



---

UNIVERSIDAD DE CUENCA



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**“ANALISIS HISTORICO DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL  
CODIGO CIVIL RESPECTO A LAS PERSONAS”**

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor: JULIO ANDRES MUÑOZ QUEZADA

C.I. 0105836084

Directora: Dra. MARIA ELENA COELLO GUERRERO

C.I. 0103092987

Cuenca - Ecuador

Junio 2016



## RESUMEN.

Teniendo en cuenta que nuestro Código Civil es eminentemente romanista, se ha optado por un estudio de sus raíces, esto es el mismo derecho Romano y su más completa recopilación que subyace en las Institutas de Justiniano.

En este análisis del libro de las personas veremos los cambios que han tenido las normas así como la creación de leyes a partir de las necesidades sociales; la posterior evolución de estas instituciones a través de los siglos y como ha influenciado a otras legislaciones hasta llegar al Código Civil Napoleónico donde se codifican los logros de la revolución, el que a su vez sentaría las bases para que Don Andrés Bello elaborase el Código Civil Chileno.

Ya en nuestro Código Civil veremos cómo este se han ido nutriendo de los distintos códigos y legislaciones e incluso de los cambios sociales para culminar con las leyes que nos rigen, comparando las semejanzas y más que nada las grandes diferencias que con el pasar de los años se han dado frente a las institutas de Justiniano; y como pese a esta continua adaptación y evolución aún tenemos ejemplos de normas que desde ciertos puntos de vista vulneran principios establecidos en la Constitución.

### Palabras Claves:

- Derecho Romano
- Derecho Civil
- Código Napoleónico
- Código Chileno



## ABSTRACT

Taking account that our Civil Code is eminently Romanist, It has opted for a study of their roots, that is properly of the same Roman Right and complete compilation that underlies the Institutes of Justinian.

In this analysis of the book of ther persons we se the changes that often the rules as well as the creation of laws starting from social needs; the subsequent evolution of these institutions through the centuries and as it has influenced other legislation until the Napoleonic Civil Code where the achievements of the revolution, which in turn would lay the groundwork for Don Andres Bello prepare the Chilean Civil Code are encoded.

In our Civil Code we see how this has been nourished by the various codes and laws and even social changes to culminate with the laws that govern us, comparing the similarities and above all the great differences which over the years have given off the Institutes of Justinian; and how despite this continuous adaptation and evolution we still have examples of standards from certain points of view violate principles established in the Constitution.

### **Key words:**

- Roman Right
- Civil Code
- Napoleonic Code
- Chilenean Code



## Contenido

RESUMEN.....	2
Capítulo I: EL DERECHO ROMANO RESPECTO A LAS PERSONAS.....	9
1.1    Conceptos del Derecho Natural, de Gentes y el Civil.....	9
1.2    Antecedentes históricos del Derecho Romano.....	13
1.3    Del derecho respecto a las personas: .....	20
1.3.1    Los ingenuos y libertinos. ....	21
1.3.2    La patria potestad. ....	25
1.3.3    De las nupcias.....	27
1.3.4    De las adopciones.....	33
Capítulo 2: El libro de las personas del Código Civil ecuatoriano. ....	37
2.1 El principio y el fin de la existencia de las personas. ....	37
2.1.1 El principio de la existencia de las personas. ....	37
2.2 Sobre la patria potestad. ....	42
2.3 Del matrimonio y la unión de hecho. ....	45
2.3.1 Del matrimonio. ....	45
2.3.2 De la unión de hecho. ....	48
2.4 De los alimentos que por ley se deben a ciertas personas. ....	50
Capítulo 3: Evolución e influencia hasta nuestra época.....	54
3.1    Reseña histórica.....	54
3.2    Repercusión en los Códigos Civiles Napoleónico y Chileno.....	59
3.3    Análisis comparativo.....	63
3.3.1    Instituciones y normas caducas e inaplicables. ....	63
3.4    Las nupcias y ciertas regulaciones respecto al matrimonio.....	66
Bibliografía .....	71



---

## CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

---



---

### CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

JULIO ANDRES MUÑOZ QUEZADA, autor de la Monografía “*Análisis histórico de algunas instituciones del Código Civil respecto a las Personas*”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor/a.

Cuenca, Junio del 2016

JULIO ANDRES MUÑOZ QUEZADA

C.I: 0105836084



---

## CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

---



UNIVERSIDAD DE CUENCA

---

### CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

JULIO ANDRES MUÑOZ QUEZADA, autor de la Monografía “*Análisis histórico de algunas instituciones del Código Civil respecto a las Personas*”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, Junio del 2016

JULIO ANDRES MUÑOZ QUEZADA

C.I: 0105836084



### *Dedicatoria*

*A todas las personas que de cierta forma han aportado para que esta investigación esta culminada, principalmente a mi hermano Juan Muñoz que ha sido un apoyo incondicional a lo largo de mi vida; a las pocas y auténticas amistades que han demostrado lealtad y confianza hacia mí persona.*

*A Víctor Manuel Quezada Novillo y a Blanca Luzmila Orellana Reyes quienes supieron ser padre y madre en vida y que lamentablemente no están presentes para presenciar los frutos de su sacrificio.*



## *Agradecimiento*

*A la Dra. María Elena Coello por aceptar la responsabilidad que implica ser la directora de esta investigación, por la ayuda que me ha otorgado, por el excelente trato que he recibido y por haber desempeñado su labor de manera responsable y cordial, mis más sincero agradecimiento a esta Dama que ha demostrado tener las más nobles cualidades que puede poseer un ser humano.*



## **Capítulo I: EL DERECHO ROMANO RESPECTO A LAS PERSONAS**

### **1.1 Conceptos del Derecho Natural, de Gentes y el Civil.**

La palabra derecho se usa en un sentido metafórico, deriva de la palabra latina *directum*, y designa lo que es conforme a la regla. No existía en las lenguas antiguas un equivalente a la que usamos hoy en día, ya que aquellas a las que podrían equipararse etimológicamente tenían más un sentido moral que jurídico.

El empleo de la palabra derecho, tiene 2 sentidos principales, el que los doctrinarios llaman fundamental que son las facultades que por ley se les reconoce a las personas, y aquel que aplica al conjunto de leyes aplicables a los que modernamente se les conoce como derecho subjetivo y objetivo.

Etimológicamente “*Ius*”, “viene de la palabra sánscrita *Iu* que significa LIGAR”(Morales, 2011), al hablar de “*Ius*”, los romanos se referían aquellas normas que son de obligatorio cumplimiento para los ciudadanos, y que han sido establecidas por la autoridad.

Con el pasar de los años y la influencia Griega la definición de derecho va ampliándose, alrededor del siglo VII, también se reconoce un derecho anterior a las leyes escritas aplicables no solo a los ciudadanos romanos sino a todos los hombres; en base a este concepto más profundo, Ulpiano define al Derecho como “*Ius est ars boni et aequi*”,<sup>1</sup> y tomando en cuenta este concepto, el mismo Ulpiano formula los 3 grandes preceptos del Derecho: “*Honeste vivere, Naeminet laedere, Unum suum dare*”<sup>2</sup>, esta regla es netamente moral pues no tenía una sanción establecida en la ley.

Según los jurisconsultos romanos, el derecho se dividía en 2 grandes ramas:

- *Ius Publicum*.- Regulaba las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y se encargaba de la organización de las magistraturas, también abarcaba el gobierno del Estado
- *Ius Privatum*.-Regía las relaciones entre los particulares, a su vez comprendía el *Ius Naturale*, el *Ius Gentium* y el *Ius Civile*.

Fue Cicerón quien formuló la noción del Derecho Natural, la misma que en la época Imperial fue definida como:

---

<sup>1</sup>“El arte de lo que es bueno y es equitativo”

<sup>2</sup>“Vivir honestamente, No dañar a otro, dar a cada uno lo suyo”, esta regla es netamente moral pues su sanción no está en la ley.



*“El conjunto de principios emanados de la voluntad divina y que luego son aplicados a la naturaleza del hombre. Son principios inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo y con la razón común.”(Hernandez, 1989).*

El *Ius Naturale* tuvo varias definiciones en el Derecho romano, para Ulpiano, era aquel que la naturaleza enseñaba a todos los animales, Paulo lo define como el que es siempre bueno y justo, mientras que en las Institutas de Justiniano se afirma que es el establecido por la Divina Providencia.

En la Roma antigua, el Derecho natural se consideraba inmutable y firme, a diferencia del Derecho Civil que cambiaba ya sea por los cambios de costumbres que creaban un consenso entre el pueblo respecto a lo legalmente correcto e incorrecto; o por leyes posteriores. Si se parte de un punto de vista general, se entiende como Derecho Natural al conjunto de preceptos que se aplican a la conducta del hombre concerniente a sus relaciones humanas, que han sido respetados incluso antes de que el hombre forme organizaciones sociales complejas, que todo hombre las entiende en su uso de la razón, aceptadas universalmente e inmutables. Las normas jurídicas avanzan tal cual el actuar humano se va manifestando, aunque a decir de parte de los autores Aubry y Rau, sin querer negar la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables, para ellos, el derecho natural es “*el conjunto de preceptos o reglas de conducta legítimamente susceptibles de llegar a ser por la naturaleza misma de los actos a que se aplica, objeto de coerción exterior*”(Solar, 2013), o como decía Huc, “*el derecho tal cual debería ser según las mejoras reconocidas necesarias y posibles*”(Solar, 2013).

Como un ejemplo de una norma observada a través del tiempo por todos los pueblos, podemos citar la prohibición de matrimonio entre consanguíneos de línea recta, ya que a decir de Portalis: “*Esto es inconciliable con las leyes físicas, de la naturaleza, y del pudor, repugnaría a la situación respectiva entre padres e hijos; trastornaría entre ellos todos sus derechos y deberes; causaría horror*”(Solar, 2013, pág. 306); como dice Pothier: “*la ley natural ha formado este impedimento, y todos los pueblos están de acuerdo en mirar como incestuosa y abominable la unión carnal entre parientes de esta línea*”(Pothier, 1846, pág. 34).

El Derecho Natural en Roma de acuerdo a las Institutas de Justiniano fue considerado como algo propio de todos los animales, concepto al que llegaron los legisladores considerando aquellas situaciones que son comunes a todas las especies, como la procreación y posterior cuidado de los hijos<sup>3</sup>. Debemos

---

<sup>3</sup>Aquí podemos observar que las normas de derecho natural ponen énfasis en lo referente al matrimonio y la procreación, esto lo notamos con declaraciones de Portalis o Pothier, que



entender en qué consiste este derecho, Planiol y Ripert lo define como: “*un pequeño número de reglas, fundadas en la equidad y en el buen sentido, que se imponen al legislador mismo*”(Ripert, 2001, pág. 2); según Justiniano el derecho natural ha de ser la regla suprema de la legislación, y si bien en el derecho positivo las legislaciones pueden diferir, por lo general están de acuerdo en el derecho natural, aunque este es variable dependiendo del contexto histórico.

