, tal vez: si ordinariamente la mujer separada de bienes necesita para enajenar ó hipotecar sus bienes raíces de la autorización judicial ¿á qué viene la salvedad contenida en este artículo? En nuestro concepto lo que este artículo se propone es el eximir á la mujer de la autorización del marido, de suerte que de él, debemos deducir lo siguiente: La mujer del marido disipador, separada de bienes, los administra libremente y no necesita de la autorización de aquel, en ningún caso, lo cual no quita el que necesite de la autorización ordinaria de la justicia, para enajenar ó hipotecar los bienes raíces. Así entendido el artículo, nos confirma en nuestra opinión, lejos de alejarnos de ella.

Ahora bien, ¿por qué la necesidad de eximir á la mujer del disipador, en caso de separación de la autorización de su marido? Estando el mismo en interdicción ¿no se cae, de su propio peso, el que la mujer no ha de necesitar de su autorización? La disipación es una causa tan especial de interdicción, y tan distinta de las demás, que bien ha hecho el Código, en alejar, por medio de reglas especiales, las dudas que pudieran presentarse.

Respecto á si las obligaciones contraídas por la mujer separada de bienes, pueden hacerse efectivas sobre sus bienes raíces, estamos por la afirmativa, si esas obligaciones han sido contraídas dentro de los límites de las facultades administrativas de que ella está revestida: así lo establece también expresamente el artículo 160 del Código civil. Era necesario quedarse en este justo medio; de otro modo vendríamos á sostener que la mujer puede enajenar simuladamente sus inmuebles, contrayendo obligaciones ajenas á su administración, ó que las obligaciones de la mujer separada de bienes, que obra en ejercicio de sus facultades legales no tienen sanción legal suficiente, puesto que sus bienes no responden de ellas. Esta opinión de que las obligaciones contraídas por la mujer separada de bienes dentro de los límites de su administración, pueden hacerse efectivas aun sobre sus inmuebles, es la que prevalece en-

tre los más distinguidos comentadores franceses (1).

Así un empréstito que la mujer separada de bienes hubiere suscrito, de tal magnitud, que excediere á las necesidades ordinarias de su administración, no podría ejecutarse sobre sus bienes raíces. Tal obligación, aun sería nula, por la falta de la autorización del marido y no podría ejecutarse ni sobre los bienes muebles de la mujer. Debe tenerse también presente, que del hecho de que una mujer pueda enajenar sus muebles, no se deduce que pueda contraer deudas hasta la concurrencia del valor de ellos, si esas deudas son ajenas á la administración que ella tiene legalmente (2).

Ahora bien, ¿cómo podrá decidirse en cada caso el límite en el que terminan las necesidades de la legítima administración de la mujer? Punto es este que hay que dejarlo á la apreciación del juez, cuando hubiere lugar á controversia judicial. La ley no puede, de antemano, fijar reglas al respecto, porque las circunstancias variarán en cada caso particular, y esas reglas fijas no servirán sino para entorpecer la acción de la justicia y para facilitar el fraude.

En resumen, la mujer separada de bienes está sujeta á la prohibición general del artículo 131 del Código civil y necesita sujetarse á las condiciones indicadas en los artículos 138 y 1744, menos para los casos expresamente determinados en el artículo 154.

Si el marido autoriza á la mujer separada de bienes, para algún acto ó contrato, esa autorización no surte los efectos que surtiría si subsistiese la sociedad conyugal.

Como antes hemos tenido ocasión de observarlo, si la autorización del marido constituye á éste responsable en sus bienes, es por el interés inmediato que tiene él en los actos de la mujer, cuando la sociedad conyugal subsiste. Desaparecida la sociedad conyugal, por la separación de bienes, la autorización del marido es ya un requisito prevenido por la ley en bien de los intereses generales de la familia, pero el interés directo é inmediato del marido, como asociado de la mujer, no subsiste ya.

(1) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Tomo V, § 516. Marcadé Explicación teórica y práctica del Código civil. Art. 1449.

(2) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Art. 1449.

Distinto será el caso en el que el marido concorra como fiador ó codeudor solidario al contrato que la mujer celebra. Entonces la obligación no se desprende de su calidad de marido, que autoriza, sino de la obligación consentida por él, como un tercero cualquiera.

No es justo tampoco que el marido especule á la sombra de la mujer separada de bienes, sin contraer él obligación alguna, y por esto la ley ha establecido que sea el marido responsable á prorata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer, comprendiéndose en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya él debido proveer á las necesidades de ésta. (Art. 156).

Mediante la separación de bienes, la mujer recobra, sino en todo, en parte, la personalidad civil absorbida por la del marido, durante la sociedad conyugal. El marido y la mujer, dentro de los límites de la independencia de ésta, podrán, pues, celebrar contratos perfectamente válidos. La mujer, por tanto, podrá confiar al marido la administración de los bienes que ella administra, mediante un verdadero mandato (1). Las obligaciones del marido, en este caso, no difieren de las de un simple mandatario. (Art. 157).

Si acaso la mujer separada de bienes se halla en condiciones tales, que si fuese soltera, habría que nombrarle un curador, como si fuese menor de edad, demente, disipadora, etc., etc., se le dará un curador. Como la autoridad del marido, á pesar de la separación, subsiste en buena parte, la curaduría *es adjunta* y ella no obsta para que se solicite la autorización marital, en los mismos casos en los que tiene de solicitarla la mujer separada de bienes, conforme á las prescripciones legales.

La separación de bienes, es un recurso adoptado por la ley en pro de los intereses de la mujer y de la familia en general, pero un recurso que debe cesar, tan luego como cesen las causas que lo motivaron, siempre eso sí, que ambos cónyuges convengan en ello, pero una vez disuelta la so-

(1) "Por qué dice la ley *de alguna parte* de sus bienes? Implica esto el que no puede darle poder para todo? No: si la ley dice *alguna parte*, es porque cree que habiéndole quitado la administración al marido, por malos negocios, ó por dilapidación, no se confiará del todo á él, y porque si le entrega toda la administración, vale más en tal caso que se restablezca entre ellos el régimen legal de la sociedad conyugal." Vera. Código civil de Chile. Art. 162.

ciudad conyugal, no será justo ni conveniente restablecerla contra la voluntad de alguno de ellos. Ese restablecimiento por otra parte, produciendo como produce, consecuencias graves y relaciones jurídicas nuevas, así entre los cónyuges, como entre éstos y terceros, no puede quedar á merced de los cónyuges. Se necesita, pues, un decreto judicial, mejor dicho una sentencia, y una sentencia expedida con conocimiento de causa, pues no en todos los casos puede restablecerse la sociedad conyugal, disuelta por la separación de bienes.

El artículo 164 del Código civil, habla solamente de la separación de bienes, pronunciada por el mal estado de los negocios del marido. El mal estado puede provenir de especulaciones aventuradas, de una administración errónea ó descuidada, ó de un caso fortuito cualquiera. En cualquier de estos casos la separación puede terminar, pues en el espíritu del Código está solamente excluir la separación concedida por insolvencia ó por administración fraudulenta.

Respecto de la administración fraudulenta, no hay duda de que el marido culpable de ella se hace indigno de volver á administrar la sociedad conyugal; pero no opinamos lo mismo respecto de la insolvencia. Esta puede provenir de causas enteramente fortuitas é independientes, por tanto, de la voluntad del marido, y es muy severa la ley para con el marido, cuya insolvencia es efecto solo de la desgracia, al inhabilitarlo para ejercer la administración de la sociedad conyugal, á perpetuidad. Cuando esa insolvencia haya desaparecido no hay razón para que no se restablezca la sociedad conyugal, aun en el caso de que proviniese aquella de culpa, pero no de fraude del marido.

En esto el Código chileno no siguió al francés, pues éste, para el restablecimiento de la sociedad conyugal disuelta por la separación de bienes, ó por la separación de cuerpos, exige solo el consentimiento de ambos cónyuges y el otorgamiento de un acto auténtico. Así pues, si la mujer quiere volver al régimen de comunidad, aun en el caso de administración fraudulenta anterior, está en libertad de hacerlo. En nuestro concepto el Código francés, ha extendido en este punto la libertad de los cónyuges más allá de sus justos límites, pero, en cambio, el Código chile-

no la ha restringido indebidamente (1).

Separados de bienes los cónyuges, no debe permitírseles el evadir las disposiciones legales por medio de pactos indebidos. Así los tribunales franceses han declarado que es nula la convención, por la cual una mujer después de obtener la separación de bienes, y con el pretexto de atender á las cargas del matrimonio, abandonase por todo el tiempo que dure la unión conyugal, al marido, la administración y el usufructo de los bienes de ella [2].

Restablecida la sociedad conyugal puede la mujer volver á pedir separación de bienes, por las mismas causas que la vez primera, pues por el hecho del establecimiento de la sociedad conyugal no se ha privado la mujer de las garantías legales que protejen sus intereses.

En virtud del restablecimiento legal de la administración del marido, las cosas se restituyen al estado anterior como si la separación no hubiese existido; pero valdrán todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer, durante la separación de bienes, como si los hubiese autorizado la justicia. [Art. 160 del Código civil].

No solo, pues, la sociedad conyugal, principia nuevamente, sino que ese principio se retrotrae á la fecha de su disolución, como si esta no hubiese existido. Aun habrá derecho recíproco de cada cónyuge á las ganancias adquiridas por el otro durante la separación.

Pero el efecto retroactivo de la sociedad conyugal, no puede nunca llegar á invalidar los actos y contratos legítimamente celebrados por la mujer. Esos actos y contratos tienen ya una existencia jurídica, que la ley no podría desconocer, sin violar derechos adquiridos. Solamente los acreedores de la mujer tendrán por deudora, no ya á la mujer misma, sino á la sociedad conyugal y la responsabilidad de la mujer, será solo subsidiaria. En algún caso particular podrá esto redundar en perjuicio de terceros, pe-

(1) El art. 1304 del Código civil argentino dice: "La separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública ó si el juez lo decretare, á pedimento de ambos. Cesando la separación judicial de bienes, estas se restituyen al estado anterior á la separación, como si ésta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido." Como se ve, la doctrina del Código argentino es la misma que la del Código francés, en esta materia.

(2) Sirey. Código civil anotado. Art. 1451.

ro estos, en general, puede decirse que ganan, pues los bienes de la nueva sociedad responden de las obligaciones por la mujer contraídas.

Al restablecerse la sociedad conyugal ¿podrán los cónyuges someterla á reglas convencionales distintas de las que aceptaron antes del matrimonio? Claro es que no: ello equivaldría á otorgar capitulaciones matrimoniales, después de celebrado el matrimonio, lo cual es prohibido por ley. Esta lo que permite es el restablecimiento de la misma sociedad anterior y no la constitución de otra nueva.

El Código francés aun tiene disposición expresa respecto de este particular: Toda convención, dice dicho Código, por la cual los cónyuges restablecieren la comunidad bajo condiciones diferentes de aquellas que la regían anteriormente, es nula." (Art. 1452, inciso 3º). Algunos comentadores entienden por "estipulaciones diferentes" "estipulaciones contrarias" y son éstas, únicamente las que reputan ellos nulas; pero el texto del Código francés es muy claro al respecto [1].

Restablecida la administración legal del marido, éste debe recibir por inventario solemne los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración. (Art. 150, inciso 2º). El patrimonio de la mujer puede haber aumentado ó disminuido, durante la separación, y ya para que el marido ponga á cubierto su responsabilidad, ya como garantía para la mujer misma, es muy conveniente la disposición legal. Aun para evitar fraudes, respecto de terceros, ese inventario solemne es indispensable.

Además de la separación total de bienes, la cual puede solo verificarse en los casos examinados ya, puede tener lugar una separación parcial de bienes, sea en caso de herencia, legado ó donación, por voluntad del testador ó del donante, sea por acuerdo entre los cónyuges, constante en las capitulaciones matrimoniales [Arts. 161 y 162].

Respecto de los bienes que administra separadamente la mujer, se aplican las mismas reglas que hemos apuntado para la separación total, salvas sin embargo excepciones que conviene notar.

La autorización del marido en caso de separación to-

(1) Sirey. Código civil anotado. Art. 1451. Aubry y Rau. Curso del Derecho civil francés, según el método de Zacarías. Nota 84.

tal de bienes, no le constituye responsable; en caso de separación parcial y aun cuando los contratos autorizados sean relativos solo á los bienes que separadamente administra la mujer, la autorización le constituye responsable, en la misma forma en que lo constituye la autorización ordinaria, prescrita por la ley. ¿Por qué esta diferencia? En el un caso la sociedad conyugal no subsiste; el marido no tiene interés alguno en los actos de la mujer; en el otro caso la sociedad subsiste, y por tanto el interés del marido. Ahora bien, la ley desprende del interés que tiene el marido en los actos de la mujer, el grado de la obligación de aquel. Con todo si la mujer puede celebrar el acto por sí sola, sin la *autorización del marido*, ésta viene á ser superflua, no es condición de la validez del acto, y no debería quedar el marido responsable. El inciso 4º del artículo 166, deberá ser más claro y expresar que habla de los contratos autorizados por el marido ó por el juez en subsidio, cuando tal autorización *es necesaria*.

Los frutos de los bienes que administra la mujer, son exclusivos de ella y no forman parte de los gananciales. Pero la mujer debe contribuir á las necesidades de la familia común, en proporción á ellos. Aun podría llegar el caso de que tuviese ella que soportar todos los gastos, como sucedería si el marido estuviese indigente y hubiese recibido ella alguna herencia con la condición de administrarla sola.

Los términos del artículo 162 del Código civil, conformes con los del artículo 1710, que hemos tenido ocasión de examinar ya, indican de un modo evidente que según el sistema del Código civil no cabe separación total de bienes, por convención de los cónyuges. Pero como lo hemos observado ya, el precepto legal, puede de hecho eludirse y la separación en apariencia parcial, ser realmente total. Basta que una parte mínima de los bienes sea excluida del régimen de separación convencional, para que la condición legal quede cumplida y burlado el objeto que la ley se propone. Mas obvio y más conveniente según lo hemos visto también ya, sería permitir simplemente el estipular el régimen de separación de bienes.

Para terminar este capítulo, haremos mención de un precepto del Código civil alemán, que sería de desear verlo introducido en el Código civil del Ecuador, por la eficaz

garantía que encierra en provecho de la mujer casada.

La causa de la separación de bienes viene siempre del marido; él es el indigno en unas ocasiones, en otras el incapaz de ejercer la administración de la sociedad conyugal, que la ley le ha conferido. Cuando la separación de bienes, especialmente, proviene de administración fraudulenta del marido, de temer es que éste no contribuya como debe al sostenimiento de las cargas conyugales. Por esto el Código alemán en su artículo 1241, ha prescrito que "cuando haya lugar á temer que el marido no satisfaga cumplidamente lo que la mujer separada de bienes y los hijos necesitan para su cóngrua sustentación, pueden reservarse á la mujer, los bienes necesarios, para atender á esa sustentación, por ella misma."

CAPITULO II

Ojeada sobre algunas legislaciones, en materia de divorcio. Legislación francesa. Legislación española. Legislación alemana. Legislación argentina. Legislación peruana. Legislación chilena. Legislación colombiana. Legislación ecuatoriana.

Antes de examinar las disposiciones del Código civil ecuatoriano, en lo que respecta al divorcio, examen que será el objeto del capítulo siguiente de este tomo, haremos una revista de las leyes vigentes sobre divorcio en los pueblos modernos, eligiendo al efecto las legislaciones que nos son más conocidas.

Principiaremos por el derecho francés, el cual merece siempre nuestra atención preferente.