Pero este derecho natural en base al cual los hombres nacen libres, pierde todo sentido al darse actos contradictorios a la naturaleza y a la razón, como la guerra, lo que llevó en la antigüedad a crear instituciones como la esclavitud, que someten a los hombres bajo el mando y disposición de sus semejantes, perdiendo la condición de seres humanos para ser tratados como objetos.

El *ius gentium* era considerado como lo necesario, el derecho del hombre por su condición de ser humano; mientras que el *ius civile*, podría tomarse como el gran logro de la civilización romana, el ornamento, la distinción y superioridad del ciudadano romano ante los demás individuos.

En sus inicios el *ius gentium*, era aplicable únicamente a los ciudadanos romanos, pero debido a las relaciones de los romanos con sus vecinos, sea por cuestiones comerciales o bélicas, obligaron a que se les reconozca ciertos derechos que obviamente no igualaban a los que tenía un ciudadano romano; este *ius gentium* estuvo conformado por los principios e instituciones que regían únicamente a los ciudadanos romanos, conjuntamente con los principios e instituciones de otros pueblos que por costumbre se efectuaban en Roma pero que hasta entonces carecían de eficacia jurídica.

La amplitud de los derechos que se otorgaban aquellos que carecían de ciudadanía romana, variaban de acuerdo a su origen, aunque bajo el imperio de Justiniano se eliminó toda condición intermedia entre ciudadano romano y bárbaro. Los extranjeros llegaron a ser de varias clases entre los que estaban:

- **El *peregrini* (peregrino ordinario).**- Eran los habitantes de las provincias incorporadas al Imperio, no eran considerados ciudadanos romanos, por lo tanto no gozaban del *Ius Civile*, y conservaban el derecho nacional de su país; la jurisprudencia pretoriana, fue reconociéndoles diversas facultades consideradas indispensables a la existencia, y basadas en la equidad natural que constituye el *ius gentium*. No les fue concedida a los peregrinos las facultades de contraer justas nupcias, tener potestad marital (*manus*), la patria

---

tachan las relaciones incestuosas como situaciones “abominables” o capaces de “causar horror.



---

potestad, el *ius commercii*<sup>4</sup>, *in iure cessio*<sup>5</sup>, usucapión, etc. Algo que a simple vista resulta una total injusticia, pero se debe tener en cuenta que los peregrinos podían acudir al *ius gentium* o a su derecho nacional y así encontrar equivalentes de lo que el derecho civil les negaba, por ejemplo podían contraer unión licita y regular incluso con mujer romana, por el *matrimonium* del derecho de gentes, sus hijos eran legítimos y ejercía sobre ellos una autoridad análoga a la patria potestad, si bien no tenían derecho a la propiedad verdadera, tenían la *in bonis* que daba nacimiento a una acción de reivindicación útil, no podían recibir nada por testamento, pero eran hábiles para testar de acuerdo a su legislación nacional y podían transmitir y recibir ab intestato.

- **Los latinos (aliados de Roma).**- Ocupaban un lugar intermedio entre los peregrinos ordinarios y los ciudadanos romanos, gozaban del *ius commercii* y algunos del *ius connubii*.<sup>6</sup>
- **Los dediticios.**- Conformados por los pueblos vencidos que se habían rendido a Roma. No tenían más capacidad que la otorgada por el conquistador, simplemente aquella que él había querido dejarles, no siéndoles permitido residir en Roma, ni en un radio de 100 millas.
- **Los bárbaros.**- Aquellos pueblos que vivían alejados del mundo romano y con los que Roma se consideraba en perpetuo estado de Guerra, estaban privados de todo derecho, sus bienes eran considerados *res nullius*, se les podía matar libremente o reducirles a la esclavitud. Estas condiciones tan variables desaparecieron en la última época del derecho romano ya que los emperadores en uso de los poderes casi ilimitados con los que se les revestía, concedían por capricho o vendían simplemente estos derechos, como ejemplo tenemos en el año 217, el emperador Caracalla, otorgó a todos los peregrinos súbditos del Imperio la ciudadanía romana.

En cuanto al Derecho Civil vemos como los juristas romanos ya hacen pronunciamiento respecto a las necesidades de cada pueblo en las Institutas de Justiniano libro 1 título 2 ley 1: "Todos los pueblos, los cuales se rigen por

---

<sup>4</sup> El *ius commercii* era el derecho de realizar contratos legales y tener propiedades.

<sup>5</sup> La *in iure cessio* era un modo de transferir la propiedad, se consideraba un juicio ficticio, ya que se realiza un proceso por una cosa cuando la intención era transferirla.

<sup>6</sup> El *ius connubii* era el derecho que se les otorgaba a ciertas personas para contraer un matrimonio válido.



*leyes y costumbres, usan de un derecho en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres”(Justiniano, edición 1889, pág. 2)*

Al tratarse el Derecho de Justiniano de una compilación de las normas y ordenamientos jurídicos, el *ius civile* aglomeró ordenamientos e instituciones de lo que fue el *ius prætorium*<sup>7</sup> y el Derecho Civil como tal, el cual era más rígido y formalista que el pretorio, diferencias que fueron desapareciendo, hasta que lo hicieron totalmente con la unificación hecha por Justiniano.

## **1.2 Antecedentes históricos del Derecho Romano.**

Dentro de las instituciones materia del presente estudio tenemos al matrimonio, acudiendo a su origen en los tiempos primitivos. En los inicios de las sociedades políticas, estaba latente como una necesidad el aumento de la población. Si acudimos a textos antiguos como la Biblia, en el Génesis se da a conocer que la procreación es el deseo de Dios siendo aceptado por lo general la poligamia, siendo el primer ejemplo el citado en el Génesis 4:19, cuando se hace alusión a la vida de Lamech, ya que se dice de él que: “procedió a tomar para sí 2 esposas, el nombre de la primera fue Ada, el nombre de la segunda fue Zilá” (Biblia, 2013) posteriormente también Abraham estando casado con Sara, tuvo como concubina a Agar con quien procreó a Ismael.

En la antigüedad tener gran cantidad de hijos era algo bien visto ante la aprobación social, mientras que situaciones como el celibato voluntario eran una vergüenza e incluso deploreado como desgracia cuando era forzado, y la esterilidad de la mujer se consideraba un castigo del cielo y una situación de vergüenza entre los hombres. Como referencia tenemos el caso de Elisabeth esposa de Zacarías y madre de Juan el Bautista, que en el texto de Lucas 1:25 exclama: “Así es como Jehová ha tratado conmigo en estos días en que me ha dado su atención para quitar mi oprobio entre los hombres”.(Biblia, 2013)

Otros casos que nos muestran la gran importancia de la familia en la antigüedad los tenemos en Atenas, donde se admitía acusación pública hacia los célibes, estos no podían aspirar a cargos de orador ni generales, y en Esparta, se aliviaba de las fatigas de la guerra a los padres de acuerdo al número de hijos que estos tenían, obteniendo mayores beneficios mientras más prolífica sea su descendencia, existiendo penas no solo para quienes permanezcan célibes, sino también para quienes retrasasen su matrimonio

---

<sup>7</sup>A los pretores se le dotaba de amplias facultades, dándoseles la potestad de crear Derecho, aunque no se les estaba permitido establecer o negar titularidades jurídicas, pero a su discreción, de creerlo justo, podían desvirtuar prácticamente la titularidad de las normas jurídicas que otras fuentes establecieron, o de ser el caso dar posibilidades de disfrute o actuación, a quienes no les concedía el Derecho Civil, esto a través de medios judiciales o extrajudiciales de los que el pretor disponía.



hasta una edad en la que no pudiesen esperar hijos. Luego de que las sociedades antiguas estableciesen el matrimonio se procedió a diferenciar a los hijos legítimos y a los naturales, a los que se veía de forma desfavorable.

El Derecho Romano contiene todas las normas obligatorias y los principios generales que regularon la vida jurídica en Roma desde su fundación, aproximadamente en el 751 a.c hasta el 565 d.c, año en el que muere Justiniano.

En cuanto al desarrollo del Derecho Romano tenemos diferentes etapas, a las que los historiadores las han clasificado de la siguiente manera:

a.- Etapa Legendaria: Que va desde el año 751 a.c hasta el año 451 a.c, en este periodo se aprobó la Ley de las XII Tablas. Se le ha denominado “Legendaria” por la falta de registros históricos que demuestren la veracidad de los hechos acaecidos, teniendo que recurrir a Leyendas. En esta época no hay ley escrita sino solamente costumbre, costumbre jurídica que se forma por la conducta de los hombres, siendo un derecho todavía primitivo y con reglas bastante fuertes y rígidas, necesarias en esa época para poder gobernar con orden.

b.- Etapa Arcaica: Abarca los años comprendidos entre el 451 a.c y el 367 a.c. Aquí ya existe una Ley escrita y la distinción de clases sociales entre Patricios que eran la clase dominante y los Plebeyos dominados por los anteriores, y que vivían descontentos, debido a la manipulación sobre las leyes para favorecer a los Patricios, ya que en el ámbito privado la costumbre seguía actuando. Aquí el Derecho fue menos rígido debido a la influencia de los Plebeyos.

c.- Etapa Preclásica: Comprende el periodo del año 367 a.c al año 27 a.c, en esta etapa se generan, por un lado, la publicidad de ciertas normas que hasta entonces se mantenían en secreto y que eran únicamente de conocimiento de los Patricios y que Flavio<sup>8</sup> consiguió que se vuelvan públicas; y, por otra parte, la gran influencia de la filosofía griega.

d.- Etapa Clásica: Dura hasta el siglo III d.c, cuando estuvo el Emperador Modestino a cargo del Imperio. Es la fase en la que se trata de completar el Derecho y dictar por escrito todas las leyes que sean necesarias para regular las relaciones jurídicas.

e.- Etapa Postclásica: Que va desde el siglo III d.c hasta el año 565 d.c en el Imperio de Justiniano. En esta etapa primero se recopila el Derecho, se fueron haciendo varias recopilaciones como la de Adriano, también se dio una organización de las normas, además se reformó el

---

<sup>8</sup>Hay que acotar que Cneo Flavio pertenecía al orden Plebeyo.



Derecho para conseguir unificarlo de tal manera que siempre la aplicación de una norma genere para todos las mismas consecuencias y por último se dio la derogación de varias normas, lo que dio como consecuencia jurídica el Derecho que nosotros heredamos.