El antiguo derecho no admitió el divorcio, como disolución del matrimonio: El matrimonio indisoluble fué el solo reconocido. Como remedio contra los males de una existencia en común, insoportable para los esposos, se estableció la *separación de cuerpos*, equivalente al divorcio, ó separación temporal de los cónyuges, que la Iglesia católica admite también.

La revolución del 79, quiso hacer independiente al Estado de la Iglesia, y como una consecuencia de ello proclamó en la Constitución del 91, que "La ley no considera el matrimonio sino como un contrato civil." Como lógica deducción de este principio se estableció: 1º Que solo es válido el matrimonio celebrado ante el oficial civil, aunque no lo haya sancionado la Iglesia, y recíprocamente que es nulo el matrimonio eclesiástico, si previamente no se ha celebrado ante el oficial civil; 2º Que á ley civil corresponde exclusivamente el determinar las causas de nulidad y disolución del matrimonio, y el conocer de ellas.

Como consecuencia de lo determinado en la Constitución del 91, la Convención dictó la ley del 20 de Setiembre de 1792 sobre divorcio, el cual según esta ley, no fué solo una separación temporal de los cónyuges, sino una disolución del lazo conyugal mismo. La separación de cuerpos del antiguo derecho quedó suprimida en las nuevas instituciones, pues, en concepto de los legisladores de la Revolución, tenía todos los inconvenientes del divorcio, sin las ventajas de éste.

Vino luego el Código de Napoleón, cuyos redactores se inspiraron en principios más moderados, así en materias de religión, como de política. El primer Cónsul quiso que en el Código se consignasen el respeto y la libertad para todos los cultos, y en esta virtud se admitió el divorcio para quienes quisieren apelar á él, y la separación de cuerpos para los católicos, que sin hacer traición á su fe, trataran de poner término á una vida común insufrible.

El divorcio que los revolucionarios habían elevado á una institución civil, era tan absoluto y sus causas tan generales, que mal podía subsistir por mucho tiempo sin producir la ruina completa de la familia, y así los redactores del Código lo redujeron á límites más racionales.

La Restauración volvió al sistema del antiguo régimen; la ley del 8 de Mayo de 1816, derogó los artículos del Código de Napoleón, al divorcio relativos, y convirtió las demandas pendientes sobre divorcio, en demandas de separación de bienes.

Finalmente el 27 de Julio de 1884, otra ley restableció los artículos del Código derogados en 1816, con excepción de aquellos relativos al divorcio por *mutuo consentimiento*, el cual quedó suprimido.

Además de la ley del 27 de Julio de 1884, se expidió la del 18 de Abril de 1886, por la cual se arregló el procedimiento en las causas de divorcio. Esta ley, por las disposiciones sustantivas que contiene, se incorporó en el Código civil francés, en el cual es el capítulo II, del Título VI, artículos 234 á 266.

Como se ve por esta breve reseña histórica, las leyes sobre divorcio han sufrido en Francia, la influencia directa de los varios regímenes políticos que allí se han sucedido. Veamos ahora, aunque sea á la ligera, cuáles son las disposiciones vigentes.

El divorcio, según ellas, es la disolución del vínculo matrimonial ó sea el divorcio, *quad vinculum*, que la Iglesia Católica no reconoce.

El derecho para pedir el divorcio, es igual para los dos cónyuges, mejor dicho, las causales son comunes á ambos, y esas causales pueden dar origen ya á una demanda de divorcio, ya á una de separación de cuerpos, á voluntad del cónyuge ofendido.

Dichas causales son las que vamos á enumerar.

1º El adulterio. El marido puede demandar el divorcio por el adulterio de la mujer, y recíprocamente. En esto el nuevo derecho se separó del antiguo, que solo permitía á la mujer la acción en divorcio, por adulterio del marido, cuando éste había tenido la concubina en la casa común. El nuevo derecho rindió tributo con esto á los principios de justicia que hemos expuesto al hablar del adulterio.

Tronchet [1] decía, sosteniendo el nuevo sistema contra sus opositores, que si tratándose de penar el delito cabe diferencia entre el adulterio de uno y otro cónyuge, no cabe esa diferencia, en tratándose del divorcio. Nosotros hemos manifestado ya como esa diferencia no cabe, ni aun tratándose de la ley penal.

2º Los excesos, sevicias ó injurias graves. Esta causa es igualmente común para los cónyuges.

Los excesos consisten en violencias ó atentados tales, que puedan poner en peligro la vida ó la salud de la persona. Todo exceso es por su naturaleza grave; sería imposible concebir un exceso *moderado ó atenuado*.

Las sevicias consisten en vías de hecho ó malos tratamientos y dañan principalmente la persona física.

Las injurias consisten en los ultrajes que atentan más bien al respecto debido á la persona social,

Las sevicias y las injurias pueden ser graves ó leves. Solo las primeras dan derecho á reclamar el divorcio.

No están conformes los comentadores franceses, al interpretar el artículo 231 del Código civil francés, sobre si bastaría ó no, un simple acto de sevicia, ó un solo exceso para dar derecho al divorcio, ó si por el contrario se necesita una continuada serie de actos, ya que la ley habla

[1] Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo III, N.º 179.

de *excesos, sevicias, etc., etc.* (1). Los más distinguidos de entre esos comentadores, convienen en que debe dejarse al juez, la facultad suprema de apreciación en la materia, ya que parece muy difícil sujetar á reglas determinadas, y establecidas á *priori*, los casos variadísimos que pudieran presentarse.

Respecto de las injurias graves, se preguntan también algunos tratadistas franceses, si la ley se refiere únicamente al hablar de las causales de divorcio, á las injurias causadas durante el matrimonio, ó si también deben comprenderse en su enumeración, las que han tenido un origen anterior, como sucedería si uno de los cónyuges hubiese ocultado al otro su mala conducta anterior, ó una pena en que hubiera incurrido, etc., etc. La injuria, dice Demolombe, consiste en este caso, en la odiosa ocultación que uno de los cónyuges hace al otro. Indudablemente es esto simplemente un dolo, y el dolo no puede admitirse como causa de divorcio, en el sentir de la mayoría de los tratadistas franceses. Distinto es el caso en el que ciertos hechos anteriores al matrimonio, sean causa, celebrado ya éste, de otros hechos que en realidad vengan á constituir injurias graves.

Entre las injurias graves que dan lugar á la demanda de divorcio, se coloca en primer lugar la negativa del marido á recibir á su mujer en la casa, ó la negativa de la mujer de trasladarse al domicilio del marido. Pero como la negativa del marido ó de la mujer puede, en ocasiones, ser justificada, se conviene también en que hay necesidad de dejar á los jueces, en esta materia un amplio derecho de apreciación.

En general, se califica como injuria grave contra un cónyuge, la negativa del otro á cumplir con los deberes matrimoniales.

El ejercicio regular de un derecho, por duro que sea, no puede calificarse en ningún caso como exceso, sevicia ó injuria. Así es ejercicio legítimo de los derechos del marido, el empleo de las medidas coercitivas, debidamente autorizadas, para hacer que la mujer vuelva al domicilio conyugal (2)

(1) Laurent. Principios de Derecho civil. Tomo III, N^o 187.

(2) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, § 298.

3º La condenación impuesta á uno de los cónyuges, á una pena aflictiva é infamante, es para el otro una causa de divorcio.

El antiguo texto del Código francés, decía solo, *pena infamante*. La ley de 1884 añadió la palabra *aflictiva*, á fin de que la degradación cívica, por un delito político, no pudiera ser alegada como causa de divorcio.

Se necesita para que esta causa de divorcio pueda alegarse, que la condenación no sea susceptible de ser reformada por las vías legales ordinarias; pero la conmutación ó indulto de la pena, su prescripción ó expiración, dejan intacto el derecho de pedir el divorcio.

Los redactores del Código de Napoleón, habían también añadido otra causa que decía así: "El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, manifestado en la forma establecida por la ley, y según las condiciones que ésta determina, probará suficientemente que la vida común les es insoportable, y que existe, por tanto, con relación á ellos, una causa perentoria de divorcio."

Esta disposición ha quedado derogada; se creyó que no había razón suficiente para permitir un divorcio, cuyas verdaderas causas no se expusiesen ante la justicia y que un contrato de la naturaleza del matrimonio, no debía ser disuelto por el simple arbitrio de los cónyuges.

En el proyecto presentado á las Cámaras en 1884, se quiso incluir la ausencia, entre las causas de divorcio; pero esta innovación no fué aceptada. Se observó y con justicia, que si el ausente vivía aún, y no quería volver, el abandono, constituía una injuria grave, y venía á ser ya, por este concepto, causa de divorcio.

Como se ve, las causas que para el divorcio señala el Código francés, son muy reducidas y siempre suponen un hecho voluntario, en el cónyuge causante del divorcio. Luego veremos, en el curso de este capítulo, como por otras legislaciones, esas causales son más numerosas, y como pueden consistir aún en circunstancias independientes de la voluntad de los cónyuges, como enfermedad contagiosa, demencia, etc., etc. En cambio, pocas legislaciones señalan al divorcio, efectos tan radicales como los que le señala el derecho francés.

El divorcio desata en absoluto el vínculo conyugal, de suerte que los divorciados pueden, contraer un nuevo ma-

trimonio, aunque con las siguientes restricciones: 1ª La mujer divorciada no puede casarse sino seis meses después de que el divorcio se haya hecho definitivo; 2ª En el caso de divorcio obtenido por causa de adulterio, el esposo culpable no puede jamás casarse con su cómplice.

La primera prohibición se ha inspirado en la necesidad de evitar los inconvenientes que pudieran resultar de una confusión de parte.

La segunda se ha inspirado, en el temor de que la esperanza de un próximo enlace, sea un estímulo al crimen en el cónyuge adúltero.

El primitivo artículo 295 del Código de Napoleón, prohibía en absoluto á los cónyuges divorciados el volver á casarse. Posteriormente se modificó este artículo, en bien de los hijos comunes, y se permitió á los divorciados el reunirse mediante la celebración de un nuevo matrimonio, exceptuados solamente los cónyuges que hubiesen ya contraído un segundo matrimonio, seguido de un segundo divorcio.

Los divorciados, unidos nuevamente en matrimonio, no pueden adoptar un régimen matrimonial, diverso del que habían adoptado para su unión primitiva. No pueden, tampoco, pedir nuevamente el divorcio, á no ser por condenación á uno de los cónyuges, á una pena aflictiva é infamante.

La ley de 1893 devolvió á cada uno de los cónyuges divorciados, el uso de su propio nombre. Esta ley se impuso como consecuencia de las numerosas controversias judiciales, que se suscitaban entre los divorciados, por causa del uso que seguía haciendo la mujer divorciada, del nombre del marido.

En cuanto á los bienes, los efectos del divorcio, según las leyes francesas, son los siguientes:

El cónyuge contra el cual se ha pronunciado el divorcio, pierde todas las donaciones que el otro cónyuge le hubiere hecho; sea por el contrato de matrimonio, sea con posterioridad á éste.

El cónyuge que ha obtenido el divorcio conserva las donaciones que el otro cónyuge le hubiese hecho, aunque se haya estipulado reciprocidad para dichas donaciones y la reciprocidad no tenga lugar.

Como se ve, el derecho es igual para los dos cónyu-

ges, sin distinción ninguna.

Si no se ha estipulado donación alguna del un cónyuge respecto al otro, ó si las donaciones estipuladas no son suficientes para asegurar la subsistencia del cónyuge que ha obtenido el divorcio, podrá el tribunal concederle una pensión alimenticia, que no podrá exceder del tercio de las rentas del otro cónyuge. Esta pensión será revocable, en el caso en el que dejare de ser necesaria, (Art. 301).

Como se ve, el Código francés, en este punto, establece como una base para fijar la cuantía de la pensión alimenticia, la cuantía de la renta del esposo deudor. Generalmente tratándose de alimentos, la base que se tiene en cuenta es la fortuna del obligado á ella, cualquiera que su renta sea.

Después de haber determinado los efectos del divorcio, en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges respecta, el Código francés determina los efectos del divorcio, en cuanto se refieren á los hijos comunes. Es á los hijos á los que más suele afectar el divorcio, y la ley no puede, al regular el divorcio, descuidar la suerte de ellos.

Los hijos serán confiados al esposo que ha obtenido el divorcio, á menos que el tribunal á petición de la familia, ó del ministerio público ordene, para mayor ventaja de aquellos, que todos ó algunos, se confíen, sea á los cuidados del otro esposo, sea á los de una tercera persona. (Art. 302).

El derecho de usufructo y de administración inherentes á la patria potestad, cesan respecto del padre ó de la madre, contra el cual se haya pronunciado el divorcio. [Art. 586].

La ley del 15 de Abril de 1886, ya citada, arregló también el procedimiento en los casos de divorcio. Esa ley, por las disposiciones sustantivas que contiene, se incorporó en el Código civil francés, en el que forma el Capítulo II, del Título sexto, artículos 234 á 266.

Entre otras disposiciones importantes, contiene dicha ley la declaración de que la mujer, aun menor de edad, no necesita de autorización alguna para reclamar el divorcio. [Art. 238, § 4] y la de que la acción de divorcio, termina en absoluto, por la muerte de uno de los cónyuges, ocurrida antes de que la sentencia sea definitiva, por la transcripción en el registro civil. [Art. 244, § 3].

Veamos ahora lo que es la *separación de cuerpos*, por el Código francés. Esta fué regulada por la ley del 27 de Julio de 1884, que modificó algunas de las disposiciones del Código de Napoleón.

La *separación de cuerpos* no es la ruptura del lazo que une á los cónyuges, es simplemente una *separación* temporal de éstos.

Las causas por las que puede pedirse el divorcio, son las mismas por las cuales puede pedirse la separación de cuerpos; de suerte que depende de la voluntad del cónyuge, á quien el derecho asiste, el formular la una ó la otra acción.

La separación de cuerpos, tal como el Código de Napoleón y la ley de 1884 la reglamentaron, dejaba subsistente la autoridad marital. Las facultades de la mujer *separada de cuerpos*, no eran distintas de las de la mujer *separada de bienes*, de suerte que la autorización del marido se imponía aún, en muchos casos. La ley del 6 de Febrero de 1893, estableció sustancial reforma en la materia, al declarar que "la separación de cuerpos devuelve á la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, sin que tenga ya necesidad de acudir á la autorización del marido ó á la de la justicia." La misma ley declara que: "Si cesa la separación de cuerpos, por la reconciliación entre los cónyuges, la capacidad de la mujer se modifica y queda ella sujeta á las reglas que rigen la separación de bienes ó sea al artículo 1449 del Código civil" (1).

Cuando la separación de bienes hubiese durado tres años, el juicio podrá ser convertido en juicio de divorcio, por solicitud de uno de los cónyuges. (Art. 310 del Código civil francés).

En resumen, según las actuales disposiciones france-

(1) Las reformas introducidas por la ley francesa de 1893, fueron precedidas de acaloradas discusiones sobre la materia, discusiones cuya lectura es sobremana interesante. Anteriormente á la ley de 1893 se había introducido en el Senado francés, en 28 de Enero de 1887, en proyecto que dió lugar en la Cámara de Diputados, á informes distintos, por parte de la respectiva Comisión parlamentaria y del Consejo de Estado. Este último quería se concediese á la mujer el ejercicio pleno de su capacidad civil; la Comisión, por el contrario, quería mantener la separación de cuerpos dentro de más estrechos límites. Posteriormente se introdujo en el Senado francés otro proyecto fundado en la distinción entre el caso en el que la separación de cuerpos había sido obtenida por la mujer, y el caso en el que había sido pronunciada contra ella. En el primer caso, la mujer debía recobrar su capacidad civil; en el otro no. Finalmente, se dictó la ley que hemos citado del 6 de Febrero de 1893.

sas el *divorcio* es la disolución del matrimonio mismo; la *separación de cuerpos*, es la simple separación temporal de los esposos, seguida de la cesación de toda autoridad en el marido, respecto de su mujer.

Según el Código civil alemán, el divorcio disuelve también el vínculo matrimonial. Una ley alemana del 6 de Febrero de 1875, había admitido ya el divorcio en ese sentido, y así el nuevo Código alemán no introdujo una reforma, sino que aceptó la existente.

Las causas enumeradas en el Código alemán, para el divorcio son: 1º El adulterio; 2º El atentado á la vida; 3º El abandono malicioso; 4º Una causa general, consiste en que uno de los cónyuges, por la violación grave de sus deberes matrimoniales, ó por su conducta inmoral ó deshonrosa, haya causado profunda perturbación en el hogar; 5º La demencia, cuando este estado ha durado tres años, y toda esperanza de curación, ha desaparecido. Se entiende que hay abandono malicioso cuando el esposo ha sido condenado judicialmente á volver á la vida común y no ha vuelto á ella durante el año.

Durante los debates en el Reichstag para la adopción del Código, se criticaron vivamente, la generalidad de los términos de la causal cuarta, y la introducción de la demencia entre las demás causales (1). En primera y segunda lectura, aun se rechazó el admitir dicha causal, pero fué admitida en tercera. Los adversarios de esta parte del proyecto pretendían que, como causas para pedir el divor-

(1) "De todo el Código alemán fué el artículo 1569, el que dió lugar á las más vivas discusiones. Se trataba de saber si la demencia podía romper el lazo conyugal, y en caso afirmativo, si toda demencia, ó solo la revestida de ciertas condiciones. Indudablemente la demencia absoluta y perpetua es algo que se asemeja, respecto del otro cónyuge, á la muerte ó la ausencia indefinida; pero por otra parte, la demencia no es un hecho voluntario, y según el sistema del Código, el divorcio implica siempre una falta de parte de uno de los cónyuges. En fin no siempre la demencia es absoluta y perpetua, y si el esposo demente vuelve al uso de su razón, puede encontrarse con que el otro se ha casado nuevamente. Naturalmente, estas razones hacían vacilar á los legisladores, para adoptar la innovación. El primer proyecto no enumeraba esta causa de divorcio; el segundo la admitió, pero la comisión la suprimió; el escrutinio nominal fue pedido para la votación y la enmienda de la comisión fué rechazada por 125 votos contra 116. La discusión volvió á promoverse en tercera lectura y en la votación, nominal también, el resultado fué favorable á la nueva causal. La demencia fué admitida como causa de divorcio, y pasó á ser artículo del Código, por una mayoría de 161 votos contra 133." La Grasserie, Código civil alemán.

cio se admitiesen solo las consistentes en una falta de alguno de los cónyuges; pero no las independientes de la voluntad de ellos.

La demanda por divorcio está sometida á una prescripción subjetiva de seis meses y á otra objetiva de 10 años, esto es, el cónyuge que se cree con derecho á pedir el divorcio no puede hacerlo, transcurridos seis meses desde que tuvo conocimiento de la causal que alega, ó transcurridos diez años desde la existencia de dicha causal. El plazo de los seis meses no corre durante el tiempo en el cual los cónyuges no viven en común.

El Código civil alemán, introdujo también como una innovación, la demanda de separación de cuerpos, al lado de la de divorcio, de suerte que si la separación de cuerpos es obtenida, cada uno de los esposos, puede pedir, en virtud de esa sentencia, el divorcio, á no ser que después de ella los esposos hayan vuelto á la vida conyugal.

La mujer divorciada conserva el nombre de su marido, ó recobra el de ella, á su elección, ó toma el nombre de un marido anterior, pero si ha sido declarada culpable, puede ser privada de la primera facultad.

En materia de alimentos, se ha alabado mucho el sistema seguido por el Código alemán, en caso de divorcio. Según dicho Código, el esposo culpable solo está obligado á esa pensión cuando ella es indispensable para la subsistencia del otro. Si el esposo obligado á esa pensión está en incapacidad de asegurar el sustento del otro cónyuge, sin poner en peligro el propio, la pensión puede reducirse á lo estrictamente necesario. Si los dos esposos son culpables, no hay lugar á pensión alguna.

Como se ve, el sistema del Código alemán difiere en varios puntos del sistema del Código francés. Hay diferencia en las causales del divorcio, reconocidas por uno y otro Código, en los términos fijados para la prescripción de la acción por divorcio, en la forma y en los términos de convertir la acción de separación de cuerpos, en acción de divorcio, en las consecuencias mismas del divorcio, etc., etc. Las disposiciones del Código francés han sido calificadas de más claras y sencillas y las del Código alemán, de más equitativas.

Las leyes vigentes en España, admiten el divorcio únicamente *quoad thorum et mutuam habitationem*; pero no

el divorcio *quoad vinculum*. “El divorcio solo produce la suspensión de la vida común de los casados,” dice el artículo 104 del Código civil español (1).

Las causas legítimas de divorcio, según este Código son: 1.^a El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la mujer; 2.^a Los malos tratamientos de obra ó las injurias graves; 3.^a La violencia ejercida por el marido sobre la mujer, para obligarla á cambiar de religión; 4.^a La propuesta del marido para prostituir á su mujer; 5.^a El conato del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y la connivencia en su corrupción ó prostitución; 6.^a La condena del cónyuge á cadena ó reclusión perpetua.

El divorcio solo puede ser pedido por el cónyuge inocente. En cuanto á los efectos del divorcio, la ley española se singulariza por las ventajas concedidas al cónyuge inocente, no solo en cuanto á los bienes se refiere, sino en cuanto atañe á la potestad sobre los hijos.

Según el Código civil italiano, el divorcio no disuelve el matrimonio; lo mismo establece el Código del Portugal. El Código belga, sí ha seguido al francés.

Los Códigos de las repúblicas sud-americanas, de los cuales tenemos conocimiento, han aceptado el divorcio solamente *quoad thorum et mutuan habitationem*.

El Código civil argentino, dice: “El divorcio que este Código autoriza, consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial.” [Art. 191]. El mismo Código reserva á la autoridad eclesiástica, el conocimiento de las causas de divorcio, entre los casados ante la Iglesia católica, ó con autorización de ella. [Art. 201]. Como causas de divorcio se fijan: 1.^a El adulterio de la mujer ó del marido; 2.^a Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro; 3.^a Ofensas físicas ó malos tratamientos. [Art. 204]. En cuanto á los efectos del divorcio, el Código establece, entre otros, que la mujer podrá ejercer todos los actos de la vida

[1] La ley española de matrimonio civil, dada en 1870 había reglamentado ya las cuestiones al matrimonio y al divorcio relativas, disposiciones que pasaron á ser artículos del Código de 1889. Este Código sigue un sistema especialísimo en cuanto al matrimonio, pues lo distingue en canónico y civil, y tiene reglas diferentes para uno y otro. Las leyes que rigen el matrimonio canónico no pueden contenerse en un Código dictado por la autoridad civil.

civil, exceptuando el estar en juicio como actora ó demandada, sin licencia del marido, ó del juez del domicilio. [Art. 208].

Posteriormente la ley argentina del 2 de Noviembre de 1888, reformó varias de las disposiciones del Código civil relativas al divorcio, siendo de mencionar, entre esas reformas, la extensión que se dió á las causales que determinan el divorcio, añadiéndose á las citadas ya: La provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer adulterio ú otros delitos, las injurias graves y el abandono voluntario ó malicioso. La reforma más importante fué la contenida en el artículo 73 de la ley citada, artículo que estableció que: "Si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil."

El artículo 208 del Código civil argentino, estableció que los esposos divorciados, tienen obligación de *guardarse fidelidad*, y que podrá ser acusado criminalmente por el otro, el cónyuge que *cometiese adulterio*. La ley de 1888 suprimió este artículo, quizás por innecesario, pues subsistiendo el vínculo matrimonial, el deber de fidelidad subsiste también.

Según el Código peruano, las causales de divorcio son: 1ª El adulterio de la mujer; 2ª El concubinato ó la incontinencia pública del marido; 3ª La sevicia ó trato cruel; 4ª Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro; 5ª El odio capital de alguno de ellos, manifestado por frecuentes riñas ó por graves injurias repetidas; 6ª Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez, disipación ó prodigalidad; 7ª Negar el marido los alimentos á la mujer; 8ª Negarse la mujer sin graves y justas causas á seguir á su marido; 9ª Abandonar la casa común ó negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales; 10 La ausencia sin justa causa por más de cinco años; 11 La locura ó furor permanente que haga peligrosa la cohabitación; 12 Una enfermedad crónica contagiosa; 13 La condenación de uno de los cónyuges á pena infamante. [Art. 192].

El divorcio, según el Código peruano, no disuelve tampoco el matrimonio é implica solamente la separación de la vida común.

Tiene de particular el Código civil peruano, en sus disposiciones sobre el divorcio, el que, al mismo tiempo que

se reserva á la autoridad eclesiástica el conocimiento de las causas de divorcio [Art. 138], hay disposiciones destinadas á evitar un posible conflicto entre la autoridad civil y la eclesiástica, para el caso en el que se promueva un juicio criminal, por el mismo hecho, origen del divorcio, como sería el adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, etc., etc. Cuando la acusación criminal se ha interpuesto ya, los jueces eclesiásticos no pueden seguir el juicio de divorcio, mientras no se haya decidido sobre aquella. [Art. 196 y 197]. La acción de divorcio se halla eso sí, expedida cuando la acción criminal se ha intentado por el ministerio público, ó cuando éste la continúa, después de abandonada por el cónyuge.

Las disposiciones del Código chileno, sobre el divorcio, son exactamente las mismas que las del Código ecuatoriano. Los artículos 163 á 173 del Código del Ecuador, son literalmente copiados de los artículos 168 á 178 del Código de Chile; pero si en el Ecuador subsisten aún, esos artículos del Código, en Chile fueron derogados por la ley de matrimonio civil, del 10 de Enero de 1884 (1). Esta ley atribuyó á la autoridad civil el conocimiento de las causas de divorcio [2] y distinguió el divorcio en temporal y perpetuo con la determinación de que ni el uno ni el otro disuelven el matrimonio, sino que suspenden la vida común de los cónyuges. El divorcio temporal no dura de cinco años. En cuanto á las causales de divorcio, la ley chilena las enumera así: 1º Adulterio de la mujer ó del marido; 2º Malos tratamientos graves y repetidos, de obra, ó de palabra; 3º Ser uno de los cónyuges autor, instigador ó cómplice en la perpetración ó preparación de un delito contra los bienes, la honra ó la persona del otro cónyuge; 4º Tentativa del marido para prostituir á su mujer; 5º Avaricia del marido, si llega hasta privar á su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades; 6º Negarse la mujer, sin causa legal, á seguir á su marido; 7º

(1) Algunos de los artículos citados del Código civil del Ecuador, han sido también derogados ya por la ley de matrimonio civil, dictada por el Congreso de 1902, ley de la que hablaremos en el siguiente capítulo.

(2) Ley del 10 de Enero de 1884. Art. 2º: "El conocimiento y decisión de todas las cuestiones á que diere margen la observancia de esta ley, corresponden á la autoridad civil."

Abandono del hogar común, ó resistencia á cumplir las obligaciones conyugales, sin causa justificada; 8º Ausencia sin justa causa, por más de tres años; 9º Vicio arraigado de juego, embriaguez ó disipación; 10 Enfermedad grave, incurable y contagiosa; 11. Condenación de uno de los cónyuges por crimen ó simple delito; 12. Malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos, si pusiesen en peligro su vida; 13. Tentativa para corromper á los hijos ó complicidad en su corrupción. De estas causales, la 3ª, 6ª, 7ª, 8ª y 12, son suficientes solo para pedir el divorcio temporal.

Como se ve, las causales enumeradas son más numerosas que las que determinan la generalidad de las legislaciones. No se necesita tampoco según la ley chilena, que haya falta de uno de los cónyuges para conceder el divorcio, pues que éste se concede también por enfermedad incurable y contagiosa.

La acción de divorcio prescribe según la ley chilena, en un año, contado desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda. (Art. 26).

El divorcio y sus efectos, según la misma ley, cesan cuando los cónyuges consintieren en volver á reunirse, exceptuándose el caso de divorcio sentenciado por las causales 4ª y 13. [Art. 28].

El Código civil colombiano, atribuye á la autoridad civil el conocimiento de las causas de divorcio. El divorcio, según dicho Código, es solo la suspensión de la vida común de los casados. Las causales son: 1ª El adulterio de la mujer; 2ª El amancebamiento del marido; 3ª La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 4ª El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre; 5ª Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges, ó se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos. La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra desgracia semejante, en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez con conocimiento de causa, y á instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones conyugales,

para con el esposo desgraciado. (Art. 154 y 155 del Código colombiano).

En cuanto á los efectos civiles del divorcio éstos, por el Código colombiano son los mismos que por el Código chileno.

La ley colombiana 133 de 1887, derogó varias de las disposiciones del Código civil. En virtud de esta derogación, en lo sucesivo en Colombia, *“de los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios ecclólicos, celebrados en cualquier tiempo conocerán exclusivamente los tribunales eclesiásticos, con arreglo á las leyes conónicas.”* (Art. 51 de la ley citada].

Esta breve reseña de las disposiciones vigentes, sobre divorcio, en algunas legislaciones, nos manifiesta cuán lejos están aún de llegar á estar acordes en materia tan sustancial. La misma diversidad entre ellas, nos dice también, cuán grave es el problema de legislar, sobre todo lo que con el matrimonio se relaciona.

El siguiente capítulo, lo vamos á dedicar al estudio del divorcio, tal como el Código civil lo acepta.

CAPITULO III

Disposiciones del Código civil ecuatoriano, sobre divorcio. Causas de divorcio. Su conocimiento está reservado á la autoridad eclesiástica. Efectos civiles del divorcio. Revocación de donaciones. Alimentos. Facultades de la mujer divorciada. Reconciliación

El matrimonio, para los católicos, es un sacramento; siendo así, es á la Iglesia á la que corresponde el determinar la validez del matrimonio que se trata de contraer ó del contraído ya, determinar los impedimentos dirimentes y conceder dispensa de ellos [1].

La Iglesia no admite el divorcio *quoad vinculum*. "Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet."! Pero si acaso lo admitiese, á ella le correspondería también el determinar las causales de dicho divorcio, y el conocer de los juicios correspondientes, pues que un lazo, por autoridad divina atado, solo por autoridad igual puede desatarse.

En cuanto al divorcio *quoad thorum et mutuum habitationem*, éste no afecta á la existencia ó validez del sacramento mismo, no disuelve el sagrado lazo; suspende solamente la vida común de los cónyuges; los deberes y los derechos recíprocos no desaparecen, pero están en suspenso.

Esto supuesto ¿á qué autoridad debe atribuirse el conocimiento de las causas de divorcio, entendido éste, de la segunda manera?