Dentro de las fuentes del Derecho Romano tenemos al Derecho escrito y al no escrito, las que provienen del derecho escrito son:

- **Lex Rogata.**- Es la primera ley que empieza a dictarse por escrito. Los Magistrados que administran justicia presentan un proyecto de ley en uso de una facultad legal que se llamaba *Rogata*. La iniciativa de proponer un proyecto de ley en Roma se llamó *Rogatia*. El proyecto se presentaba ante el Senado que lo estudiaba e informaba favorablemente o no, pero el Senado podía reformar el proyecto. El Senado no aprobaba sino era el órgano de consulta. Con el informe favorable pasa a los Comicios quienes convocaban a asambleas informativas que duraban 24 días en los que se discutía el proyecto. Al final del período informativo se votaba por la aprobación o no de la Ley; aprobada, entraba en vigencia en la fecha de aprobación. La Ley tenía tres elementos:
  - 1.- *La Prescriptio*: Que significaba Título, es el nombre de la Ley y para ello se solía utilizar el nombre del autor del proyecto.
  - 2.- *La Rogatio*: Que era el texto escrito de la ley.
  - 3.- *La Sanctio*: Que significaba sanción y es la determinación de las consecuencias por violar la ley.
- **Los Plebiscitos.**- Provenían de las decisiones votadas por el pueblo, sobre la proposición de un Tribuno,<sup>9</sup> eran decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis*, en un inicio solo aplicaban a la plebe, lo que cambió con la ley Hortensia, empezando regir lo mismo tanto para Patricios, cuanto para plebeyos.
- **Los Senadoconsultos.**- Eran las decisiones votadas por el Senado, cuya función más que legislativa era la de asesoramiento a reyes durante la Monarquía, a cónsules y magistrados en la República. En la Roma Imperial, se sometían los proyectos de ley a la aprobación senatorial, sistema que encontró resistencia, “por lo cual el Senado no formulaba sus decisiones de una manera imperativa, sino que se

---

<sup>9</sup>El cargo de Tribuno de la plebe se creó en el año 494 a.c., designando a plebeyos con esta magistratura, para defender a su clase de los Patricios, otorgándoseles la potestad de voto respecto a las normas lesivas a la plebe.



limitaba a emitir dictámenes apelando a la autoridad del pretor ‘para asegurar la observancia.’” (Morales, 2011)

- **Las Constituciones Imperiales.**- Emanaban de la voluntad del Emperador y podían ser: a.-Edicta: proveniente del Emperador en su calidad de Magistrado Romano, la misma que no siempre contenía una nueva norma jurídica, existiendo la posibilidad de que únicamente se tratase de un comunicado dirigido a la opinión pública; b.-Mandata: no eran más que órdenes del Emperador a sus funcionarios que por lo general eran instrucción respecto a la administración pública; c.-Rescripta: la respuesta escrita a las consultas formuladas, conocidas como *suscriptiones*, cuando se le respondía a un particular y *epistulae*, cuando se dirigía a funcionarios; d.- Decreta: eran las resoluciones del Emperador sobre litigios sometidos a su conocimiento, sea directamente o por apelación.
- **Los Edictos de los Magistrados.**- Siendo los de mayor importancia los que emanaban de los magistrados encargados de los Pretores; tanto los del Pretor urbano como del peregrino eran los únicos relevantes desde el punto de vista del derecho privado. El conjunto de reglas que contenían los edictos era conocido también como “*ius honorarium*”<sup>10</sup> o a veces como “*ius pretorium*.<sup>11</sup>”
- **La Doctrina de los Jurisconsultos.**- Antiguamente era de conocimiento exclusivo de los Pontífices y Magistrados los secretos de procedimiento, y el conocimiento de los días “fastos”, que eran aquellos en los que se estaba permitido ejercer las acciones legales, lo que obligaba a los plebeyos acudir ante ellos para consultarles; pero Cneo Flavio (un descendiente de liberto), divulgó el cuadro de los días fastos y las fórmulas de las acciones de ley.<sup>12</sup>

A finales de la República, afianzada mayormente la filosofía griega, la filosofía estoica especialmente crea la visión de: “un Derecho innato fundado sobre la razón y superior a las leyes escritas.” (Morales, 2011). La importancia de los jurisconsultos se da en la interpretación de los vacíos y partes dudosas del Derecho, desarrollando y

---

<sup>10</sup> Esta denominación se daba porque emanaba de quienes ocupaban “honores” o funciones públicas.

<sup>11</sup> Esto debido al importante rol que ejercieron los pretores en el desarrollo de los edictos.

<sup>12</sup> Esta publicación se realizó con el nombre de *Ius Flaminium*.



perfeccionando las aplicaciones del mismo, elevando en el Imperio a la ciencia jurídica hasta su más alto grado de perfección.

En un inicio el Derecho en Roma tenía carácter sacro, debido a que estaba ligado al colegio de pontífices, siendo estos quienes interpretaban el derecho consuetudinario pero lo hacían para beneficio de los patricios, situación que cambió alrededor del siglo V a.c. con la creación de la Ley de las XII Tablas<sup>13</sup>, emprendiendo así el derecho su secularización. Esta ley escrita estaba basada principalmente en normas encargadas de salvaguardar el patrimonio familiar, respecto la autoridad del *pater familia*, y el establecimiento de castigos para las infracciones.

Con el establecimiento de la Ley de las XII Tablas, se crea un derecho público conocido por todos, que impedía la interpretación arbitraria de los pontífices a favor de los patricios, un derecho común aplicable por igual a patricios y plebeyos.

No obstante, la Tabla XI, conocida también como Tabla inicua, mantenía rigurosamente la separación de las dos clases en lo concerniente al régimen de familia porque prohibían expresamente la celebración de matrimonios entre patricios y plebeyos, acto que posteriormente sería permitido.

Las Tablas I y II se refieren a la Organización Judicial y al Procedimiento.

La Tabla III, contiene las normas sobre la ejecución de las sentencias.

La Tabla IV, contiene el Derecho de Familia, es decir las normas que regulan en el campo jurídico las relaciones entre sus miembros.

La Tabla V regulaba la Guarda y la Sucesión por Causa de Muerte.

La Tabla VI, los derechos reales.

La Tabla VII, las servidumbres.

La Tabla VIII, el Derecho Penal. Se estableció un doble sistema: para las infracciones leves, una indemnización; y para las graves la Ley del Talión. Existió además, por primera vez, una distinción entre el dolo y la culpa para establecer la pena que se iba a imponer.

La Tabla IX, el Derecho Público.

---

<sup>13</sup> Fue el descontento de la plebe que se procedió a la creación de estas leyes, debido a que consideraban que al no existir un derecho escrito los patricios juzgaban de forma arbitraria para favorecerse entre ellos, por lo que se pidió la elaboración de una ley que rigiere a todos los ciudadanos.



La Tabla X, contiene el Derecho Religioso. Dentro de este derecho también existía una doble situación, una religión que se aplicaba en toda la sociedad y una religión doméstica que se la aplicaba en cada grupo familiar.

Del Derecho Religioso son importantes las normas que generan consecuencias en el ámbito del Derecho Privado.

Las Tablas XI y XII complementaban las anteriores.

En base al derecho de gentes se regían casi todos los contratos (compraventa, arrendamiento, depósito, mutuo), adquiriéndose la plena capacidad jurídica a los 25 años, obviamente a no ser que se esté bajo la potestad del *pater familia*.

Existía tanto derecho escrito cuyo origen se consideraba ateniense, como no escrito, que a su vez se decía proceder de Lacedemonia, donde se apelaba a la memoria la aplicación de las leyes.

En el Derecho Romano, se consideraba tanto a las Leyes, los Plebiscitos, Senadoconsultos, las Constituciones de los Emperadores, los Edictos de los Magistrados, las respuestas de los jurisconsultos y a los últimos, aquellas costumbres que el uso convalidó, las mismas que se asemejan a las leyes. Pese a ser prolífico en instituciones jurídicas, no contenía un sistema que versase sobre la muerte presunta o el desaparecimiento, institución muy desarrollada en la actualidad; y solamente citan alguna disposición aislada referente a la ausencia, como ejemplo la Ley 14, tít.8, libro 2 Digesto:

*“un hijo de familias, defiende a su padre ausente; pregunto, ¿debe acaso dar fianza de que se pagara lo juzgado? Paulo respondió, el que defiende a un ausente, sea el hijo o el padre, deben en virtud de la disposición del edicto dar fianza al demandante”*. (Justiniano, edición 1889)

En la Roma monárquica, los matrimonios se asemejan a las uniones sexuales de los tiempos primitivos, la plebe, que formaba la mayor parte de la población, para contraer justas nupcias, hacía una compra solemne de la mujer al padre o al tutor por medio de la *mancipatio*, “*per aes et libram*”<sup>14</sup> en presencia de 5 testigos y del “*lobripens*”<sup>15</sup>. Por lo que vemos en la antigua Roma, la mujer era

---

<sup>14</sup> La expresión “*per aes et libram*” era declarada por quien iba recibir la cosa a y la podríamos definir de la siguiente manera: “afirmo que esta cosa es mía según el Derecho romano y que la compro con este cobre y con esta balanza de cobre”.

<sup>15</sup> El término “*lobripens*”, hace alusión a aquel que sostenía la balanza, ya que en la *mancipatio* además de los 5 testigos que se requerían (quienes debían ser ciudadanos romanos púberes), decía estar presente el portador de la balanza, tradición que viene de la Roma antigua en la cual no se acuñaban monedas y la balanza servía para pesar los fragmentos de cobre y de bronce, de lo que colegimos que este acto era netamente simbólico.



vista como un objeto de propiedad, esto lo prueba el matrimonio por “*usus*”, según el cual la posesión continua por un año de una mujer era suficiente para adquirir la autoridad marital y la mujer “*in familiam viri transibat, filio eque locum obtinebat*”<sup>16</sup> como si de la adquisición de un objeto mediante la prescripción se tratase. La poligamia ya no existía en Roma; pero el concubinato estaba difundido y constituía una verdadera institución legal.

Con la extensión de Roma, y la afluencia de riquezas provenientes de los botines de guerra y pueblos conquistados, se adquirieron costumbres que corrompieron la moral austera de los antiguos romanos, alejó a los ciudadanos de las responsabilidades del matrimonio, lo que fue un grave problema debido a que luego de las guerras civiles y externas la población se redujo considerablemente. La patria potestad permitía negar al *pater familia* el matrimonio del hijo y si de este dependía podía quedarse incluso célibe, este abuso de la patria potestad que otorgaba a quien la ejerciera un poder tiránico, era intolerable incluso desde el reinado de Augusto; en los censos realizados en los primeros años del Imperio fue mayor el número de célibes que el de casados, pero a raíz de los resultados obtenidos en el censo, el César dictó disposiciones y estableció penas para los que no se casasen u obstaculizaren los matrimonios de sus hijos, contra el concubinato, el adulterio y el estupro, esto se estableció con la ley Julia, que conjuntamente con la ley Papia Poppea, autorizaban la intervención de un magistrado para forzar el consentimiento del padre que se oponía sin motivo al matrimonio de los que fuesen de su descendencia. La falta de consentimiento del *pater familia* era motivo de causal para nulidad del matrimonio.