La suspensión de la vida común, la interrupción en el cumplimiento de los deberes que el sacramento del matri-

(1) "Si alguien dijere que las causas matrimoniales no pertenecen á los jueces eclesiásticos, sea anatematizado." (Conc. Trid. Sess. XXIV. cán. 12). Véase también la proposición 74 del Syllabus.

monio lleva consigo, si no afecta á la existencia del sacramento mismo, sí puede hacer nugatorios los fines de tan alta institución. Si ésta tiene por objeto el que los cónyuges contribuyan á perpetuar la especie, el que se ayuden mutuamente á soportar el peso de la vida, no cabe duda de que la separación de ellos entorpece notablemente la consecución de ese objeto. Ahora bien; correspondiendo á la Iglesia el velar porque las instituciones que Jesucristo le dejó se mantengan en su primitiva pureza, y contribuyan á sus naturales fines, debe corresponderle también el velar porque los cónyuges, una vez casados conforme ella lo quiere, cumplan con la nobilísima misión, al pie del altar recibida, y por un Ministro de Dios confiada. Así, pues, nada más justo, que el que los legisladores reconozcan en los tribunales eclesiásticos el derecho de conocer sobre los juicios de divorcio, *entre católicos*.

Es cierto que el matrimonio además de sacramento es un contrato; es cierto que el divorcio implica también la suspensión de las obligaciones civiles, por ese contrato impuestas y que, bajo este respecto, cae bajo la jurisdicción de la autoridad civil. Dos personas se han obligado conforme á ley á guardarse fe, á socorrerse, etc., etc. Si una de ellas alega que debe eximirsele, siquiera temporalmente de esas obligaciones, claro es que ha de acudir á la autoridad civil encargada de hacer ejecutar la ley y de hacer efectivos los derechos, al amparo de la ley nacidos. Esto es perfectamente cierto, pero si ese contrato al mismo tiempo que tal, es un sacramento, y como sacramento está sujeto á una autoridad más alta, y si las obligaciones cuyo cumplimiento se trata de eludir, afectan no solo al contrato sino al sacramento mismo, claro es que la autoridad civil obrará con sabiduría, dejando el juicio, en cuestiones, que así se tocan y se confunden, á aquella autoridad que legisla y gobierna el matrimonio, bajo su más alto y su más noble carácter; á aquella misma autoridad que ha determinado las condiciones sustanciales de la existencia del matrimonio.

Distinto es el caso en el que se discutan obligaciones civiles contraídas por los cónyuges al casarse, pero que nada tienen que ver con las obligaciones del sacramento provenientes. Así, si en las capitulaciones matrimoniales se han estipulado condiciones á los bienes relativas, y se pro-

mueve litigio sobre esas condiciones, claro es que la autoridad civil es la llamada á conocer exclusivamente.

Y si la autoridad civil hace obra de justicia en dejar á la autoridad eclesiástica, el conocimiento de las causas de divorcio, entre católicos, hace también obra de conveniencia para ella. ¿Quién puede reglamentar mejor las relaciones entre los cónyuges, que la autoridad bajo cuyo imperio esas relaciones han nacido? ¿Quién puede restablecerlas á su vigor primordial, sino la autoridad que cuenta con los recursos morales suficientes para ello, siendo como son esas relaciones, en primer término, relaciones morales? El divorcio es un mal, que se acepta, para evitar otros mayores, pero que en lo posible debe evitarse. Promovido el juicio de divorcio, el interés, aun para la sociedad civil, está no en terminarlo por una sentencia, sino en hacer que le ponga fin la reconciliación de los cónyuges, y esa reconciliación á ninguna autoridad le es más fácil obtenerla, que á aquella que tiene la llave de las conciencias, y con la llave de las conciencias, la de los corazones.

Así, nosotros no podremos menos de defender la disposición contenida en el artículo 163 del Código civil ecuatoriano, en cuanto atribuye á la autoridad eclesiástica el juicio de divorcio.

Pudiera tal vez objetarse, contra el sistema por nosotros defendido, la posibilidad de una complicación de atribuciones entre la autoridad civil y la eclesiástica, en el caso en el que el hecho, causa del divorcio, sea un hecho punible que dé lugar á una acción criminal. En este caso, la autoridad eclesiástica y la civil vendrían á juzgar sobre los mismos hechos y podrían darse sentencias contradictorias sobre ellas. La observación es justa, pero para desvanecer la objeción, hay que tener en cuenta la diversidad de objetos en uno y otro juicio.

Si algo tenemos de criticar al artículo 163 del Código civil, es el ser demasiado absoluto. Aquella disposición magnífica para quienes han contraído matrimonio católico, no lo es para los que se han casado, conforme á otra religión. En este último caso, la autoridad eclesiástica no tendría razón en la cual fundarse para conocer de las causas de divorcio. La autoridad civil sería la llamada á juzgar y á decidir. Pero ¿conforme á qué ley y con qué título decidiría la autoridad civil? De dos cónyuges no cató-

licos, y casados conforme á un rito cualquiera, bien sea en el Ecuador ó en país extranjero, uno de ellos acude al juez civil, con una demanda de divorcio. ¿Qué resolvería el juez? ¿Se inhibiría de conocer? Si no se inhibe, conforme á qué leyes sustancia y sentencia? Puntos son éstos de mucha importancia, y que deben tenerse en cuenta para una reforma del artículo 163 del Código civil.

Teniendo en cuenta estas consideraciones el Consejo Nacional Constituyente, reunido en Colombia en 1886, al devolver á la autoridad eclesiástica el conocimiento de las causas de divorcio, por medio de la ley 153, habló de "matrimonios entre católicos." De suerte que las disposiciones del Código civil relativas al divorcio, han seguido vigentes respecto del matrimonio entre no católicos [1].

Una vez sentenciado el correspondiente juicio de divorcio, ante la autoridad eclesiástica, toca á la autoridad civil el determinar los efectos civiles de la sentencia pronunciada; todo lo que corresponde á los bienes de los cónyuges, á su libertad personal, á la crianza y educación de los hijos. Estos efectos del divorcio, caen dentro de la esfera de la ley y de los tribunales civiles, y así no tiene por qué conocer de ellos otra autoridad.

El cónyuge que ha obtenido el divorcio, debe presentar la sentencia del juez eclesiástico ante el juez civil, y con el reconocimiento de éste, principian los efectos civiles del divorcio. Así la fecha de la disolución de la sociedad conyugal, no es la fecha de la sentencia del juez eclesiástico, sino la del decreto del Juez civil, y si la sentencia eclesiástica no se presenta ante el juez civil, no surte efecto alguno civil. La ley ha querido armonizar de esta manera, las prerrogativas de la autoridad eclesiástica con los justos derechos del poder civil, limitando los efectos de los fallos del poder eclesiástico á sus debidos límites.

Veamos ahora, cuáles son los efectos civiles del divorcio, tales como los determina el Código ecuatoriano.

Según el artículo 166: "Si la mujer hubiese dado causa al divorcio, por adulterio, perderá todo derecho á los gananciales, y el marido tendrá la administración y el usu-

(1) Dice así el art. 51 de esa ley. "De los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, conocerán exclusivamente los tribunales eclesiásticos, con arreglo á las leyes canónicas, etc., etc."

fructo de los bienes de ella, excepto los que la mujer administre como separada de bienes, y los que adquiera á cualquier título, después del divorcio.”

En el caso de administración fraudulenta del marido, continúa el mismo artículo, tendrá derecho la mujer para que se pongan sus bienes á cargo de un curador; y lo mismo será si peligrasen por una administración imprudente ó descuidada. Pero en este caso, podrá el marido retenerlos, prestando fianzas ó hipotecas, que aseguren suficientemente los intereses de la mujer.

Esta disposición, como lo hemos hecho ya notar en el Capítulo V, de la Sección I de este tomo, contiene una injusticia notable. En ninguno de los Códigos modernos encontramos tal disposición, que no es sino un resto de las ideas que predominaron en otra época, sobre el adulterio.

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, y disuelta á cada cónyuge deben entregarse sus bienes respectivos, prescindiendo de cual de ellos es el causante del divorcio. Esa administración confiada al marido, cuando la mujer ha dado causa al divorcio por adulterio, es una administración inconveniente, que no hará sino causar la ruina de la mujer; pues que el marido ofendido, procederá de ordinario, inspirado por el odio. Muy natural es que la ley sea severa con el cónyuge que ocasiona el divorcio, pero esa severidad no debe ser en perjuicio de los intereses de la familia, y debe ser igual para con los dos cónyuges.

Según el Código civil. “El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiese hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio, por *adulterio, servicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge, ú otro crimen de igual gravedad.*”

El divorcio como está admitido en la generalidad de los Códigos modernos, supone un hecho grave, una falta del esposo que lo ocasiona. La distinción del artículo 167 del Código civil no tiene, pues, razón de ser y debería suprimirse, estableciendo la facultad de revocar las donaciones de un modo general, contra el cónyuge causante del divorcio.

Por lo demás, esa facultad de revocar las donaciones es perfectamente fundada. Toda donación, aun la donación entre vivos, lleva en cierto modo implícita, la condición de la gratitud del donatario para con el donante. Así

las donaciones entre vivos, en general, pueden revocarse por ingratitud, y se toma por tal, cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciera indigno de heredar al donante. Si esto pasa en las donaciones entre vivos y tratándose de personas extrañas ¿no será justo establecerlo también entre los cónyuges, entre los cuales siendo las obligaciones mayores y el deber de gratitud más alto, la ingratitud viene á ser enorme, si cabe aun usar ese término del Derecho Romano (1).

Para juzgar cuál de los esposos ha ocasionado el divorcio, y por qué causa, hay que atender al fallo del juez eclesiástico, pues el juez civil no tiene sino el hacer efectiva la sentencia de aquel. Ahora bien, por el Derecho Canónico, las causas de divorcio están bien especificadas y no son muy numerosas. No se explica, pues, el que el Código hable en términos tan generales "de otro crimen de igual gravedad." Y si el juez civil no reputa el crimen de *igual gravedad*, ante quién se discutirá la cuestión? Se entrará en un proceso civil largo para juzgar si es llegado ó no el caso de aplicar el artículo 167?

Aun en legislaciones como la francesa, en las que el divorcio implica la disolución del vínculo matrimonial, la ley no da por terminada toda obligación civil entre los cónyuges. El artículo 300 del Código francés, obliga al cónyuge que ha ocasionado el divorcio, á contribuir á la subsistencia del otro cónyuge, salvo cuando las ventajas estipuladas en el contrato de matrimonio á favor del último sean suficientes para asegurar dicha subsistencia.

Si esta obligación de alimentos se reconoce aún en los Códigos en los que el divorcio se admite *quoad vinculum*; con mayor razón tienen que reconocerla aquellos otros Códigos

(1) El art. 299 del Código civil francés dice: "El esposo contra el cual se hubiese pronunciado el divorcio, perderá todas las donaciones que le hubiese concedido el otro esposo, ya por el contrato de matrimonio, ya después de celebrado éste." (Ley del 27 de Julio de 1884). El art. 300 del mismo Código dice: "El esposo que hubiere obtenido el divorcio, conservará las donaciones que el otro esposo le hubiese concedido, aunque esas ventajas se hubiesen estipulado en calidad de recíprocas y la reciprocidad no tenga lugar."

El art. 212 del Código civil argentino dice: "El cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, podrá revocar las donaciones ó ventajas que en el contrato de matrimonio hubiese hecho ó prometido al otro cónyuge, y que debían tener efecto en vida ó después de su fallecimiento."

digos en los que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial.

Según el sistema seguido por el Código ecuatoriano, de acuerdo con el Código chileno, cualquiera de los cónyuges, en estado de indigencia tiene derecho á ser socorrido por el otro, con lo necesario para una modesta sustentación. Bien puede el cónyuge que se halla en estado de necesidad, ser el culpable; la ley, aun así, le da derecho á los alimentos necesarios, pues la culpa anterior no debe llegar en su castigo hasta el abandono de la desgracia presente, tratándose de seres, por tan estrecho vínculo unidos.

La ley hace diferencia entre los derechos del marido y los de la mujer, tratándose de la obligación alimentaria. Si él es el que ha dado causa al divorcio, aunque la mujer no se halle en estado de necesidad, debe contribuir á la congrua y decente sustentación de ella. Lo necesario para esa sustentación, congrua y decente, lo arreglará el juez, según la fortuna, posición social, etc., etc., de ambos cónyuges. El marido no goza de igual derecho, respecto de su mujer, pues, aun cuando la mujer sea la culpable, la ley no ha querido que el marido sea sostenido por ella, sino en caso necesario. En caso de adulterio de la mujer, el marido conserva aún la administración y el usufructo de los bienes de la mujer, como lo hemos visto, pero exceptuado este caso, de cuya injusticia hemos hablado, el marido inocente podría hallarse en relativa pobreza, mientras la mujer divorciada culpable, tal vez en la opulencia. En esto hay también injusticia. El sistema del Código peca por falta de reciprocidad.

Los casos que ocasionan el divorcio suelen ser de *injuria atroz*, tal por ejemplo, el adulterio. La obligación de prestar alimentos cesa en caso de *injuria atroz*, [Art. 314] y las obligaciones alimentarias entre los cónyuges divorciados, quedarían de ordinario sin efecto, en virtud de esta disposición, si no fueran, como son, *especiales* para los cónyuges divorciados, es decir, no sujetas á las reglas generales sobre alimentos. Quizás, precisamente, por esto, el Código en sus artículos 169 á 172, no menciona la palabra *alimentos*, habla de sustentación, con lo cual se ha querido también dejar al juez más libertad de acción, sin tener que ceñirse á la elección de alimentos, congruos ó necesarios.

La ley no puede preveer muchos casos especiales, que en la práctica suelen presentarse á cada paso. Las disposiciones legales, muchas veces perfectas en un terreno especulativo, son origen de injusticias en la práctica. Hay circunstancias, hay motivos que se escapan á la previsión del legislador más sabio. Para atenuar el rigor de las disposiciones legales, cuando la previsión no puede ir muy lejos y los casos son difíciles, la misma ley debe dejar mucho al criterio del juez. Esto es lo que el legislador ha tenido en cuenta, al establecer el artículo 172 del Código civil, que viene á moderar el rigor de las disposiciones anteriores, y á corregir en cierto modo, la enorme injusticia contenida en el artículo 166.

Aquel adulterio de la mujer que da motivo á una especie de confiscación de sus bienes, en provecho del marido, puede haber sido tal vez motivado por este mismo. Puede haber tenido origen el mal, en causas que quizás la ley no puede consignar; pero que un juez íntegro é inteligente, sí puede comprender. ¿Cuántos misterios suele haber en el fondo de ese drama, tantas veces repetido, del adulterio? El juez podrá, pues, mediante un recto criterio, no torcer la espada de la justicia, que es la de la ley, pero sí hacerla menos inflexible.

Esta disposición del artículo 172, es especial del Código chileno. No la hemos encontrado en el francés, ni en ninguno de los otros Códigos por nosotros consultados.

La ley, al reglamentar los efectos civiles del divorcio, tiene que preocuparse, y muy seriamente, de determinar lo relativo al cuidado, educación, etc., etc., de los hijos de los cónyuges divorciados. El divorcio introduce una perturbación profunda en el seno de la familia, y hay que procurar que esa perturbación produzca el menor daño posible á los hijos.

Así, en todos los Códigos, encontramos entre los efectos del divorcio, las disposiciones relativas á este particular. El Código ecuatoriano, ó sea el chileno, las tiene también, aunque no entre las disposiciones sobre el divorcio, sino en el título referente á los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. Veamos cuáles son esas disposiciones.

“A la madre divorciada, haya dado ó no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores

de cinco años, sin distinción de sexo y de los hijos de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los de cualquiera edad ó sexo, cuando por la depravación de la madre, sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio. En estos casos ó en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo, al padre." (Art. 216). "Toca al padre durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido cinco años; salvo que por la depravación del padre, ó por otras causas de inhabilidad prefiera el juez confiarlos á la madre" [Art. 217]. "Podrá el juez, en caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona ó personas competentes. En la elección de estas personas, se preferirá á los consanguíneos más próximos y sobre todo á los ascendientes legítimos" (Art. 218).

El Código chileno no signió el sistema del Código de Napoleón en esta materia. Según este Código "los hijos serán confiados al esposo que ha obtenido el divorcio, á menos que el tribunal á petición de la familia ó del Ministerio público, ordene, para ventaja de los hijos, que todos ó algunos de ellos, sean confiados al otro esposo ó á una tercera persona" [Art. 302]. Esta misma disposición debe aplicarse al caso de separación de cuerpos, en el sentir de los comentadores, aunque el Código nada dice expresamente (1).

Más conveniente nos parece el sistema del Código chileno, aunque quizás el del Código francés se basa en más estricta justicia. Indudablemente el cónyuge que ha ocasionado el divorcio no presta suficientes garantías para confiarle la educación de los hijos; pero, por otra parte, éstos, cuando son menores de cierta edad, necesitan á todo trance de los cuidados de la madre. Indudablemente, de esos cuidados, necesitan también imperiosamente los hijos, de cualquiera edad que sean. Los cuidados de la madre son tales que nada puede reemplazarlos con ventaja; el amor á los hijos, los afectos que la maternidad inspira, no

(1) Aubry y Rau. Curso de Derecho civil francés según el método de Zacarías. Tomo V, § 494.

desaparecen, sino mediante un grado, no común, de corrupción. Por otra parte, para precaverse contra un notorio peligro de los hijos, el artículo 216 del Código civil, deja la acción del juez expedita. Si él encuentra que la depravación de la madre puede ser causa de perversión para los hijos, puede confiarlos al padre; así como puede confiar los hijos menores á la madre, cuando se hallan en igual caso respecto del padre.

Según el Código argentino "los hijos menores de cinco años quedarán siempre á cargo de la mujer. Los mayores de esta edad, se entregarán al esposo que, á juicio del juez, sea el más á propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó mujer, preferente derecho á tenerlos." (Art. 213).

Esta disposición del Código argentino, más sencilla que la del Código chileno, es no obstante inferior á la de éste. Esa incertidumbre de á cuál de los esposos se han de entregar los hijos mayores de cinco años, no es en ninguna manera conveniente; dará lugar á litigios y discusiones frecuentes y encenderá los odios, que más ya aplacados, entre los divorciados.

Para terminar este capítulo, hablaremos de las facultades de la mujer divorciada, en el ejercicio de sus derechos civiles, materia sobre la cual hemos hablado ya, incidentalmente en otros capítulos de esta obra.

En general, la mujer divorciada está sujeta, como lo está la mujer separada de bienes, á todos los preceptos legales, impuestos á la mujer casada, salvas las expresas excepciones legales.

Así para comparecer en juicio la mujer necesita de la autorización del marido. Ninguna disposición legal la exceptúa, en esta materia, del Derecho común, como lo hemos manifestado ya en el Capítulo II de la Sección. I de este tomo.

Respecto de los bienes, la mujer simplemente tiene la facultad de administrar con independenciam del marido, los bienes sacados de poder de aquel, ó adquiridos después del divorcio. Esa facultad no implica la de enajenar los inmuebles, pues la enajenación de bienes raíces no es facultad administrativa. En cuanto á la enajenación de muebles, no hay duda de que la mujer puede enajenarlos, ya porque esa facultad sí es administrativa, como porque el

divorcio implica separación de bienes, y teniendo la mujer separada de bienes, facultad de enajenar sus muebles, por expresa disposición de la ley, la mujer divorciada tiene también dicha facultad.

Asímismo, necesita la mujer divorciada para enajenar sus bienes raíces, de la autorización judicial. El artículo 138 del Código civil, obliga á la mujer casada, en cualquier estado en que se halle; la ley no tiene excepción ninguna á este respecto ni para el caso de divorcio, ni para el de separación de bienes.

El comentador chileno (1), Vera sostiene que la mujer divorciada necesita de la autorización judicial para enajenar sus bienes raíces, pero no de la autorización del marido. No hemos encontrado razón alguna en la que pueda apoyarse tal distinción, pues las disposiciones del Código civil chileno, relativas á la autorización del marido y á la autorización judicial, no sufren excepción ninguna legal, que conozcamos, ni respecto de la mujer divorciada, ni en cuanto á la separada de bienes, sino es en lo que á los bienes muebles respecta.

(1) Vera. Estudio del Código civil, Tomo V, Art. 1757. El mismo Vera en apoyo de la opinión de que la mujer divorciada, necesita de la autorización de la justicia para enajenar sus inmuebles, copia el siguiente fallo interesante del Tribunal Supremo chileno. Los considerandos de dicho fallo dicen: 1º Que el art. 144 del Código civil prohíbe á la mujer, al marido y á ambos juntos, enajenar ó hipotecar los bienes raíces de aquella, sin autorización judicial, con conocimiento de causa; 2º Que esta prohibición es impuesta á los cónyuges en su carácter de tales, como parte del contrato de matrimonio y no como miembros de la sociedad de bienes, que pueda ó no existir mientras exista aquel contrato, pues á esta sociedad se refieren los arts. 1754 y 1759 del mismo Código, según sea ordinaria ó extraordinaria la administración; 3º Que si así no fuera carecerían de objeto algunas de las disposiciones citadas, lo que es contrario á la regla de interpretación que establece el art. 1662 del Código citado; 4º Que esta prohibición no tiene excepción á favor de la mujer divorciada, pues á ella solo le permite el art. 173, administrar sus bienes con independencia del marido; 5º Que esta facultad que solo la liberta de la enajenación del marido, en sus negocios, no excluye la *autorización judicial*, con conocimiento de causa, que se requiere como una tercera voluntad, para que puedan enajenarse los bienes raíces de la mujer casada, mientras subsista el matrimonio; 6º Que el espíritu general del Código civil, manifiesta que el legislador, al exigir autorización judicial para la enajenación de los bienes raíces de la mujer casada, no quiso solo libertarla de la influencia del marido, desde que impide esa misma enajenación á la mujer separada de bienes por ausencia del marido, caso en que esa influencia no puede hacerse sentir; 7º Que aun cuando solo se hubiera tratado de evitar esa influencia, la prohibición de enajenar sin la autorización de la justicia, debe subsistir durante el estado de divorcio, puesto que es posible una reconciliación privada entre los cónyuges, durante la cual se podría hacer sentir esa influencia con más fuerza que antes.

Así es como entendemos nosotros las disposiciones del Código chileno ó sea las del ecuatoriano, sin que por esto tratemos de defenderlas, pues, por el contrario, creemos que la reforma es necesaria en esta materia.

Exigir á la mujer divorciada, la autorización del marido, sea para comparecer en juicio, sea para enajenar sus inmuebles, etc., es someterla á una formalidad que en muchos casos hará imposible para la mujer el ejercicio de sus derechos civiles. El divorcio, mejor dicho, las causas que lo producen, dejan siempre profundos resentimientos entre los divorciados, sino odio, y en tales circunstancias la ley no puede dejar á uno de ellos autoridad sobre los actos del otro. La mujer preferirá, casi siempre, el abstenerse de un acto civil cualquiera, antes que sujetarse á pedir una autorización que la humilla.

Además, según los principios por nosotros defendidos en esta obra, la autorización marital, en primer término se desprende del principio de obediencia necesario en toda sociedad y especialmente en la sociedad formada por los cónyuges. Ahora bien, si de hecho, esa sociedad no desaparece por el divorcio, de hecho sí desaparece y el principio de obediencia y la autorización consiguiente, no tienen razón ninguna de ser.

Pero al menos, se dirá, la necesidad de la autorización judicial debe subsistir en provecho de la familia misma. A esto observamos, que la autorización judicial se ha establecido, ya para subsanar la falta de la del marido cuando la de éste es necesaria, ya para resguardar á la mujer contra las influencias de aquel, cuando se trata de ciertos actos de trascendencia. Ahora bien, si desaparece la sociedad de los cónyuges, ya relativamente á sus personas, ya relativamente á sus bienes, desaparecerán los motivos en que se fundía la autorización judicial. La autorización marital no puede subsistir, luego, tampoco la judicial que la suple; las influencias del marido han desaparecido, las precauciones contra esas influencias son ya inútiles.

No pasa lo mismo en el estado de simple separación de bienes. Esta afecta solamente á los bienes; si la sociedad conyugal, como la ley la entiende, no existe, si subsiste la comunidad de vida entre los cónyuges.

Pero se dirá que el eximir á la mujer de la necesidad de la autorización del marido ó de la autorización de la

justicia, es fomentar el divorcio, es premiar á la mujer por una falta, cuando ella ha sido la causa del divorcio.

Ordinariamente no son las consecuencias civiles del divorcio las que influyen en el ánimo de los cónyuges, para ocasionarlo. Son motivos del todo independientes, y una vez que ese mal se produce, á la ley solo le corresponde el aceptar y el reglamentar el nuevo estado de cosas, del modo más justo y conveniente.

Hacer distinciones entre los casos en los que la mujer ha originado el divorcio, y aquellos en los que no lo ha originado, para reglar su capacidad civil, sería acaso posible en un terreno puramente moral, pero no en un terreno legal, que es en el que nos hemos ocupado. La ley, al determinar las facultades de la mujer divorciada, tiene que hacerlo de un modo general, sin atender á circunstancias especiales, pues estas variarán en cada caso particular.

La autorización del marido cuando éste no es ya el asociado y el compañero de la mujer, cuando, tal vez, lo mueve solo el odio, no es ni siquiera una garantía para los intereses de los hijos. La mujer puede dilapidar sus bienes, pero el marido puede hacer otro tanto, sin que haya remedio legal contra él. Ahora, respecto de la autorización judicial, si ésta se impone á la mujer para ciertos actos por el bien de los hijos ¿por qué no se impone también al marido por igual consideración?

En estas razones se apoyaron los legisladores franceses de 1893, para devolver á la mujer separada de cuerpos el pleno ejercicio de su capacidad civil, reformando así las disposiciones del Código de Napoleón (1).

(1) En el Capítulo anterior hemos hablado de las discusiones á que dió lugar en Francia, esta reforma y de las divergencias entre la Comisión Parlamentaria y el Consejo de Estado. La comisión quería establecer una capacidad para la mujer que había dado causa á la separación, y otra distinta para la mujer que había obtenido aquella. Hablando de este proyecto nos dice uno de los más eminentes comentadores franceses: "La distinción que sirve de base al proyecto votado por el Senado es verdaderamente inadmisibile. Esa distinción es el resultado de la tendencia de ciertos tratadistas teóricos, que quieren fundar el derecho positivo en solo la moral pura. No se trata de discernir una recompensa á la virtud, ni de inflingir un castigo al vicio, sino simplemente de arreglar una cuestión de capacidad civil. ¿Qué relación puede haber entre las faltas más ó menos graves de una mujer, y la capacidad de ella para manejar sus bienes? Querer subordinar esta capacidad á los resultados de un proceso sobre separación de cuerpos, es introducir en nuestra ley un régimen semejante al *Cant inglés* es decir una gazmonería, una mez-

En ellas se fundaron también los legisladores argentinos del 1889, al establecer que la mujer divorciada mayor de edad, puede ejercer todos los actos de la vida civil y al reformar así las disposiciones del Código civil argentino.

ela de burla y de hipocresía, que repugna al espíritu francés. Es pues, de esperar que esa distinción, desaparecerá del texto definitivo." Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, § 479. La distinción desapareció realmente, al votarse la ley, prevaleciendo así, la opinión del Consejo de Estado.

CAPITULO FINAL

El divorcio según la ley de matrimonio civil, dictada por el Congreso del Ecuador de 1902

Nos habíamos propuesto que el capítulo anterior, fuese el último de este tomo; pero, en prensa ya dicho capítulo, se ha dictado por el Congreso del Ecuador, la ley de matrimonio civil, lo cual nos obliga á añadir un ligero estudio sobre las disposiciones de esa ley, en la parte en la que se refieren á las materias consideradas en este volumen [1], esto es, en la parte concerniente al divorcio y á la separación de cuerpos.

(1) Dejamos á plumas más ilustradas que la nuestra, el examinar detenidamente esa ley, pero copiamos aquí las palabras del eminente comentar y jurisconsulto argentino Don Damasio Vélez Sarsfiel, como una prueba de que no son despreciables las opiniones de quienes juzgan que el matrimonio no puede quedar reducido á un acto meramente civil. Dice así el citado comentar, en sus notas al art. 167 del Código argentino.

“Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso. De los códigos modernos sólo el de Bélgica, el del Ducado de Baden, y últimamente el de Cerdeña, hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagración de la Iglesia. Los pueblos sujetos á la Iglesia griega reconocen un sacramento en la unión conyugal, y la celebración del matrimonio debe hacerse en conformidad á las leyes de la Iglesia [Código de Rusia, título *Del Matrimonio*]. Las naciones que siguen las religiones protestantes, aunque miran el matrimonio como un contrato civil, han juzgado que el simple contrato no basta para dar al matrimonio el carácter que debe tener, y han dispuesto que para ser válido, debe celebrarse ante la Iglesia y por un sacerdote de la religión de los esposos. Blackstone, lib. 1, cap. 15. Podemos decir entonces, que en todas las naciones de Europa y de América, con excepción de tres, el matrimonio civil del Código Francés, no ha encontrado imitadores.

Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de

La nueva ley distingue el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial” del “divorcio de mera separación de vida marital.” [Arts. 21 y 22].

En el *proyecto de ley*, presentado al Congreso ecuatoriano de 1901, por el señor Ministro de Instrucción Pública, se distinguía el divorcio en *temporal* y *perpetuo*, pero ninguno de ellos disolvía el vínculo. El temporal podría durar hasta diez años, el perpetuo indefinidamente. Como causales de divorcio, se señalaban en dicho proyecto, las siguientes:

- 1^a El adulterio de la mujer ó del marido;
- 2^a Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- 3^a Sevicia ó malos tratamientos graves de palabra, del un cónyuge respecto del otro;
- 4^a Ser uno de los cónyuges autor, instigador ó cómplice en la perpetración de un delito contra la honra, vida ó bienes del otro cónyuge ó de sus hijos;
- 5^a La tentativa del marido para prostituir á la mujer ó á sus hijos;
- 6^a Negarse la mujer á seguir al marido, sin causa legal;

las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar á las personas católicas á desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable á los pueblos y á las familias.

Para los que no profesan la religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella á nadie obliga á abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar á Dios en los altares de su culto.

El resultado que ha producido en Francia la ley del matrimonio civil, nos demuestra que el Código de Napoleón no ha hecho sino obligar á católicos y protestantes á contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Solo á los que no profesan religión alguna, puede satisfacer el matrimonio civil. Otras veces ha causado cuestiones de las más grandes consecuencias la validez del acto civil, cuando no es seguido de la celebración religiosa, que debió suponerse una condición implícita, bajo la cual únicamente una persona católica podía consentir en el matrimonio civil. “Cuando una mujer sostenga ante los tribunales, dice Bressolles, que con sólo el acto civil no está casada: que así se lo enseñan y se lo mandan los preceptos de su religión, y que ningún poder sobre la tierra la obligaría á vivir en un estado que para ella no es sino un comercio criminal, ¿qué responderíamos á este grito imperioso de la conciencia, y qué recurso nos ofrece la ley? Ninguno, le responde Thierriet, por más vergonzoso que esto sea para nuestra civilización. La nulidad del matrimonio, le contesta Bressolles, si nos guiamos por los principios que rigen los contratos.” *Revista de Legislación* de Wolowski, año 1846, tomo 3, pág. 342. [En ese mismo tomo, desde la página 161, puede verse la discusión sobre el matrimonio civil, entre los jurisconsultos Bressolles, Delpuch y Thierriet].