Con el aparecimiento del cristianismo, se elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, se retomaron las costumbres austeras, se levantó un poco la condición de la mujer y condenó el adulterio del marido.

En el derecho romano siempre se consideraron los 12 años una edad para que la mujer pudiese contraer matrimonio, pero para los hombres la edad para la pubertad variaba, según la constitución de Servio Túlio se considera pueril hasta los 17 años, pero en el Imperio, los proculeyanos fijaron la pubertad a los 14 años; los sabinianos solo consideraban púber al que realmente podía engendrar; mientras otros a más de la edad de 14 años también creían que se debía presentar una aptitud física para procrear, Justiniano optó por el primer parecer.

---

<sup>16</sup> Por lo riguroso de la patria potestad en el derecho romano se podría decir que de cierta forma la mujer entraba a formar parte de una familia extraña.



Se consideraba incesto las uniones entre hermanos, tíos y sobrinos y eran prohibidas, aunque tenemos el caso del emperador Claudio bajo cuyo imperio se permitió el matrimonio entre colaterales,<sup>17</sup> siendo derogada esta ley por los emperadores Constancio y Constante, quienes prohibieron estos matrimonios bajo pena de muerte.

En el derecho romano se permitía el matrimonio por poder cuando el esposo estaba ausente, con tal que la mujer fuera llevada a la casa del marido.

### **1.3 Del derecho respecto a las personas:**

La palabra persona se deriva de la raíz *personae*, que es una metáfora llevada de los usos teatrales al lenguaje jurídico, “*para significar el papel que cada hombre representa en la vida*”, siendo en latín la máscara que usaban los actores para cubrirse la cara, cuyo uso era tanto para diferenciar un personaje de otro, cuanto para ampliar la voz de los actores.

Si acudimos a las *Institutas de Gayo* podremos observar que la primera división de las personas dadas por el Derecho es la de: “*todos los hombres son libres o esclavos*”(Hernandez, 1989), esto porque los romanos antiguamente identificaban a “persona” con cualquier ser humano, estableciéndose en el siglo III el uso del término *personae* alusivo al ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; este concepto jurídico de persona está ligado a su vez con el concepto de capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que capacidad de obrar es “*la idoneidad para poder ejercer derechos y realizar actos jurídicos*”(Hernandez, 1989), la cual puede faltar de forma total o parcial, dando paso a la actuación de representantes para suplir la falta de capacidad y así evitar que estos incapaces queden al margen de la vida jurídica.

Como ya se mencionó antes, del siglo III, a todo ser humano se le consideraba *personae*, pero en el Derecho romano se debían cumplir 3 requisitos para adquirir la calidad de ser humano y estos eran:

- 1.- La completa separación del hijo del vientre materno, ya que antes del parto el hijo era parte de la mujer.
- 2.- Que la criatura nazca viva, lo que se demostraba a decir de los proculeyanos con la emisión de la voz, y según los sabinianos cualquier muestra de signos vitales, sea respirando o moviéndose.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Claudio contrajo matrimonio con Agripina la menor, hija de su hermano Germánico, adoptando posteriormente a Nerón hijo de Agripina como suyo y casándolo con su hija Octavia.

<sup>18</sup>Fue la doctrina de los sabinianos la que se adoptó en las *Institutas de Justiniano*.



3.- Que el ser que ha nacido tenga forma humana, un requisito algo ambiguo ya que nunca se estableció una regla física que determinase que tipo de anomalidades hacían que un ser entre en la categoría de monstruo.<sup>19</sup>

A pesar de que el ser humano existía en el mundo del Derecho Romano, era preciso que este fuese libre para adquirir capacidad jurídica, y antiguamente también ser un ciudadano romano debido a la exclusión que se hacía de los extranjeros de la esfera jurídica romana.

La división principal en el derecho romano entre las personas, era la de libres y esclavos, teniendo la facultad las personas libres de actuar de acuerdo a su voluntad, aunque en la práctica únicamente era completamente libre el *pater familia*, más a los esclavos les estaba vedado este libre actuar porque están sometidos al dominio de otros, y adquieren esta condición sea por nacer de madre esclava, por el derecho de gentes (mediante la cautividad), o por el derecho civil en casos como el de un hombre de 25 años que consiente ser vendido para participar del precio que por él se pague.

Los esclavos entre si no tenían diferencia, pero los hombres libres a su vez se clasificaban en ingenuos y libertinos, tanto los unos primeros como los segundos poseían capacidad jurídica.

### **1.3.1 Los ingenuos y libertinos.**

El ingenuo era aquel que desde su nacimiento tenía la condición de libre, esto por nacer en un matrimonio ya sea de 2 ingenuos, 2 libertinos, o un libertino o un ingenuo, inclusive si hubiese nacido de madre libre y padre esclavo, sin importar si fue esclava al momento de concebirlo, siempre y cuando al momento de parirlo sea una persona libre o lo concibió libre pero al realizarse el parto fuese esclava, porque a decir de Justiniano: “*la desgracia de la madre no debe perjudicar al que está en el útero*”(Justiniano, edición 1889, pág. 3). Al que nace libre no le perjudica la manumisión<sup>20</sup>, ya que esta condición no perjudica los derechos de nacimiento, de estas disposiciones se observa que si bien los romanos podían ser duros e incluso inhumanos con instituciones como la esclavitud, por otro lado precautelaban los derechos de los hombres que nacían en libertad.

Eran libertinos quienes fueron manumitidos de la esclavitud, pues si bien por el derecho natural los hombres son libres, por el derecho de gentes se volvían esclavos y por este mismo derecho podían ser manumitidos.

---

<sup>19</sup>Este requisito está fundamentado en antiguas creencias que asumían que de las mujeres podían nacer seres no humanos.

<sup>20</sup>La manumisión no es más que un proceso establecido en Roma, a través del cual se liberaba a una persona de la esclavitud y esta adquiría la condición de liberto.



Los esclavos pese a no tener derechos<sup>21</sup> eran bien tratados, trato que fue mejorando con los años teniendo su punto más favorable con el auge de la moral cristiana en la época imperial, sin embargo existía la figura jurídica de la *obligatio naturalis servus*, admitiéndose la posibilidad de un patrimonio. Los esclavos se dividían en aquellos que eran propiedad de un particular; los que no tenían dueño que eran los que se abandonaban y los condenados a muerte o trabajos forzados y; los públicos, que eran los prisioneros de guerra que el Estado no vendía a los particulares, estos se encontraban al servicio de los sacerdotes o de los magistrados.

El Derecho de Gentes y el Derecho Civil contenían las causas para la esclavitud, pero en el Derecho de Gentes era algo Natural, mientras que para el Derecho Civil era considerado una sanción.

En el *Ius Gentium* se establecía la esclavitud cuando:

- Se nacía de madre esclava.
- Se producía el cautiverio a consecuencia de una guerra.

Las causas en el *Ius Civile* estuvieron reguladas en épocas diferentes. Las primeras en la Ley de las XII Tablas y las otras en la etapa postclásica.

Según la Ley de la XII Tablas, un hombre se volvía esclavo, debido a las siguientes circunstancias:

- Por no estar inscrito en el censo.
- Por sustraerse a la leva.
- En caso de incumplimiento de deudas.
- Por robo

En el Derecho postclásico las causas fueron:

- Haber realizado ofensas a algún Estado y ser entregado a este por las autoridades romanas.
- La venta del hijo de familia hecha más allá del Tíber.
- Por condenas.
- Si la mujer mantuvo relaciones sexuales con esclavo ajeno, sabiendo la condición de este y no teniendo en cuenta la prohibición del dueño que se la hubiese manifestado 3 veces.
- Por la ingratitud que el liberto demostrara a su antiguo dueño.

---

<sup>21</sup>Al esclavo no se le consideraba miembro de la *civita*, no podían contraer matrimonio, acceder a magistraturas, ni participar en elecciones y su participación en el ejército se daba siempre y cuando se le autorice expresamente.



- Si siendo el hombre libre, se dejase vender como esclavo, y reclama luego la libertad y participando del precio de su venta; esto si ya se ha cumplido los 20 años.

La extinción de la esclavitud se aplicaba:

- Cuando el Estado otorgaba la libertad a sus esclavos o a los esclavos particulares.
- Si la ley otorgaba la libertad por el cumplimiento de determinados presupuestos.
- En caso de ser concedida voluntariamente por el Señor, esto es por Manumisión. La Manumisión solemne otorgaba la ciudadanía Romana.

Dentro de las formas más antiguas de manumisión y consideradas solemnes teníamos:

- La Manumisión por testamento.- En la que el testador podía manumitir directamente a su esclavo, imponer a su heredero que lleve a cabo la manumisión o que el testador pida que se manumita a su siervo.
- La Manumisión por censo.- Se realizaba por la inscripción del esclavo en el censo, esto con consentimiento del dueño. Este modo no era útil cuando se buscaba la manumisión de niños o mujeres, debido a que estos no constaban en el censo.
- La *Manumissio vindicta*<sup>22</sup>.- Se ejecutaba en un proceso ficticio en el que el dueño se allanaba a la *vindicatio* de un *adseritor libertatis*, y así se afirmaba la libertad del esclavo, este modo de manumisión luego se ejecutó con una simple declaración ante un magistrado. Era un trámite judicial mediante la *In lure Cesio*, para ello el Señor pedía a cualquier persona capaz que le demande, alegando que mantenía como esclavo a un libre, este no contestaba la demanda y perdía el juicio.

La manumisión por lo general era hecha por sus propietarios, también podía ser dada de manera no solemne por la Iglesia, según las sacras constituciones, entre amigos, por carta, en el caso de los gladiadores con la entrega del *rudis*, por otra cualquiera última voluntad, aunque existían otros modos mediante los cuales el esclavo podía adquirir la libertad, esta se daba sea por afecto, favores prestados, méritos, cualidades personales, buena voluntad del propietario. Podía darse por disposiciones legales, por ejemplo mediante el senado consulto Silaniano se otorgaba la libertad al esclavo que descubría al asesino de su dueño o develaba una conjura en su contra.

---

<sup>22</sup>En el Derecho romano, reivindicación era llevada a efecto por un magistrado, empleando las palabras rituales y los ademanes consagrados, que constituía una manifestación de poder y autoridad por quien la efectuaba. Por extensión, la varita que se empleaba durante la reivindicación de la libertad de un individuo.



Sin embargo no se le permitía por ley manumitir a cualquiera, como cuando se la intentaba con el único fin de cometer fraude en contra de sus acreedores:

*"El que no es solvente al tiempo que manumite, o deja de serlo debido a las libertades dadas...aunque prevalece la opinión de que no se impida la libertad, cuando no se ha tenido la intención de defraudar." (Justiniano, edición 1889, pág. 5),*

El dueño que no era solvente podía instituir como heredero (pese a no establecer expresamente en el testamento la manumisión) a su esclavo siempre y cuando no existiese otro heredero, esto con la finalidad de que pudiese cumplir con las obligaciones que el difunto tuviese para con sus acreedores, tampoco se le permitía hacerlo de otro modo al menor de 25 años, que si fuese por *vindicta*, después de aprobado por consejo una justa causa de manumisión, la cual una vez aprobada no se podía revocar sea falsa o verdadera.