- 7^a Abandono del hogar común;
- 8^a Impotencia;
- 9^a Ausencia por más de cinco años, sin causa justa;
10. Resistencia á cumplir las obligaciones conyugales, sin motivo justificable;
11. Pasión por el juego;
12. Embriaguez habitual;
13. Disipación;
14. Condenación á uno de los cónyuges por delito ó crimen;
15. Malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos á punto de poner en peligro su vida;
16. Enfermedad contagiosa ó infecciosa.

Las causales 6^a, 7^a, 8^a, 9^a, 10, 11 y 15 se determinaban como de divorcio simplemente temporal; las otras como de divorcio perpetuo. Correspondía al juez el fijar, según las circunstancias, la duración del divorcio temporal.

Este proyecto, á nuestro parecer, fué tomado, en gran parte, de la ley de matrimonio civil, sancionada en Chile por el Presidente Santa María, en 10 de Enero de 1884.

Sometido el proyecto á que nos referimos, á la consideración del Congreso ecuatoriano de 1901, no alcanzó á ser discutido sino por la Cámara de Diputados, la cual introdujo en él capitales reformas. El divorcio, que, según el proyecto del Ministerio, no podía disolver el matrimonio en ningún caso, venía á disolverlo, según el proyecto en la Cámara de Diputados aceptado, en muchos casos, pues las causales señaladas eran numerosas. Se prescindió, pues, de la distinción del divorcio en temporal y perpetuo, como que el divorcio debía ser siempre causa de la disolución del matrimonio, y en lugar del divorcio temporal, del proyecto primitivo, se introdujo la "separación de vida común" ó sea "la separación de cuerpos" del Código francés.

Las causales para la separación de cuerpos eran las mismas que para el divorcio. Estas eran solo trece, pues del proyecto del Ministerio se eliminaron las siguientes causales:

- La embriaguez habitual;
- La enfermedad contagiosa;
- Los malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos, á punto de poner en peligro su vida.

En uno y otro proyecto, la acción de divorcio debía prescribir en un año, contado desde la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda.

En cuanto á los efectos civiles del divorcio, el proyecto del Ministerio nada determinaba. Debía, pues, el Código civil, seguir rigiendo en la materia.

En el proyecto de la Cámara de Diputados, se determinaba que "sin perjuicio de la disolución del matrimonio, y con excepción del derecho del marido para retener el usufructo de los bienes de la mujer," los efectos del divorcio serían los mismos que determina el Código civil. Nada se decía sobre la administración de los bienes de la mujer, ni sobre los gananciales atribuidos al marido, por el artículo 166 del mismo Código civil.

El artículo 168 del Código civil, relativo á las facultades de la mujer divorciada, debería aplicarse, según el proyecto de la Cámara, exclusivamente, al caso de separación de la vida común. Lo cual quería decir, aunque no se expresase así, que la mujer divorciada, una vez que el divorcio disolvía el vínculo, recobraba el pleno ejercicio de su capacidad civil.

Igualmente, el artículo 173 del Código civil, relativo á la reconciliación entre los divorciados, no podía tener ya aplicación, sino respecto de los cónyuges separados de cuerpos.

La Cámara del Senado de 1902, á la que pasó el proyecto aceptado en la de Diputados en 1901, no aceptó éste, sino con modificaciones tan importantes y numerosas, que apenas quedaron pocos artículos del proyecto primitivo. Dichas modificaciones fueron aceptadas todas por la Cámara de Diputados, y el proyecto, así modificado en el Senado, y sancionado por el Ejecutivo, es ya hoy ley del Ecuador.

Hecha ya esta breve reseña histórica, examinemos las disposiciones nuevas, en cuanto al divorcio y á la separación de cuerpos se refiere.

El divorcio es ya la disolución del vínculo conyugal. Efectivamente el artículo 20 de la ley citada dice:

"El matrimonio termina:

- 1º Por la muerte natural de uno de los cónyuges;
- 2º Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;

3º Por sentencia ejecutoriada que declare la muerte por presunción, en el caso de desaparecimiento por más de diez años;

4º Por divorcio que disuelva el vínculo matrimonial declarado por sentencia ejecutoriada.”

En el curso de este volumen, hemos tenido ocasión de manifestar nuestro modo de pensar, en cuanto al divorcio, considerado como disolución del vínculo (1). El único matrimonio capaz de garantizar suficientemente el porvenir de la familia y sobre todo, el de la mujer y el de los hijos, es el matrimonio *indisoluble*. Aun prescindiendo, por el momento, del carácter, que para los católicos tiene el matrimonio, como sacramento, que es de la Ley Nueva, y como tal insoluble, y colocada la cuestión en un terreno puramente histórico y filosófico, tenemos de convenir en que la posibilidad de que el matrimonio se disuelva por otra causa, que no sea la de la muerte de uno de los cónyuges (2), lleva consigo, en cierto modo, la relajación del vínculo matrimonial mismo. Esa expectativa de una posible ruptura del lazo conyugal, no puede menos de ser causa de expectativa penosa entre dos seres, para quienes no cabe, sino la más absoluta confianza en un porvenir, que no puede, que no debe ser, sino el mismo, para ellos y para sus hijos.

La historia es sabia maestra de los pueblos, y los legisladores que la estudien con espíritu sereno, que miren en los hechos que la forman, no los frutos del acaso, sino los eslabones de una no interrumpida y bien combinada cadena; los legisladores capaces de deducir de la *historia*, la *filosofía* de esa *historia*, encontrarán que en donde quiera que se dieron leyes para relajar el vínculo insoluble del matrimonio, esas leyes fueron profundamente perturbadoras.

Varía la historia, por cuanto varían los acontecimientos que la constituyen; pero las causas morales que los

(1) Primera parte. Cap. III.

(2) Se dirá tal vez que la misma Iglesia reconoce dos causas más de disolución del matrimonio, á saber: la *profesión religiosa* de uno de los cónyuges y la *conversión á la fe católica* de uno de ellos, si el otro continúa heterodoxo ó infiel. La primera causal solo la admite la Iglesia para el matrimonio *no consumado*; la otra causa requiere también muchas condiciones, y en todo caso, una y otra causal son del dominio del Derecho canónico exclusivamente.

producen suelen ser las mismas. Los protagonistas, los actores, en este drama constante de la humanidad, se suceden unos á otros, pero las pasiones en juego son las mismas; los intereses y los sentimientos, los mismos son. Por eso, nunca será desacertado el buscar en el pasado las analogías con el presente, el acudir á la historia de las viejas civilizaciones para indagar en la ruina de ellas, las causas posibles de decadencia en las civilizaciones nacientes.

Un ilustre historiador, y cuya opinión tiene sobrado peso para los enemigos del Catolicismo, ya que enemigo es también él, y muy calificado, nos señala como una de las causas de la decadencia de la sociedad romana, la relajación del vínculo matrimonial, por las leyes de Roma y la frecuencia de los divorcios, á esa relajación consiguiente. Nos referimos á Gibbon y á su inmortal obra sobre la decadencia y ruina del Imperio Romano. "La más tierna de las afecciones humanas, dice el historiador, quedó degradada, á una pasajera unión de interés y de placer." "*The most tender of human connexions was degraded to á transient society of profit or pleasure*" [1].

En el capítulo III de este volumen, al recordar la evolución jurídica de la autoridad marital en Roma, hemos manifestado, cuán enorme fué el mal causado por las leyes que relajaron el matrimonio. En vano los emperadores cristianos, trataron de poner remedio á ese mal; era muy profundo. Los Césares habían procurado corromper la familia, porque corrompida la familia, la Nación lo estaba ya, y era una Nación corrompida lo que necesitaban esos tiranos. Ahora bien, corrompida la familia, el moralizarla no era obra de un día.

La acción desmoralizadora del divorcio, como relajación del vínculo matrimonial, es sobre todo, respecto de los hijos, que se produce. La mujer es víctima también del divorcio, pero al menos á ella se la hace aparecer, en muchos casos, como la responsable del mal causado. Otras veces, inexperta, acude, como á un remedio, al mal que sus males ha de agravar. Pero respecto de los hijos ¿qué excusa puede el legislador alegar? Disuelto el matrimonio, hay que disponer de ellos, por lotes; unos van á la madre, otros al padre, pero ni los unos, ni los otros, tienen ya un

(1) The Student's Gibbon. Cap. XXIII.

hogar común en el cual pueda formarse la fecunda, la in-conmovible unión de la familia. Muchos de esos hijos no se conocerán entre ellos, otros guardarán ya sus inocentes afecciones, amargadas por el recuerdo de esa orfandad prematura, á veces más cruel que la que la muerte ocasiona, pues al menos ésta apaga los odios y las venganzas, que el divorcio enciende. La fortuna de los padres se subdivide, en virtud de los nuevos matrimonios. Los afectos nuevos, suceden á los afectos viejos, y los hijos del primer matrimonio, suelen ser siempre los pospuestos. Si el divorcio, causa males, son, pues, los hijos los que los soportan en primer término, y si otras razones no hubiese, debería desterrarse de los Códigos el divorcio, disolución del vínculo, como un tributo á las generaciones que están por venir.

Para librar á los cónyuges de los tormentos de una vida común insoportable, queda la *separación de cuerpos*, la cual, si es á mal, no lo es tan grande. Pero el propósito de aliviar á los cónyuges, separándolos, no debe llegar hasta eximirlos con perjuicio de la sociedad toda, de las consecuencias de un hecho consumado y de una resolución irrevocable. ¡Cuántas resoluciones son fatales en la vida, cuántos arrepentimientos ocasionan, y sin embargo, el legislador tiene que cruzarse de brazos! ¡Las donaciones entre vivos, los contratos todos, la mayor parte de los actos de vida civil, y aun los de la vida social, no ocasionan también consecuencias irremediables?

¿Qué razones tan poderosas han podido estimular á los legisladores ecuatorianos de 1902, á introducir el divorcio, como disolución del vínculo? ¿Tan apremiante, tan conveniente la reforma era, que exigiese el pasar por encima de creencias y de sentimientos, dignos de todo respeto? ¿Estaba ya el Ecuador en circunstancias tan diferentes de las demás naciones latino-americanas, que fuese necesario el introducir el divorcio, en forma rechazada aún, en la generalidad de esas naciones.

Los pueblos de la América latina han vivido en medio de convulsiones políticas, no interrumpidas; con contadas excepciones, han malgastado sus fuerzas en un batallar político incesante. Y, sin embargo, en medio de los cataclismos de su tormentosa vida, y como por un instinto de conservación, han dejado esos pueblos, intactas, al-

guas de las instituciones civiles, para sacar de ellas, tras de desgaste tanto, todo el vigor que necesitan, para vivir nueva vida.

Ni la Argentina, ni Chile, ni Méjico, para citar en primer término á las naciones que van á la cabeza del progreso latino americano, se han atrevido á admitir el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, y cuenta con que pueblos son esos, en los que hay ya grandes masas de población europea, millares de individuos que profesan religiones diferentes, en los que, en fin, la emigración ha tomado ya grandes proporciones (1).

En Colombia, en donde hubo tiempo, en el que los legisladores quisieron Casayar, en política, todas las locuras, y en legislación, todas las utopías, no se admitió, tampoco, el divorcio, disolución del vínculo. Los rudos golpes de una demagogia ávida de destrucción y cruelmente ensañada contra el pasado, no llegaron, sin embargo, á romper el lazo del matrimonio, que es el lazo de la familia misma. "El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial" dice el artículo 153 del Código civil nacional, vigente en Colombia desde 1873 [2].

Aun en las naciones europeas, en donde las circunstancias varían tanto de las nuestras, en donde, por un grado de civilización y de cultura, al que, aun no podemos aspirar, pueden concebirse leyes imposibles entre nosotros, no existe el divorcio como disolución del vínculo. Muy pocas naciones han seguido en esta materia el sistema del Código francés. Ni aun la Italia, la liberal y reformadora Italia, la patria de los grandes jurisconsultos, ha llegado aún á admitir el divorcio en esa forma.

Veamos ahora cuales son las causales que, según la misma ley, producen el divorcio, como disolución del vínculo.

Según el artículo 21 de esa ley, solo hay una para el divorcio así considerado, y dicha causa es el *adulterio de la mujer*.

En el proyecto originario de la Cámara de Diputados

[1] Art. 64 de la ley argentina de matrimonio civil, Art. 19 de la ley chilena de matrimonio civil, Art. 269 del Código civil de Méjico,

[2] Este Código fué sancionado por el Presidente Manuel Murillo, el 26 de Mayo de 1873. En 1888, fué reformado por las leyes 53 y 153, expedidas por el Consejo Nacional.

de 1901, las causales de divorcio eran numerosas, según lo hemos visto ya. El Senado de 1902 las redujo á una sola. Quizás así se creyó relajar menos el lazo matrimonial, sin fijarse en que, las cuestiones de derecho, no son cuestiones de número, sino en primer término de moral. Si el matrimonio puede disolverse, por el divorcio, el mal está causado ya, sean pocas ó sean muchas las causas que se señalen para ello. Esta es cuestión secundaria, que irá variando con los caprichos de los legisladores.

Pero en la determinación, de la única causal para el divorcio, hay algo más, que ha llamado profundamente nuestra atención. Ya que se fijó el adulterio de la mujer como causa de la disolución del vínculo matrimonial, debió señalarse igual efecto al adulterio del marido.

Apenas puede concebirse esa distinción, en una ley dictada en los comienzos del siglo XX, cuando ya las reivindicaciones de las mujeres son una realidad en casi todos los Códigos modernos, cuando la vieja é injusta distinción entre el adulterio de la mujer y el adulterio del marido, ha sido rechazada por los tratadistas y los jurisconsultos modernos.

Si hay todavía quienes encuentran razones para distinguir, legalmente, el adulterio del marido del de la mujer, por las distintas consecuencias de uno y otro, esas diferencias las limitan ya, al terreno de la ley penal. Pero en un terreno, puramente civil, apenas habrá quien pueda sostener diferencia alguna, y menos quienes solo ven en el matrimonio un mero contrato, pues la violación de éste es tan grave, por el adulterio de la mujer, como por el del marido. Si la falta del cumplimiento de las estipulaciones de un contrato, resuelve el contrato mismo, el *matrimonio-contrato*, debe resolverse, ya sea la mujer, ya el marido, el que falta á la fe pactada. No debe distinguirse entre marido y mujer; uno y otro son contratantes en un contrato bilateral (1).

(1) En Francia según el antiguo texto del Código civil, la mujer no podía pedir el divorcio por el adulterio del marido, sino cuando éste había tenido una concubina en la casa común. La ley del 27 de Julio de 1884, restableció la igualdad entre los cónyuges. Hablando de esta reforma, nos dice, un distinguido comentador francés. "Esta reforma ha sido criticada en atención á que el adulterio de la mujer tiene consecuencias mucho más graves, que el cometido por el marido, tanto que, por esa circunstancia, ella es más severamente castigada. Pero Tronchet había respondido ya, que, si tratán-

En el capítulo V de la sección I, de este tomo, alegábamos nosotros, en contra de las diferencias que las leyes ecuatorianas señalan al adulterio de la mujer, respecto del del marido y alegábamos no solo en el terreno del derecho civil, sino en el del penal, sin imaginarnos que estábamos en vísperas de ver consagrar por un Congreso esas desigualdades, y no solo consagrar, sino agravar profundamente, ya que, según la nueva ley el adulterio de la mujer, puede aún romper el vínculo matrimonial mismo. Y en todo caso, como el marido puede intentar ó no la acción de divorcio, el vínculo está á merced del marido mismo. La condición de la mujer se ha hecho, pues, más dura. Con leyes tan jurídicamente retrógradas, volvería á ser la mujer la esclava y no la compañera del hombre. No podría siquiera decir al marido, como decía en los tiempos de la antigua Roma. *Ubi tu Caius ibi ego/ Caia*. "Donde tú eres el Señor, yo soy la Señora."