Quien hubiese cumplido 17 años, y estuviese entrando a los 18 estaba facultado para manumitir por testamento; esto bajo la consideración de los legisladores de que la persona que puede abogar por otros, tiene la potestad y se encuentra en la firmeza de juicio para dar libertad a sus esclavos.

Se ha de tener en cuenta que en Roma existía la clasificación de personas en ciudadanos y no ciudadanos, pero Emperador Antonio Caracalla dictó una Constitución Imperial en el año 212 d.c. en la que otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, lo que implicaba que estos adquirían a su vez el *Status Civitatis*, estatus que le confería a los ciudadanos romanos los derechos de *Ius Honorum*, *Ius Suffragi*, el de poder ejercer algún cargo como autoridad en ejército (estos en cuanto al ámbito público), el *Ius Connubium* y el *Ius Commercium* (*los dos últimos respecto a la esfera privada*).

Teniendo en cuenta la importancia de la familia romana, se debe diferenciar las categorías jurídicas de sus integrantes, que se clasificaban en *Sui Iuris* y *Alieni Iuris*, estas últimas debían someterse a la autoridad de las primeras.

La persona *Sui Iuris* tenía el derecho de tener un patrimonio, el de autoridad sobre el esclavo, ejercer la patria potestad y la *Manus*; en el caso de la mujer *Sui Iuris* era a su vez llamada *Mater Familia*, y siempre y cuando hubiese sido de costumbres honestas le estaba permitido tener un patrimonio y ejercer autoridad sobre los esclavos, más la patria potestad y la *Manus* era derechos exclusivos de los hombres.



### 1.3.2 La patria potestad.

Fue dentro del Derecho Romano, el poder privado que una persona podía ejercer sobre otras.

En la Roma republicana el *pater familia* era el único titular del derecho de la patria potestad, el cual tenía poder absoluto en aquellos que ejerciera dicha potestad, siendo dueño de la vida o muerte de sus hijos nacidos en matrimonio, podía venderlos cuando quisiese, pudiendo incluso matar a hijos nacidos con deformidades, o sencillamente no reconocerlos como hijos, perdía este derecho de potestad si vendía tres veces consecutivas a su hijo (esta venta hacia que el hijo adquiriese de este modo la plena capacidad jurídica), la mujer en cambio, estaba privada de toda capacidad jurídica.

Esta es una potestad que a nuestro parecer podría prestarse para un abuso en la práctica, pero quien estaba facultado para ejercerla debía hacerlo atendiendo a la máxima “*patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere.*”<sup>23</sup>

El origen de la patria potestad se daba con:

1. La Iusta Nuptia.- Que no es otra cosa que el matrimonio legítimo conforme a las normas del Derecho Civil de Roma. Los hijos así nacidos estaban bajo la potestad del *pater familia*, adquirían el rango social y domicilio de este.
2. La legitimación.- Para dar cabida de hijo legítimo al hijo “natural”, es decir aquellos nacidos del concubinato. Procedía por el matrimonio subsiguiente de los padres y por la “Oblación de la Curia”, que era un compromiso del padre con el Estado romano para que el hijo legitimado sea recaudador de impuestos, pero se debía dar una garantía de los riesgos económicos de la gestión del hijo, o si se trataba de una hija casándola con un decurión. Otra forma era mediante decreto de la más alta autoridad del Estado, pero solo podía ser usado este método por quien no tuviese hijos legítimos o como último método de darse el caso que estuviese la madre muerta, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al Emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales.
3. La Adopción.- Era un acto solemne por el cual un hijo de familia pasaba de estar bajo la potestad de su padre natural a la de otro *pater familia* (esto es darle la calidad de hijo legítimo al hijo de otro ciudadano romano).

Para la adopción se realizaban tres ventas ficticias y luego una declaración en la que se dejaba constancia de la renuncia a la Patria

---

<sup>23</sup>La patria potestad debe basarse en la piedad más no en la crueldad.



Potestad y del sometimiento a la potestad del nuevo padre. No se podía adoptar si se tenían otros hijos legítimos y debía haber una diferencia de cuando menos 18 años entre adoptante y adoptado.

La patria potestad otorgaba al *pater familia* derechos sobre las personas y los bienes. Tuvo algunas características especiales, primero en su duración, ya que duraba toda la vida (salvo excepciones); podía ser ejercida solo por hombres; en cuanto a lo económico, otorgaba la propiedad sobre todo el patrimonio; en el aspecto religioso daba el carácter de Sacerdote de la religión doméstica.

En lo referente a la patria potestad sobre las personas, en el derecho romano existían las personas que eran dueñas de sí mismas y aquellas que están sujetas a la potestad de otras, sea:

a.- Patria potestad de sus padres.- Bajo esta se encuentran los hijos procreados en justas nupcias. Es en Roma donde nace la regla de que un hijo nacido dentro del matrimonio es del esposo, regla que está basada en una presunción. Este derecho de potestad es exclusivo de los ciudadanos romanos, estando bajo potestad del *pater familia* los hijos así como sus nietos, biznietos, etc., a más de los descendientes que nacieran de sus hijas que estén bajo la potestad de su padre. La tutela perpetua a la que se somete a la mujer para los romanos tiene que ver con la: “*inexperiencia habitual de las mujeres en la gestión de sus intereses, propter fragilitatem sexus*”(Solar, 2013).

b.- Potestad de sus señores.- Aquí tenemos a los esclavos, proveniendo la potestad que se les otorgaba a sus señores del derecho de gentes, así todo lo que se adquiere por medio del esclavo se adquiere para el señor.

En los inicios de Roma, bajo la monarquía y la República, el señor tenía derecho sobre la vida y la muerte de los esclavos, pero con el pasar de los años estas leyes se fueron “humanizando” por así decirlo; una Constitución de Pio Antonino, establecía que:

“*El que sin motivo matare a su esclavo, es mandado a castigar, no menos que el que hubiere matado a un esclavo ajeno, mas por la constitución del mismo principio se reprime también la excesiva aspereza de los señores*”.(Justiniano, edición 1889)

Puede darnos a parecer que el motivo por el cual se suavizaban estas leyes sería netamente humano, pero el motivo verdadero se sustenta en la conveniencia común para los ciudadanos de la República Romana, con el fin de que nadie de mal uso a sus bienes.



En cuanto a la patria potestad sobre los bienes, específicamente en lo que tiene que ver con el patrimonio, el padre absorbía la personalidad del hijo, así lo que los hijos adquirían era del *pater familia*, pero las deudas que este adquiriese no eran contraídas por sus hijos, estas disposiciones cambiaron con el establecimiento de los peculiares profecticio y castrense.<sup>24</sup> En el peculio profecticio los bienes del hijo continuaban siendo propiedad del *pater familia*, pero el peculio castrense estaba formado por las adquisiciones que el hijo hiciese en la milicia y podía reivindicar este patrimonio, incluso contra la voluntad del padre, también podía disponer por testamento y hacer toda clase de enajenaciones, pero si el hijo moría sin dejar testamento, el *pater familia* adquiría el peculio, esto hasta que Justiniano suprimió esta disposición.

Aquellos que al nacer no estuviesen sometidos a patria potestad, podían ser reducidos a potestad si siendo hijos naturales, fuesen consagrados después a la curia y sometidos a la potestad del padre; o quienes naciendo de mujer libre cuyo matrimonio fuese legal, se hubiese formalizado los instrumentos dotales (aunque otros hijos se procreasen del mismo matrimonio).

La patria potestad se extinguía por:

- a.- La muerte de uno de los sujetos que conformaban la relación parentofilia.
- b.- Por la *capitas deminutio* máxima o la media que afecte al *pater familia* o al descendiente.
- c.- Por la conducta degradada de los padres, que maltrataban, exponían o prostituían a sus hijos.
- d.- Si el adoptado al llegar a la pubertad, solicitase su liberación al magistrado.

En el Derecho Justinianeo, se emancipaba a los hijos mediante una simple declaración ante el magistrado, pero en cuanto a los derechos de los bienes del emancipado se reconocía al *pater familia* los mismos que se le otorgaban al paterno sobre los bienes del manumitido y si se trataba de un emancipado impúber le correspondía al ascendiente la tutela.

### **1.3.3 De las nupcias.**

La palabra Matrimonio proviene de *matris y munium* y significa oficio de madre, porque la madre sufre mayores trabajos que el padre, con los hijos, durante la preñez, el parto y la crianza, teniendo en consideración que los hijos cuando son pequeños, tienen más necesidad de ayuda de la madre que del padre.

---

<sup>24</sup>Peculio significa pequeño patrimonio. El peculio era la masa de bienes que el padre dejaba al hijo para que lo administrase



La *Manus* era una potestad organizada por el Derecho Civil, propia de los ciudadanos romanos, la cual se ejercía sobre la mujer casada y que solo existían en el matrimonio. En sus inicios, en Roma el matrimonio se celebraba *Cunmanus*<sup>25</sup> donde la esposa pasaba a la potestad del *pater familia* de su marido o de este mismo en caso que nadie ejerciese potestad sobre él, perdiendo todo vínculo jurídico que tenía con su familia original, generándose un cambio en la situación patrimonial ya que se vuelve *alieni iuris* y ello genera un cambio porque pierde la capacidad y el patrimonio se transmite al marido. Posteriormente se instituyó el matrimonio *Sinemanus* en el cual la mujer y el hombre continuaban bajo la patria potestad de sus respectivos padres, sin que se altere la situación patrimonial de la mujer, siendo necesario para la convivencia el aporte del dinero por lo que se creó aquí la institución de la dote. Durante la Roma Imperial, debido al relajamiento moral y demás cambios en las costumbres romanas, desaparece el matrimonio *Cunmanus*, perdurando el *Sinemanus*.

La dote era el conjunto de bienes o cosas singulares con la que aportaba la mujer u otra persona a su nombre para el sostenimiento de las cargas matrimoniales, entregándole al marido el usufructo legal de dichos bienes hasta cuando se disuelva el matrimonio, siendo un deber moral y una cuestión de honor (para la familia de mujer) en sus inicios. En las Institutas de Justiniano este deber recaía sobre el padre y en situaciones excepcionales sobre la madre.

Consistió en dinero, o en el pago de una deuda del novio, o en una promesa de entregar algo dentro de un plazo y se constituía de dos modos:

- 1.- Por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran (*dotis datio*);
- 2.- Por la obligación contraída, mediante negocio jurídico, de entregarlos.