Es, pues, á la mujer á la que en primer término ha perjudicado la ley nueva; en primer lugar, por la disolubilidad del matrimonio, en segundo por la determinación de la única causal para el divorcio que disuelve el vínculo, determinación que constituye inmensa diferencia entre los cónyuges.

Los legisladores ecuatorianos de 1902, se inspiraron, al parecer, al dictar la ley de matrimonio civil, en la necesidad de sustraer el matrimonio del imperio exclusivo de las leyes canónicas, para someterlo á las civiles, exclusivamente. Sin embargo, esas leyes canónicas, tachadas de retrógradas, igualaron siempre á los esposos, esas leyes no diferenciaron nunca el adulterio del marido, del de la mujer. Y si progresar es volver á las diferencias odiosas de las antiguas edades, felices los pueblos que no progresan así.

dose de establecer una pena, contra el adulterio, pueden haber distinciones que sirvan para graduar esa pena, no así, si el adulterio se considera solo en relación al divorcio ó á la separación de cuerpos, pues entonces todo es igual entre los esposos. Es así como hay que tomar la cuestión: el adulterio considerado en sí mismo, debe ser causa de divorcio sea el marido ó la mujer el culpable, á causa de su gravedad intrínseca; cuando proviene de la mujer, pueden añadirse á la gravedad intrínseca las consecuencias que puede producir. Pero lo que es una razón más, respecto de la mujer, no puede ser una razón menos, respecto del marido." Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, Art. 229.

Examinado ya lo que es el divorcio, disolución del vínculo, según la citada ley de matrimonio civil, veamos lo que es según la misma, "el divorcio de mera separación de vida marital" que debió simplemente llamarse "separación de cuerpos," como en el Código francés.

Según el artículo 22 de dicha ley, producen este divorcio de separación de vida marital, las causas siguientes:

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

Estas causales son tomadas, más ó menos, de las señaladas en la generalidad de los Códigos latino-americanos, para la separación de cuerpos, pero la lógica ha faltado en la elección de ellas. Haremos algunas observaciones al respecto.

1ª *Adulterio de la mujer.* Como consecuencia de los principios predominantes en la ley que estudiamos, y según lo hemos visto ya, el adulterio de la mujer no produce los efectos del adulterio del marido, pues éste solo da derecho á pedir la separación de cuerpos. No repetiremos lo expuesto ya, sobre la injusticia que tal distinción envuelve. Hubiera sido más cuerdo el señalar como causal de separación, el adulterio del uno ó del otro cónyuge, sin dar al adulterio de la mujer el efecto de disolver el matrimonio. Debe también tenerse presente, que no figurando el adulterio de la mujer, como causa para la separación de cuerpos, el marido, en caso de dicho adulterio, no puede quedarse en un justo medio, pues tiene que optar por el divorcio, disolución del vínculo, ó abstenerse de toda acción.

2ª "*Sevicia atroz.*" Unos Códigos, como el argentino, enumeran como causa de divorcio simplemente "*la sevicia;*" otros como el francés dicen: "*sevicias ó injurias graves.*" La ley de matrimonio civil ecuatoriana, habla de sevicia atroz. ¿Cuál será la sevicia atroz? Si sevicia es "crueldad excesiva" [Diccionario de la Academia] ¿cómo cabe "crueldad excesiva atroz?" Debió haberse dicho, simplemente "La sevicia."

3ª "*Tentativa del uno de los conyuges contra la vida del*

otro." Esta es una causal que figura en casi todas las leyes sobre divorcio, si bien algunas, como la chilena, son más explícitas. Dice ella, en su artículo 21, inciso 3º: "Ser uno de los cónyuges, autor, instigador ó cómplice en la perpetración ó preparación de un delito contra los bienes, la honra ó la vida del otro cónyuge.

4ª "Tentativa del mar ~~o~~ para prostituir á la mujer, ó á sus hijos." Es una causal también generalmente aceptada.

5ª "Embriaguez consuetudinaria." Indudablemente la embriaguez consuetudinaria, es un vicio tal, que tiene de hacer imposible la vida común entre los cónyuges y así es muy justo que figure esa causal, entre las de divorcio temporal. Pero lo que no nos explicamos es por qué ha quedado esa causal y se suprimieron otras, quizás más graves, como la condena á una pena por crimen ó delito. La pena lleva consigo infamia é interdicción, y si algo debe dar motivo á una separación entre cónyuges, es la infamia de uno de ellos. Esa separación puede aún hacerse necesaria, como una medida para preservar á los hijos contra la corrupción del padre ó madre criminal.

Igual cosa decimos de la resistencia obstinada de la mujer, á seguir al marido, ó del abandono del hogar común.

En cuanto á la enfermedad contagiosa y á la impotencia que se determinaban también como causales, en el proyecto del Ministerio de Instrucción Pública, creemos que se ha procedido bien en suprimirlas. La desgracia debe tener sus fueros y el divorcio debe suponer siempre una falta, un hecho voluntario de uno de los cónyuges. Se concibe que la impotencia figure como causa de nulidad, cuando ha sido anterior al matrimonio; pero cuando ha sobrevenido, celebrado ya éste, no debe alegarse como causa de separación.

El artículo 155 del Código civil colombiano, contiene á este respecto, una disposición que encontramos digna de citarse, porque ella se inspira en un espíritu altamente humanitario. Dice dicho artículo: "La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra desgracia semejante, en alguno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y á instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en

cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones conyugales, para con el esposo desgraciado."

Veamos ahora las condiciones que por la nueva ley tiene la acción de divorcio.

Según el artículo 23 de la citada ley, la acción de divorcio corresponde al cónyuge inocente y es solo personal.

El divorcio es un recurso concedido al cónyuge ofendido contra el ofensor; por tanto, no puede nunca la acción del divorcio proponerla contra el cónyuge inocente. Este solo es el llamado á intentarla ó á desistir de ella, si quiere.

Tiene también la acción de divorcio que ser exclusivamente personal. No es de esas acciones que contribuyen á formar el patrimonio de una persona y que pueden cederse á terceros ó transmitirse en herencia. Se refiere á derechos exclusivamente personales, y como tal no puede nunca salir de la persona misma ofendida. Siendo esto así, ni siquiera puede intentarse la acción de divorcio por el representante legal de la persona á quien corresponde dicha acción, á no ser con el consentimiento del ofendido. Si por ejemplo, durante la demencia de un marido, la mujer comete adulterio, el guardador del marido no podrá intentar el divorcio. En nuestro concepto, ésta es consecuencia de que la acción sea solamente personal, y nos confirma en nuestra opinión, la de comentadores franceses distinguidos [1].

La acción de divorcio, según el artículo 24 de la ley que venimos estudiando, es irrenunciable.

Es principio inconcuso y que el Código civil consigna también, (Art. 1706), el de que los derechos que se refieren al orden público, son irrenunciables, y los derechos de familia son de esa clase. Los únicos derechos que pueden renunciarse son los que miran al interés individual del renunciante.

Pero una cosa es renunciar en general un derecho, por la ley conferido, y otra cosa es renunciar á él, cuando ya ese derecho ha nacido por un acto concreto. Lo primero es contrario al orden público, porque es privarse, de an-

(1) Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, § 305.

temano, de una arma concedida por la ley en guarda de intereses superiores; lo segundo no. Así, no es lo mismo renunciar en absoluto á pedir el divorcio, á renunciar á pedirlo, por un hecho ya consumado.

En virtud de esta distinción, hay leyes, como la chilena, que, al mismo tiempo que dan á la acción de divorcio, el carácter de irrenunciable, permiten la renuncia al derecho de pedir el divorcio, por causa existente y conocida, y aun dan por renunciado el derecho dicho, cuando ha seguido cohabitación [Art. 20 de la ley de matrimonio civil chilena].

La ley ecuatoriana establece en absoluto que la acción es irrenunciable; no podría, pues, caber ni aun la renuncia que fija la ley chilena, pero esto no quita que el cónyuge pueda intentarla ó no, á su arbitrio, ó que pueda desistir de ella, una vez intentada ya.

Según la ley que estudiamos, la acción de divorcio está sujeta á una prescripción subjetiva de un año, contado desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la causa ó del hecho en que se funde [Art. 25].

Esta prescripción subjetiva es generalmente admitida y se funda en la consideración de que el cónyuge ofendido que deja pasar tanto tiempo sin intentar la acción que la ley le confiere, debe de haber perdonado al culpable, y en la necesidad de que derechos de esa clase, tan delicados de suyo, y ocasionados á serias perturbaciones, no duren largo tiempo. Igual cosa sucede respecto del derecho que la ley concede al marido para reclamar contra la legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio. La prueba del tiempo en el que se tuvo conocimiento del hecho, causa de la acción, sero siempre difícil, como lo es esa clase de prueba, en los casos en que la ley la requiere. [Art. 178 del Código civil].

En esta prescripción subjetiva han añadido algunas leyes otra objetiva, es decir, dependiente solo del lapso de tiempo [1]. El proyecto sometido á la Cámara del Senado por los Senadores Marín y Villavicencio, contenía esta disposición: "En ningún caso se podrá proponer la acción de divorcio, cuando hubieren transcurrido cuatro años, desde que haya comenzado á existir la causa en que

(1) Art. 1571 del Código alemán.

se la pretenda fundar." Esta prescripción objetiva, es sobremanera conveniente, pues es perjudicial, como lo hemos dicho ya, dejar por mucho tiempo subsistente la acción del divorcio, y así es lamentable que no se la haya dejado en el texto de la ley. El tiempo, de suyo, es reparador y aun el derecho social de castigar á los delinquentes, se extingue por el lapso de tiempo.

Nada dice la nueva ley sobre la reconciliación, sin embargo de que nada hay más natural que el que la acción de divorcio y los efectos del divorcio mismo, se extingan por la reconciliación, la cual lleva consigo el perdón de la ofensa causada. Así lo reconoce la mayor parte de los Códigos que conocemos, entre ellos el francés, que dice: "La acción de divorcio se extingue por la reconciliación de los esposos, sobrevenida después de los hechos que hubiesen podido autorizarla, ó después de la demanda misma."

Debemos, no obstante, distinguir con los tratadistas franceses, la reconciliación la cual supone un pacto expreso ó tácito entre los cónyuges, y que es la que debe extinguir la acción de divorcio, del mero desistimiento de la acción por parte del ofendido, y del simple perdón, pues estos son actos individuales que, antes de ser aceptados por el ofensor, no extinguen la acción de divorcio [1].

Entendida la reconciliación de este modo, y asimilada á un pacto, debe extinguir la acción de divorcio, aun dado el silencio de la ley de matrimonio civil. Vendría á ser algo así como una transacción.

Pasemos ahora á los efectos civiles del divorcio, considerado éste como disolución del vínculo.

Dice la nueva ley, que tanto la nulidad como el divorcio, producirán sus efectos desde el día en que llegue á ejecutoriarse la sentencia que se diere en el juicio respectivo. [Art. 24].

(1) "Se puede concebir que la impresión dolorosa causada por la ofensa dure siempre; que esa impresión haga concebir la vida común como insostenible; pero que el esposo ofendido, en un momento de generosidad extrema ó de desprecio profundo, ó simplemente de cristiana caridad y de resignación, haga llegar á su cónyuge la manifestación de que la injuria recibida está perdonada. De este perdón, no puede deducirse la interción de volver á hacer vida común ó de renunciar el derecho de pedir, llegado el caso, la separación de cuerpos, ó el divorcio. El esposo ofendido no ha podido ligarse por su sola voluntad. La acción, pues, no se ha extinguido." Huc. Comentario teórico y práctico del Código civil. Tomo II, § 361.

Si el juicio de divorcio es ya un juicio civil cualquiera, claro es que los efectos del divorcio se han de desprender de la sentencia ejecutoriada; así como los efectos de un juicio de posesión ó de dominio se desprenden también de la sentencia respectiva. No nos explicamos esta disposición de la ley, sino por el temor de los legisladores de que aun pudiera creerse que las sentencias de los jueces eclesiásticos surtían efecto alguno. Dicha disposición se concebía cuando, como pasaba por el Código civil, el juez eclesiástico dictaba la sentencia y el juez civil la reconocía.

Debió también tenerse en cuenta que la acción de divorcio, como otras, da lugar á medidas *provisionales*, desde que se propone, medidas indispensables para la seguridad de la persona y bienes de la mujer. Si, pues, los efectos definitivos del divorcio se desprenden de la sentencia, el hecho de proponer la acción da lugar á efectos provisionales y debió hacerse distinción.

El silencio hubiera sido lo mejor, dejando el determinar lo conveniente á la respectiva ley adjetiva.

En seguida veremos también, la repetición que implica esta disposición de la ley de matrimonio civil, del artículo 165 del Código civil, artículo que se ha dejado vigente.

Pero sí se ha determinado el tiempo desde el cual el divorcio surte efectos civiles, nada se ha dicho sobre los *efectos mismos*, y siendo así que entre el divorcio que el Código civil reconoce y el que la nueva ley introduce, hay tan sustanciales diferencias, han quedado vigentes las disposiciones de dicho Código civil, al divorcio relativas, de las cuales, algunas vienen á ser del todo inaplicables.

Los únicos artículos del Código civil, expresamente derogados son los 163 y 164 que atribuían el juicio de divorcio á la autoridad eclesiástica, derogación consiguiente, al tenor y al espíritu de la ley nueva, pues si el matrimonio es un acto puramente civil, un mero contrato, claro es que las controversias á que él dé origen, ya en lo relativo á su validez, ya en lo relativo á su resolución ó á su ejecución, tienen de atribuirse á la autoridad civil.

Indudablemente esos artículos 163 y 164, eran muy absolutos y así lo hemos manifestado en el capítulo anterior de este tomo. Las disposiciones de esos artículos, magníficas si se hubiese hablado solo del "juicio de divor-

cio en matrimonios celebrados entre católicos" dejaban de ser aceptables para matrimonios entre *no católicos*, pues estos no podían acudir á la autoridad eclesiástica. Pero de un extremo se ha ido al otro y lejos de reformar esos artículos de una manera adecuada, se los ha derogado completamente, derogación que, lo repetimos, era consecuencia del tenor y del espíritu de la ley nueva.

Con adecuadas disposiciones en esta ley que hubiesen dado efectos civiles á los matrimonios celebrados conforme al rito católico ó á otro rito cualquiera, mediante la formalidad de la inscripción, y que luego hubiesen reconocido también los efectos de las sentencias sobre nulidad y divorcio dictadas por las respectivas autoridades eclesiásticas, el problema se hubiera resuelto sencillamente, y sin perturbar las creencias, se habría procedido á establecer las reformas que el Código civil requería.

El reconocimiento por la ley civil, de los efectos civiles de los matrimonios celebrados conforme á un rito cualquiera y debidamente inscritos, ha sido el justo medio adoptado en la mayor parte de los Estados de la Unión Americana, los cuales han querido manifestar así el respecto á todas las creencias y en especial el respecto á la *libertad religiosa*, consignada en la Constitución de ese gran pueblo.

Pasemos ahora al artículo 165 del Código civil, el cual según el artículo 30 de la ley de matrimonio civil, en vez de "decreto" dirá "sentencia" y en vez de "reconoce" dirá "declara."