La dote podía ser restituida mediante la *actio ex stipulatu* (acción por lo estipulado), la cual sólo permite reclamar lo taxativamente convenido, esta acción podía corresponder de modo eventual, a los herederos del constituyente, sólo si existía la promesa restitutoria del marido; o a través de la

---

<sup>25</sup>Para la celebración del matrimonio *Cunmanus*, existían 3 formas: *a.-Conferratio*: exclusivo de los patricios, era una ceremonia religiosa en la que se ofrecía una torta a Júpiter en presencia del máximo Pontífice y de diez testigos de la Aristocracia patricia; *b.-Coemptio*: exclusivo de los plebeyos, que implica una venta simulada, donde el padre de la esposa entregaba por tres veces consecutivas a su hija, así el marido compraba de forma simbólica a su futura esposa, entregándole al padre de esta un trozo de cobre que tal como en la *mancipatio* se pesaba en una balanza; *c.-Usus*: se daba con la conviven que se prolongaba por más de un año, lo que conllevaba a una justa nupcia. Si la mujer faltaba 3 noches al hogar el matrimonio no se consumaba.



*actio iuxoriae* (demanda de las cosas de la mujer) que se daba cuando no se había celebrado esta promesa restitutoria, en cuyo caso es la ley la que ordenaba la obligación de restituir. Para esta restitución, el marido gozaba del “beneficio de competencia”, en el sentido de que no podía ser condenado más allá de los límites de su activo patrimonial; en otras palabras, no se le podía obligar a la restitución sino sobre lo que buenamente pueda.

El Matrimonio del Derecho Romano fue diferente al actual en su parte formal, siendo el matrimonio actual solemne, en contradicción con el del Derecho Romano que fue privado y no necesitaba la intervención de la autoridad.

En el Derecho Romano además hubo dos clases de matrimonio con consecuencias diferentes, a diferencia de la actualidad, donde existe sólo una clase; Los de Roma fueron la *Iusta Nuptia* que era el matrimonio justo y el Concubinato que era válido también pero generaba consecuencias diferentes. En lo demás las consecuencias que el matrimonio genera son semejantes a las actuales y las finalidades son las mismas: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

La *Iusta Nuptia* otorgaba al padre la patria potestad sobre sus hijos. Tal como lo entendieron los romanos, es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer; el matrimonio es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*.<sup>26</sup> En este caso no era necesario una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos.

El concubinato por otra parte era la unión estable de un hombre y una mujer sin el *affectio maritalis*. La característica de la estabilidad que tiene el concubinato lo distingue de la simple relación sexual. El concubinato no fue castigado por la ley, como tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social de la época.

Esta especie de matrimonio de inferior categoría, parece haber nacido de la desigualdad de condiciones, como cuando un ciudadano tomaba para concubina a una manumitida o a una ingenua de baja extracción social.

La Ley Romana a través de la *Lex Julia* castigaba toda relación sexual fuera del *iustum matrimonium*, haciendo una excepción de la unión duradera llamada “concubinato” que recibió de esta manera una especie de sanción legal.

La concubina no era elevada a la condición social del marido y nunca fue tratada como “mujer” ni en la familia. En cuanto a los hijos nacidos del

---

<sup>26</sup>La *Affectio maritalis* no es otra cosa que la intención que tenían los contrayentes de ser marido y mujer



concubinato pasan a pertenecer a la familia de la madre y no están sujetos a la autoridad del padre y nacen bajo la calidad de *Sui Iuris*.

Por tanto, un ciudadano romano podía elegir entre estas dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas: si quería desarrollar a su familia civil contraía la *Iustae Nuptiae* y entonces tenía a los hijos bajo su autoridad; si por otra parte quería dejar fuera de su familia a sus hijos, entonces tomaba a la mujer por concubina.

Había dos requisitos que debían cumplirse solamente para el matrimonio justo y estos eran:

1. Que el hombre y la mujer que se casen sean ciudadanos romanos porque de lo contrario no tienen el *Ius Connubium* que era necesario para el matrimonio justo.
2. La identidad de clase social.
3. Que ambos hayan llegado a la pubertad habiéndose fijado 12 años para las mujeres y 14 para los hombres.
4. El consentimiento de la mujer y del varón que debe prestarse en forma voluntaria y sin vicios que afecten el consentimiento (error, fuerza y dolo).

También se establecieron impedimentos para celebrar el matrimonio, entre estos teníamos:

1. Por parentesco, no se permite el matrimonio en línea recta y entre parientes colaterales está prohibido el matrimonio entre hermanos, tíos y sobrinos.
2. En caso de la mujer viuda o divorciada, hasta un año después de la fecha de disolución del matrimonio.
3. Si se tuviese un matrimonio anterior no disuelto.
4. El tutor no podía casarse con su pupila.

A además de estos impedimentos existían las siguientes prohibiciones:

1. Estaba prohibido el matrimonio del raptor con la raptada.
2. Estaban prohibidas las nupcias entre la mujer adúltera y su amante.
3. También se le prohibía contraer matrimonio al soldado mientras se encontraba en servicio activo
4. La última prohibición era para el gobernador de una provincia con una súbdita de esa provincia.

Entre los romanos existía un *matrimonium injustum*, para los peregrinos y latinos, y el *contubernum* para los esclavos que no producían los efectos de la *Iustae Nuptiae*. Se consideran justas nupcias, las que contraen los ciudadanos

---



romanos que se unen de acuerdo a los preceptos legales, pudiendo hacerlo en la edad púber los varones y en la edad núbil las mujeres, los hijos debían hacerlo con el consentimiento de los padres; lo que a decir de los romanos era fundamentado tanto al Derecho Civil cuanto al Derecho natural.

El establecer legalmente impedimentos para contraer matrimonio es un concepto romano, aunque más trabajado y estudiado posteriormente por el derecho canónico. Las restricciones establecidas en las institutas de Justiniano para contraer nupcias eran entre los ascendientes y descendientes entre sí, incluso cuando estos grados de consanguinidad se hayan establecido a través de la adopción, pese a ser disuelta la adopción.<sup>27</sup>

Referente al grado transversal de parentesco se prohíbe la unión entre hermanos, incluidos los medio hermanos, esta prohibición perduraba entre los hermanos por adopción hasta que uno de ellos sea emancipado; tampoco se consideraba legal contraer nupcias con la descendencia del hermano, o con la tía paterna, así ésta lo sea por adopción, o por afinidad; tampoco con la hijastra o con la nuera, con su suegra o madrastra, también eran impedimento las cognaciones<sup>28</sup> contraídas en la esclavitud, si padres o hijos hubiesen sido manumitidos.

Estaba permitido contraer nupcias con la hija de la mujer que hubiese adoptado el padre del esposo, así también como que los primos contraigan nupcias entre ellos, o entre el hijo del marido y de otra mujer y la hija de la mujer y de otro marido, y viceversa, aunque llegasen a tener hermanos del matrimonio entre sus padres<sup>29</sup>.

En el Derecho Romano solo se cuenta en línea colateral los grados de un lado, “*tot gradibus colaterales distant inter se, quo tuter que (remotior) distat a stipte commune*”; así, los primos hijos de primos, que en Derecho romano son parientes en cuarto y sexto grado, en el derecho germánico lo eran en segundo o tercero respectivamente, este cómputo fue restablecido por el Código Napoleónico, posteriormente imitado por el italiano.

Un matrimonio como el romano e incluso hasta el concilio de Trento, debía probarse: “*invocando la posesión del estado de marido y esposa, probándose*

---

<sup>27</sup> Juliano establece que si después del divorcio quien fuese tu mujer tuviese hija de otro, si bien esta no se considera tu hijastra no está permitido contraer nupcias con ella.

<sup>28</sup> No se trata de otra cosa que los vínculos naturales o de sangre provenientes de la procreación o de la existencia de un tronco en común.

<sup>29</sup> Tiberio no solo llegó a ser hijo de Augusto porque este contrajo matrimonio con su madre Livia, además fue luego adoptado para poder sucederle como emperador; también se desposó con la hija de Augusto, Julia.



por vos publica que habían hecho vida en común y pasado como casados."(Brugi, 2001).

En el derecho antiguo, el rapto constituía un impedimento dirimente entre el raptor y la robada; un impedimento perpetuo que permanecía, sea que la raptada esté o no en poder del captor; Justiniano estableció que quien raptase una mujer virgen no podía casarse con ella "*nullo modo, nullo tempore datur licentia*".

Si bien siempre fue un impedimento dirimente del matrimonio, el que lo contrajeran entre afines en línea recta (considerado incestuoso), en la línea colateral no se dio lo mismo, ya que hasta el emperador Constancio era permitido el matrimonio entre colaterales, ley confirmada por Teodosio pero irrespetada por Honorio quien se casó sucesivamente con 2 hermanas.

Los romanos al igual que los demás pueblos de la antigüedad aceptaban el divorcio, y podía darse por motivos como el cautiverio o servidumbre de uno de los cónyuges, o en el caso de muerte, aunque en este caso más que una disolución se trata del término del matrimonio, "*mors omnia solvit*"<sup>30</sup>.

Quienes hubiesen contraído matrimonio incurriendo en una de las restricciones mencionadas, no eran considerados marido y mujer, ni existía el matrimonio ni mucho menos la dote, y los que nacieran de esta unión no se consideraran bajo la patria potestad del padre; estos eran los llamados hijos espureos o como los griego los conocían, hijos "diseminadamente concebidos".

El Derecho Romano, nos transmite como costumbre frecuentísima, la constitución de una dote y de una contradote, "*pero estas no se exigieron nunca como requisitos del matrimonio*"(Ripert, 2001); para los romanos la dote no se equipara a ninguna otra donación, en la que, por lo general, está excluida la garantía.

El matrimonio putativo, que se refiere a los cónyuges y a la prole es una institución que se adjudica al derecho romano, en base a este matrimonio, la buena fé lo hacía valido para siempre aunque existiesen impedimentos.

Pese a la incapacidad que perseguía a la mujer a lo largo de su vida, para los romanos el matrimonio tenía como fin establecer la igualdad entre los esposos "*Individua vitae consuetudo, consortium onmis vitae, divinat que humani iuris comunicatio.*"<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> La muerte todo lo destruye.

<sup>31</sup> El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, consorcio en todas las cosas de la vida, comunicación de derecho divino y humano.



El matrimonio se disolvía:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges. En este caso el marido podía volver a casarse inmediatamente, mientras que la mujer debía permanecer de luto por 10 meses, a fin de evitar confusiones de paternidad en caso de embarazo o parto.
2. Por la esclavitud. Que era un equivalente a la muerte civil. La pérdida de la ciudadanía romana disolvía solamente la *Iusta Nupciae*, esto también se aplicaba en caso de que uno de los cónyuges hubiese sido hecho prisionero por el enemigo.
3. Por el divorcio. El divorcio fue admitido desde el origen de Roma, pero los antiguos romanos no lo practicaron debido a la severidad de las costumbres *primit Poivas*. El divorcio se produce por la pérdida del *affectio maritalis* que determina que cese sin más el vínculo matrimonial. No estaba sujeto a formalidad alguna, era suficiente un simple aviso comunicado de palabra o por escrito o a través de mensajero. Había dos clases de divorcio:
  - a. Divorcio *Bona Gratia*: es decir por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.
  - b. Divorcio por repudiación: Por la voluntad de uno de los cónyuges, aunque sea sin causa. La mujer no sometida a la *manus* tiene este derecho lo mismo que el marido. Con el Emperador Constantino se reformó la ley creándose formalidades para el repudio y se estableció que si el repudio era verbal debía hacerse ante 5 testigos y si era por escrito sentando un acta en la que intervengan 5 testigos.
4. Por nulidad.

#### 1.3.4 De las adopciones.

La adopción era un acto solemne, mediante el cual un *filius familias* pasaba a estar bajo la patria potestad de un *pater familia*, sea este su padre natural o cualquier otro.

Desde el Derecho Justiniano se acentuó el carácter contractual de la adopción requiriéndose un consentimiento reciproco, se: “puede revocar su consentimiento”(Brugi, 2001), siendo un contrato de un tipo muy peculiar, tanto por su irrevocabilidad, cuanto por el consentimiento que debía dar el adoptado.

También los hijos adoptivos se encuentran sometidos a la potestad del padre, la adopción se hace por rescripto del príncipe o por autoridad del magistrado



(aquellos que están bajo la potestad de sus ascendientes), o por adrogación (con autorización del emperador también se puede adoptar a cualquiera que sea dueño de sí). Si un padre de familia daba a su hijo natural en adopción, no se disuelven los derechos de potestad, nada pasa al padre adoptivo, pese a que se le han concebido derechos de sucesión ab-intestato, esto no se aplica cuando la adopción en lugar de hacerse a un extraño, se la hace al abuelo materno del hijo, o estando emancipado el padre natural, al abuelo paterno o al bisabuelo materno o paterno, ya que en estos casos subsisten los derechos del padre adoptivo, esto porque tenemos ya un vínculo natural de por medio, reforzado por el lazo legal de la adopción.

Los hijos adoptivos, solían constituirse con la finalidad de hacerlos herederos cuando no se los hubiese podido instituir en otro caso, a falta de testamento; fue una medio que usaron a menudo las familias nobles próximas a extinguirse, como única manera de mantener el nombre de origen, al que se daba tanta importancia como al patrimonio, no obstante también se la usaba con el fin de procurarse hijos como consuelo de quien no los tuviera o los hubiese perdido, por lo cual se la concedía a la mujer "*insolatium amissorum liberorum*", sin asomo de supremacía aristocrática, y sin separar al adoptado de sus parientes consanguíneos, permitiéndose posteriormente la adopción pese a tener hijos, así en los inicios de la Roma imperial Augusto adoptó a un gran número de hijos debido a que muchos de sus sucesores fallecieron.<sup>32</sup>

Se exigía que el adoptante tenga por lo menos 50 años y mayor con 18 como mínimo al adoptado

Si el impúber era adrogado por *rescriptio* del príncipe, se permitía la adrogación con conocimiento de causa, se investigaba su motivo, si era honrosa y conveniente para el pupilo, y si se llevaban a cabo las condiciones que se exigían como la caución (si el pupilo falleciese antes de la pubertad, deberá restituir los bienes a aquellos que de no haberse dado la adopción hubiesen tenido derecho de sucesión). El adrogador no podía emanciparlo si no lo hacía por las causas por las que se permitía la emancipación y le devolviese entonces sus bienes, pero aunque le hubiese desheredado el padre al morir, o en vida le hubiese emancipado sin justa causa, era obligado a dejarle la cuarta parte de sus bienes, obviamente de los que transmitió al padre adoptivo, y cuya utilidad adquirió después para él.

A demás de la patria potestad otra institución que servía para representar a los incapaces era La Guarda, esta se crea para proteger los intereses de ciertas

---

<sup>32</sup>Augusto no tuvo hijos varones así que adoptó a Marcelo su sobrino, luego a su amigo Marco Agripa, posteriormente a sus nietos Cayo y Lucio, y por último a su hijastro Tiberio el cual le sucedió como emperador, a quien hizo que a su vez adopte a su sobrino Germánico.



personas a los que la ley no les reconoce capacidad de ejercicio permitiéndose la designación de otra persona que cuide de los intereses de los incapaces que se llama Tutor cuando protege a los menores de edad y a las mujeres y Curador cuando protege a mayores de edad mentalmente incapaces. La incapacidad puede deberse a la edad, al sexo o a deficiencias mentales.

A los tutores se les designaba mediante:

- **La tutela testamentaria.**- en la que el *pater familia* otorgaba testamento, y así designaba tutor para sus hijos impúberes
- **La tutela legítima.**- en la que a falta de testamento la ley señalaba al tutor y le correspondía al pariente varón mayor de edad más cercano por vía paterna.
- **La Tutela Dativa.**- que era asignada por la autoridad judicial a petición de cualquiera que hubiese tenido interés en la designación.

Los Curadores sólo podían designarse en forma dativa porque la designación suponía una calificación de la situación mental del individuo y sólo podía hacerla la autoridad.

Los autores romanos, consideraban varias etapas en la edad del incapaz: el *infas* hasta los siete años; el impúber entre los siete y los doce años, para la mujer y los catorce para el varón, más detalladamente tenemos los casos de tutela:

1.- El tutor del infante.- se sometía a un sistema que se llamó *Gestio Negotiorum*. Para aplicación se hacía una transferencia de todo lo que tenía el menor al patrimonio del tutor y él administra ese patrimonio en forma directa sometiéndose a las limitaciones establecidas en la ley<sup>33</sup>. Terminada la tutela se rendía cuentas ante la autoridad judicial y se traspasan los bienes al menor deduciendo los gastos de la administración.

2.- La tutela del impúber.- El tutor escogía el sistema de administración entre el mismo del infante u otro que se llamaba *Auctoritatis Interpositio*,<sup>34</sup> en la que el tutor complementaba la insuficiente personalidad del pupilo, para que el acto que éste celebraba produjera sus efectos en la persona del pupilo. Este sistema permite que el incapaz decida la realización de un acto, luego el tutor autoriza y con la autorización, el incapaz realiza el acto.

---

<sup>33</sup> Dentro de las limitaciones estaba la prohibición de enajenar los bienes sin autorización judicial, debía hacerse generar recursos porque de lo contrario responde económicamente.

<sup>34</sup> Esto es la autorización del tutor.



3.- La tutela del menor púber.- Los varones a partir de los 14 años tenían capacidad plena pero en la vida práctica se encontró que no fue conveniente, porque eran frecuentemente perjudicados. Para protegerles se dictó la *Lex Plaetoria*, según la cual cuando el menor resultaba perjudicado y el daño era previsible, el mayor de edad que contrató con él tenía debía indemnizarle. Para proteger a los mayores de edad se reformó esa ley y se estableció que si el menor aceptaba la designación de un tutor ya no podía acogerse a las protecciones legales.

4.- La tutela de la mujer.- La mujer desde los 12 años es capaz también pero no totalmente. Para celebrar los contratos solemnes y para consentir en los actos que le dejan sin patrimonio necesita autorización del tutor.

Por otra parte, la Curaduría podía darse en los siguientes casos:

1.- Curaduría del Disipador.-el incapaz necesitaba autorización del curador para todo acto que signifique un egreso de dinero y para los actos que puedan generarle problemas económicos, pero no necesitaba del curador para aquello que incrementase su patrimonio, siempre y cuando que no implique peligro.

2.- Curaduría del Demente.- Ellos tienen un curador que actúa directamente sin la participación del incapaz.

La Curaduría podía terminar o por causas que se relacionan con el guardador en caso de que se le revoque la designación hecha por la autoridad judicial, si este muriese o sufriese una *Capitis Diminutio*; o por causas atribuibles al pupilo, donde a más de las 2 últimas mencionadas, terminaba cuando desaparecía la incapacidad del mismo.



## **Capítulo 2: El libro de las personas del Código Civil ecuatoriano.**

### **2.1 El principio y el fin de la existencia de las personas.**

#### **2.1.1 El principio de la existencia de las personas.**

Tradicionalmente se ha definido en el campo jurídico a la persona en el campo jurídico, como al “ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”, dentro de este concepto de personas se abarca tanto a las personas físicas como a las denominadas personas incorporales a las que el Derecho Romano reconocía capacidad jurídica dentro de ciertos límites.

En nuestro Código Civil, tal como en el romano, se reconoce a las personas físicas y a las incorporales las cuales son denominadas “personas naturales” y “personas jurídicas” respectivamente.

En cuanto a la existencia de las personas naturales debemos diferenciar el inicio de la existencia natural que se origina con *la concepción*, de la existencia legal de las personas, que se da con *el nacimiento*. Es presunción legal que el que nace lo hace con vida y lo contrario deberá probarse, en vista de ésta afirmación, nuestro Código sigue la doctrina jurídica de la vitalidad, frente a la doctrina de la viabilidad, seguida por legislaciones como la francesa, española y peruana; quienes están a favor de la doctrina de la viabilidad alegan que hay veces en las que el parto se da en una época o estado de preñez, en el cual, si bien el niño nace vivo, consideran que no se puede prolongar su existencia más allá de un par de días u horas, se podría decir que está “condenado a morir”, porque a esto le lleva las condiciones en que se encuentra su desarrollo físico; lo que implica que la criatura debe tener “aptitud para vivir”, es decir que además de nacer vivo, ha de ser capaz de continuar viviendo una vez separado de la madre; esta doctrina es criticada tanto desde el punto de vista del derecho natural, cuanto del derecho positivo a decir de Rafael Cevallos: “Absurdo es hacer depender la capacidad de derecho de una persona, de las circunstancias de haber sobrevivido unas horas más o unas horas menos.”(Cevallos, 2012)

En el Derecho romano no se exigía esta condición, y tampoco tenía importancia de cómo se produce esta separación:

*“La ley de los antiguos reyes romanos prohibía sepultar a las mujeres que morían estando embarazadas, sin abrirles su cuerpo, con el fin de salvarle la vida al niño que llevaba en el vientre Negatlex Regia, mulierem quae praegnans mortuas it humari ante quam partusei excidatur”*(Solar, 2013).

Pero para nuestra legislación para ser persona no basta con nacer, sino que se deberá estar separado completamente de la madre, ya que en el caso de que el feto muriese en el vientre materno o antes de ser separado de ella,



legalmente se considerará como si ese ser jamás hubiese existido, ya que únicamente con esta separación, se adquiere el goce de los derechos civiles, los que estarán suspensos desde la gestación hasta que el nacimiento se efectué y el hijo sea separado totalmente de la madre.