Según el artículo 24 de la ley de matrimonio civil, citado ya, los efectos del divorcio se producen desde que se diere la sentencia en el juicio respectivo.

Según el artículo 30 de la misma ley, el artículo 165 del Código civil, dirá: "Los efectos civiles del divorcio principian por la sentencia del Juez civil que lo declara." Ahora bien, ¿cómo se explica esta repetición de dos disposiciones de una misma ley? El artículo 30 de la ley de matrimonio civil, imponía la derogación completa del inciso 1º del citado artículo 165 del Código civil.

También el inciso 2º del mencionado artículo 165 queda vigente, cuando tampoco tiene ya razón de ser. En virtud de este reconocimiento dice ese inciso 2º, se restituyen á la mujer sus bienes y se dispone de los ga-

nanciales como en el caso de disolución por causa de muerte, sin perjuicio de las excepciones que van á expresarse." Ahora bien ¿cuál es el reconocimiento de que ahora se trata? La sentencia no puede calificarse de *reconocimiento*. Esto en cuanto á la forma, que en cuanto al fondo, dicho inciso 2º es aún, menos aceptable ya. Si por el divorcio que disuelve el vínculo, termina el matrimonio, según el artículo 20 de la ley de matrimonio civil, claro es que se han de seguir las reglas generales para el caso de terminación del matrimonio, sin necesidad de otras reglas especiales. Esta disposición como las siguientes del Código civil, adecuadas para cuando el divorcio era simple separación temporal de los cónyuges, resulta del todo extraña, según el sistema de la ley nueva, conforme á la cual el divorcio tiene dos caracteres, sustancialmente distintos.

El artículo 166 del Código civil dice: "Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho á los gananciales y el marido tendrá la administración y el usufructo de los bienes de ella; excepto los que la mujer administre como separada de bienes, y los que adquiera á cualquier título, después del divorcio." Este artículo, aplicado al divorcio que disuelve el vínculo, resulta absurdo, pues, según la ley de matrimonio civil, á tal divorcio, es siempre la mujer la que da origen, y no hay, por tanto, lugar á la hipótesis que el artículo mencionado encierra. En cuanto al fondo de la disposición misma, ya en otra parte hemos manifestado, cuán injusta y odiosa es ella, por la desigualdad que establece entre los cónyuges. Esa especie de confiscación impuesta contra la mujer, en favor del marido, es un resto de las antiguas iniquidades, consignadas en los Códigos, cuando la mujer era la esclava y no la compañera del hombre. Y si algo nos asombra es, cómo, cuando se pregonaba la necesidad de una reforma progresista en los Códigos ecuatorianos, se dejaba incólume el artículo 166 del Código civil. ¿Cuándo el matrimonio ha terminado por el divorcio ¿puede concebirse que el marido tenga la administración y el usufructo de los bienes de la mujer, cualquiera que hubiese sido la conducta de ésta?

Ludablemente el estudiar las disposiciones de la ley de matrimonio civil, se encuentra que no deben de haber sido fruto de la razón fría del legislador, que busca el

bien común, sino engendro de la pasión sectaria. Y decimos esto, no con un propósito de recriminación que nos es del todo ajeno, sino con la imparcialidad del jurista que trata de buscar en el desorden del espíritu del legislador, las causas de la deficiencia de las leyes que existe.

El único artículo que ha podido quedar vigente de los del Código civil, relativos al divorcio, es el 167, pues él contiene una disposición justa, y aplicable, así cuando el divorcio es disolución del vínculo, como cuando es mera separación de cuerpos. Nada más natural, según en el capítulo anterior lo hemos visto, que la facultad concedida al cónyuge inocente, de revocar las donaciones hechas al cónyuge culpable, pues que la ingratitud viene, en cierto modo, á resolver esas donaciones. Pero el artículo 167 dicho, no obstante la justicia y conveniencia de la disposición que encierra, no puede quedar tampoco en la forma que actualmente tiene. Si el divorcio es disolución del vínculo, no cabe otra causal que la del adulterio de la mujer, y así no tiene razón de ser la hipótesis de las otras causales. Y si el divorcio es mera separación, habiendo la ley de matrimonio civil determinado, en su artículo 22, todas las causales de él, no cabe ya la vaguedad en los términos del artículo del Código civil, al que nos referimos.

Notable es también y mucho el silencio del legislador, en lo relativo al artículo 168 del Código civil. En el proyecto adoptado en la Cámara de Diputados de 1901, algo, al menos, se había determinado respecto de dicho artículo. En el proyecto que pasó á ser ley, el silencio fué completo.

Tenemos, pues, que según el tenor de este artículo, vigente aun, la mujer divorciada no tiene sino facultades meramente administrativas, de suerte que, no obstante la disolución del vínculo, tendrá de solicitar la autorización marital para actos de enajenación de bienes raíces. Ahora bien ¿cabe autorización marital cuando el matrimonio ha terminado, cuando no hay ya marido ni mujer, pues que estos han pasado á ser extraños entre sí? Tan absurda sería tal autorización, que, á pesar de la vigencia del artículo 168 del Código civil, éste no puede tener en la práctica aplicación ninguna, respecto de la mujer divor-

ciada *quoad vinculum*. Esta tendrá, no obstante, ese artículo, y por la fuerza misma de las cosas, plena capacidad civil.

Si alguna aplicación puede aún tener el mencionado artículo 168 del Código civil, será solo respecto del divorcio de mera separación de los cónyuges y aun para este caso, debieron hacerse las reformas de que hemos hablado en el anterior capítulo, y debió concederse á la mujer separada de cuerpos, el pleno ejercicio de su capacidad civil, tal como la tiene ya hoy por las leyes francesas, las argentinas y otras (1).

Exigir á la mujer separada de cuerpos, la autorización del marido, cuando la misma ley está señalando como causas de la separación, hechos tales, que no pueden menos de hacer imposible toda armonía entre los cónyuges, es simplemente incapacitar á la mujer para muchos actos de la vida civil.

Los artículos 169 á 172 del Código civil, relativos á la obligación de alimentos, entre los divorciados, no pueden tampoco seguir vigentes, pues ellos: aceptables quizás para cuando el divorcio es mera separación entre los cónyuges, no lo son para cuando el divorcio es disolución del vínculo. En este último caso, si alguna obligación alimentaria, puede reconocer aún la ley civil, entre seres á quienes ella misma declara desligados del lazo que los unía, esa obligación será, en cierto modo, como una pena impuesta al cónyuge culpable, respecto del inocente. No cabe, pues, ya obligación alguna alimenticia del cónyuge inocente para con el culpable.

¿La obligación del cónyuge que ha dado causa al divorcio deberá reducirse á lo estrictamente necesario para la subsistencia del culpable, ó deberá ser proporcionada á las facultades del obligado y suficiente á asegurar la congrua subsistencia del ofendido? Mas justo nos parece lo segundo, á pesar de que, siendo el adulterio de la mujer la única causa para el divorcio, que disuelve el vínculo, cualquiera obligación alimenticia que, como consecuencia de tal divorcio se imponga, es impuesta directamente á la mujer sola.

[1] Ley francesa del 6 de Febrero de 1893. Art. 73 de la ley argentina de matrimonio civil.

testad. del padre y la madre culpable perderá todo derecho á ejercerla, muerto ó incapacitado que sea el padre? Y si el divorcio es mera separación de cuerpos, ¿podrá ejercer la patria potestad el cónyuge causante de esa separación? No será más justo privar del usufructo y administración de los bienes de los hijos al padre, y en su caso á la madre, que ocasionan la ruina del hogar, y con ella, probable mente la de los hijos. El Código civil deficiente, en las prescripciones relativas á la patria potestad y en especial á los casos en los que ella debe terminar, es mucho más, dado el sistema de la nueva ley.

El Código francés (Art. 386) priva en absoluto del usufructo de los bienes de los hijos, á aquel de los padres contra quien el divorcio se hubiere dictado. El Código francés guarda en esto consecuencia con el sistema general por él seguido, pues, que, asimismo priva, sin distinción alguna, del cuidado de los hijos, al cónyuge culpable. Según el sistema seguido por el Código chileno, ó sea por el ecuatoriano, habría necesidad de hacer distinciones, pues, si se deja al cónyuge culpable el cuidado de los hijos, en ciertos casos, en reciprocidad, hay que dejarle también el usufructo de los bienes.

En todo caso, la incertidumbre domina hoy en la materia por la falta de prescripciones legales y admira, muy de veras, el ver cómo legisladores que han conmovido tan profundamente la sociedad doméstica, no se han preocupado para nada de los hijos, que deben ser el objeto predilecto de los cuidados del legislador.

Con respecto á los *límites temporales* del imperio de la nueva ley tenemos que hacer las siguientes observaciones.

¿La ley nueva sobre matrimonio civil debe aplicarse aún los matrimonios celebrados anteriormente á ella, suerte que un matrimonio indisoluble, cuando se celebra, pueda hoy terminar por divorcio?

La afirmativa se impone, sin duda alguna, ya en atención á los principios científicos que determinan el imperio temporal de las leyes, ya porque así lo establece expresamente el inciso 2º del artículo 7º del Código civil: "El estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución, subsistirá aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes á él se subordinará á la ley posterior, ora constituya nuevos derechos

ú obligaciones ó modifique ó derogue los antiguos. En consecuencia la subordinación ó dependencia *entre cónyuges*, padres é hijos, guardadores y pupilos, etc., se sujetarán á la nueva ley desde que principie á regir, sin perjuicio de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley posterior.”

Por tanto, los casados bajo el imperio de la ley que va á regir, desde el 1º de Enero de 1903, conservan su estado civil sin alteración ninguna, pero los derechos y obligaciones que, de ese estado se desprenden, tienen de sujetarse en todo á las prescripciones de la ley nueva [1].

Pero, aun supuesta la sujeción á la nueva ley, de los derechos y obligaciones consiguientes á un estado civil, ya adquirido ¿podrán invocarse como origen concreto de esos derechos, hechos anteriores á la vigencia de la ley nueva?

Se trata, por ejemplo, del divorcio que disuelve el vínculo. ¿Podrá el marido invocar contra su mujer el

[1] La exposición de los principios jurídicos generalmente aceptados en esta materia ha sido hecha con claridad y precisión supremas, en la obra del distinguido tratadista Luis F. Borja, varias veces citado en este libro. Dice así él, en su comentario al art. 3º del Código chileno. “Los esposos que contraen matrimonio, adquieren irrevocablemente el estado civil de cónyuges, aunque la ley posterior declare nulos los matrimonios posteriores que se celebren, conforme á la ley antigua. Pero todos los derechos y obligaciones concernientes al estado civil de marido y mujer se subordinan á la ley posterior. El marido, por ejemplo, podría compeler judicialmente á su consorte á vivir con él y seguirle á donde quiera que traslade su domicilio, aunque la ley bajo cuyo imperio fué celebrado el matrimonio hubiese permitido á la mujer no trasladarse á nación extranjera. Asimismo, aunque según la ley anterior, la mujer no podía comparecer en juicio ó contratar sin autorización del marido, si la ley posterior fuese contraria á la otra, la posterior sería la que rigiese en cuanto á la capacidad de la mujer para comparecer en juicio ó para contratar. La ley nueva es aplicable no solo á la subordinación entre los cónyuges, sino también á la mutua protección que les concede. Así, aunque según la ley anterior, bajo imperio se casaron los esposos, no se hubiese permitido la separación de bienes, ésta podría solicitarse conforme al Código civil y de la misma manera, si la ley antigua no hubiese permitido el divorcio, él sería aceptable conforme al mismo Código.”

“Importantísimo, es distinguir las reglas ya sobre la potestad marital y los derechos que la ley concede á la mujer contra el marido, ya sobre los pactos, que acerca de los bienes encierran las capitulaciones matrimoniales. Las primeras se determinan siempre por la ley nueva, porque atañen á la moral y al orden de las familias; al paso que las capitulaciones matrimoniales, forman parte del derecho de los bienes y se rigen por la ley entonces vigente. Por ejemplo, si según las capitulaciones matrimoniales, la mujer autorizada por el marido, puede enajenar sus bienes raíces; y según la ley posterior no puede estipularse que el marido autorice á la mujer para enajenar aquellos bienes, la ley posterior no regirá las capitulaciones matrimoniales celebradas según la ley antigua.”

adulterio cometido antes de la promulgación de la nueva ley?

En general, los derechos y obligaciones que se desprenden de un estado civil, deben *sin distinción* sujetarse á la ley nueva, pero tratándose del divorcio pudieran, con razón, surgir dudas, respecto á si el hecho que ha de alegarse como causa, puede ser anterior á la promulgación de la ley nueva.

Efectivamente el divorcio es una pena señalada por ley, contra el que viola la fe pactada en el contrato matrimonial. Ahora bien; según el artículo 7º del Código civil, la infracción de un contrato se sujeta, en cuanto á su pena, á la ley vigente cuando tal infracción se cometió. Si, pues, antes de la promulgación de la ley nueva, la ley no había señalado el divorcio, como efecto del adulterio de la mujer, este adulterio no puede aparejar el divorcio, sino cometido que sea, con posterioridad á la vigencia de la ley nueva.

Pero, por otra parte, se trata de derechos conferidos por razones de orden público y no de simples derechos particulares. El legislador que ha reducido á un mero contrato, la institución sobre que se basa el orden doméstico, y por tanto el orden social, no puede, sin embargo, desconocer los grandes intereses públicos que en ese contrato están comprometidos. De aquí el que haya tratado, si bien con recursos asaz insuficientes é ineficaces, de evitar que sea el ludibrio de las pasiones é intereses humanos, la más santa, la más tierna de las afecciones humanas. Ese propósito del legislador, mal traducido en la ley por él dictada, ese intento de impedir que se haya cometido escarnio de la institución por él rebajada y ya precitada ya, nos manifiestan, pues, que no se trata simplemente de derechos patrimoniales. ¿Por qué establecer un defensor de matrimonios? ¿No es porque en el contrato, que sobre la voluntad de las partes en ese contrato, hay algo tan grande, tan esencial en una sociedad, que no puede la ley abandonarlo al capricho de los contratantes, so pena de reemplazar el hogar de los pueblos cristianos, con el serrallo de los pueblos orientales.

La nueva ley nada ha determinado sobre el *procedimiento* que deba seguirse en las causas de divorcio. Queda, pues, á una ley posterior el determinar ese procedi-

miento, ya que no es posible que el divorcio se ventile como un juicio ordinario cualquiera, como tendrá de suceder, hasta que se determine el nuevo procedimiento.

El juicio de divorcio es tan importante, afecta en grado tan alto, los intereses de la familia; se confunden tanto en la materia el derecho sustantivo y el adjetivo, que los legisladores franceses de 1836, al dictar la ley de 18 de Abril de aquel año, sobre el procedimiento en las causas de divorcio, establecieron que los artículos de esa ley, se incorporasen como parte del Código civil francés, en el cual forman el Capítulo II del Título VI.

Ya que el divorcio se ha admitido en el Ecuador, como disolución del vínculo matrimonial, que, al menos, el procedimiento para obtenerlo sea suficientemente serio. Que se resguarde el honor de las familias, ya mediante las condiciones impuestas para la introducción de la demanda, ya por la determinación de los efectos provisionales de ésta, ya en fin, muy especialmente por las condiciones de la prueba.

Los intereses de la familia son también los grandes intereses nacionales, y en medio de las tormentas políticas que agitan y destrozan estos pueblos tropicales, debe procurarse que quepa al menos la familia, como una reserva de esperanzas para el porvenir.

FIN DEL TOMO PRIMERO.



TURRUTIA



DERECHO

CIVIL

I