Nuestra legislación protege desde la vida desde el periodo de gestación, el Código Civil en su Art 61 dispone:

*"La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra."*

*Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento."( Código Civil Ecuatoriano, 2015).*

Además de la presunción de derecho de que el que nace lo hace con vida, tenemos la referente a la concepción, en la cual según el Art. 62,inciso 2do se declara que:

*"Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento."( Código Civil Ecuatoriano, 2015).*

Este ha sido un punto muy debatido a lo largo de los siglos. Los romanos le atribuían a Hipócrates la declaración de que el parto es perfectamente viable a los 7 meses:

*"Septimo mens enasci perfectum partum jam, receptum est propter auctoritatem, doctissimi viri Hippocratis; el ideo credendum est eumqui ex justis nuptiis sptimomen senatus est justum filium ese"(Solar, 2013).*

Por esto colegían los romanos que quién nace de siete meses, lo hace dentro del matrimonio, pero de aquél que nació a los 182 días, debía considerarse nacido en tiempo legítimo, en cuanto a los nacimientos tardíos fue fijado en la ley de las XII tablas los 300 días.

Al discutirse respecto a esto en la redacción del Código de Napoleón, se presentó un informe de nacimientos tardíos y precoces, con el que en los debates, los legisladores llegaron a la conclusión que:

*"La opinión presentada al consejo sobre la fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y de 286 para los tardíos..., se encuentra completamente de acuerdo con la porción más ilustrada y sabia de los médicos, de los naturalistas y de los jurisconsultos"(Solar, 2013).*



A pesar de estas discusiones, los legisladores Franceses adoptaron los 180 días para los nacimientos precoces y los 300 para tardíos.

Respecto a las personas jurídicas el derecho romano, del mismo modo que en la actualidad por obvias razones necesitaban de una persona natural para que las represente y actúe por ella; se les daba los nombres de “*corpora*”, “*collegia*” y “*universitates*”<sup>35</sup>, siendo consideradas en personas incorporales el Estado, las ciudades, Asociaciones y Fundaciones. Como antecedentes de las asociaciones con carácter privado tenemos aquellas dedicadas a realizar los cultos religiosos, reparar los templos, realizar los juegos para las festividades, etc., las mismas que no recibían subvenciones del Estado y aparecieron en la época Republicana.

En la ley de las XII tablas a decir de Gayo se establecían amplias facultades de acción para las asociaciones, a las que se les permitía pactar todo aquello que no sea contrario al orden público.

El Código Civil ecuatoriano define a las personas jurídicas en su Art. 564 como: ...“una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”( Código Civil Ecuatoriano, 2015), las cuales pueden ser de 2 especies: Corporaciones y Fundaciones de beneficencia pública, existiendo la posibilidad de que una persona jurídica participe de ambas condiciones.

Teniendo en cuenta que el objetivo del presente estudio son las personas naturales, no se profundizara en el análisis de las personas jurídicas.

### **2.1.2 El Fin de la existencia de las personas.**

A decir de Luis Claro Solar: “la muerte es la cesación de los fenómenos que concurren a la conservación de la vida” (Solar, 2013). La persona termina con la muerte, y nuestra legislación conoce por muerte natural tanto a la ocasionada por las enfermedades, como aquella que se da por el debilitamiento de todos los órganos por razón de la edad o por cualquier otro medio; cuanto a la que resulta ocasionada por accidentes. Este fenómeno es considerado como el cese total de la capacidad legal, los romanos por su parte:

*“Imponían el cumplimiento de las últimas voluntades legalmente manifestadas por el que había fallecido, y concedía acción contra los que injuriaban su cadáver; pero la capacidad legal había cesado en absoluto.”*(Hernandez, 1989).

---

<sup>35</sup>Se debe tener en cuenta que tales términos no tuvieron siempre el mismo significado, por ejemplo en la época clásica con el término *collegium* indicaba determinadas asociaciones o no asociaciones en sentido abstracto, y en el Digesto de las Institutas de Justiniano unas veces se emplean las expresiones *corpora* y *collegia*, indistintamente referidas a las asociaciones profesionales y, otras parece tener *corpus* un sentido más amplio que *collegium*.



La legislación romana establecía presunciones en caso de no existir prueba directa para comprobar el momento de los decesos, así, la presunción general era que todas las personas habrían fallecido al mismo tiempo, pero si el hijo impúber fallecía conjuntamente con el padre, se consideraba que el hijo había fallecido primero, esto teniendo en cuenta que el niño tiene una menor resistencia física en caso de originarse un accidente, si era púber, se consideraba que fallecía primero el padre; el Código francés siguió con la doctrina romana, Don Andrés Bello en cambio se alejó de estos preceptos por considerarlos demasiado ligeros e inciertos.

Según nuestro Código Civil, si falleciesen varias personas en un mismo suceso, sin que sea posible establecer el orden de los decesos, se tomara como si todos hubiesen muerto al mismo tiempo, impidiendo así un derecho de sucesión entre ellas.

La persona termina con la muerte, pero existen casos en los que no es posible determinar, precisar o constatar la muerte de una persona, por ende se considerará fallecido quien desapareciese, esto cuando se ignora si vive o muere, y para que se considere legalmente fallecido, se debe seguir un trámite judicial al tenor del Art. 67 del Código Civil:

*“La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, por lo menos, dos años;”*( Código Civil Ecuatoriano, 2015)

Pero los romanos nunca desarrollaron instituciones para tratar la presunción de muerte del ausente y cuando un caso de estos se presentaba se determinaban ese momento plazos para declarar la muerte presunta o se dejaba todo a decisión del magistrado quien decidía en base a la información que este había podido obtener.

Cuando en nuestro Código se trata la presunción de muerte y se usa la palabra ausente, se lo hace con el fin de designar a quien ha dejado su residencia sin dar noticias previas de su paradero, lo que hace que exista una incertidumbre de si vive o muere, incertidumbre que se acrecienta a medida que transcurre el tiempo sin que se tengas noticias de él.

Autores como Claro Solar consideran que debido a la fuerza de los lazos afectivos que unen a un hombre con su familia, amigos o simplemente la tierra que lo vio nacer, el legislador ha llegado a la conclusión que si una persona desea volver a su patria o mantener estas relaciones humanas, utilizará los medios necesarios para regresar o para mantener ese contacto; por lo que a medida que pasa el tiempo sin que se sepa del paradero del desaparecido, y sin que el intente contacto con los suyos, aumenta la posibilidad de que el ausente esté muerto; y más aun tomando en cuenta que con los avances



tecnológicos, existe una gran facilidad con la que hoy en día las personas pueden comunicarse sin importar la distancia a la que se encuentren, aunque de darse el caso que desaparecido lo hizo en circunstancias como accidentes imprevistos, ajenos a la voluntad del ausente (guerras, epidemias, naufragios en playas inhabitadas u otros acontecimientos casuales), se debe tener presente que podría serle imposible comunicarse porque simple y llanamente no tiene medios para hacerlo.

En la primera etapa la presunción de muerte es más débil frente a la de que pueda el desaparecido permanecer con vida (este primera etapa se la conoce como mera ausencia), pero tenemos que si esta ausencia se prolonga por años, y no existen noticias sobre su paradero, el fundamento para considerarlo muerto se vuelve mucho más fuerte, aunque si bien esta duda es grande, nadie puede confirmar que ha fallecido por lo tanto aún no se tiene constancia del deceso.

*“3. La declaración podrá ser pedida por cualesquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos, desde la última citación...”*

*“...5. El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido.”( Código Civil Ecuatoriano, 2015)*

Mientras que la posesión definitiva será dada cuando hayan transcurrido 10 años desde las últimas noticias que se tuviese del desaparecido, o si cumplidos los 3 años desde dichas noticias, se probase que el desaparecido ha cumplido 80 años.

Esto lo han establecido los legisladores teniendo en cuenta la esperanza de vida de una persona; además de que debido al debilitamiento y desgaste físico que se sufre por la edad, resulta complicado para alguien de 80 años sobrevivir en situaciones catastróficas o inciertas.

Pero puede darse el caso de alguien desapareciese sea que se encuentre herido, como consecuencia de un naufragio o le sobreviniese algún otro peligro semejante, y no se supiese de su paradero por 6 meses, nuestro Código Civil, en este caso establece:

*“...fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.”( Código Civil Ecuatoriano, 2015)*



En caso de que el desaparecido haya estado unido por vínculo matrimonial, la sociedad conyugal queda disuelta desde que se entrega la posesión provisional de sus bienes, y el Código Civil dispone:

En cuanto a los bienes muebles del desaparecido, podrán venderlos previa autorización del Juez, que dará paso a la petición de considerarlo conveniente y con respecto a los inmuebles no podrán venderse ni hipotecarse salvo se realice con antelación el mismo trámite, haciendo la venta en pública subasta, previamente se deberá formar un inventario solemne de los bienes que se revisará o rectificará del mismo modo, debiendo prestar caución para conservar o en el caso que se deban restituir, harán suyos los respectivos frutos e intereses. Al ser declarada la posesión definitiva se les devolverá la caución.

## **2.2 Sobre la patria potestad.**

Desde los inicios de la institución de la patria potestad en Roma en la cual se otorgaba a quien la ejercía derechos totales, vemos como estos derechos se han reducido hasta la actualidad ya que nuestro Código Civil en su Art. 283, define a la patria Potestad como: “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.” ( Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Como excepción al ejercicio de la patria potestad, tenemos a los hijos que se empleen en un cargo público, haciendo alusión a los actos que realice en el ejercicio de dicho cargo.

A decir de Planiol estos derechos y obligaciones se resumen en una sola frase: “la educación de los hijos”(Ripert, 2001, pág. 255).

En el ejercicio de la patria potestad, los padres al administrar los bienes de sus hijos tienen el derecho a usufructo, pero a diferencia de cualquier otro usufructuario, ellos no están obligados a rendir una caución, esto porque se supone que el padre vela siempre por el bienestar de sus hijos y su intención nunca ha de ser perjudicarlos ni mucho menos dilapidar sus bienes; y aunque no deban hacer inventario solemne, si deberán hacer una descripción detallada de los bienes desde que inicien con la administración, respondiendo hasta de culpa leve en el ejercicio de esta; se le privará de la administración de los bienes de sus hijos, cuando incurra de forma habitual en negligencia o dolo, o si se le ha suspendido o privado de la patria potestad. Cuando ninguno de los padres esté a cargo de la administración de los bienes del hijo, esta deberá ser ejercida por un curador:

*“Si el hijo es común de ambos cónyuges, la sociedad conyugal goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, menos los que se indicarán más adelante. Si el hijo ha sido concebido fuera de matrimonio, tendrán dicho usufructo el padre o padres, a cuyo cuidado se halle confiado.”*( Código Civil Ecuatoriano, 2015)



Como excepción al usufructo mencionado en el artículo anterior, tenemos a los bienes que el hijo ha adquirido en su empleo, por donación, herencia, legado, esto si se dispuso claramente por parte del donante o el testador que ha de ser el hijo quien administre los bienes que le lega o dona; o cuando han pasado del padre a él por incapacidad, indignidad, o siendo desheredado este. Se debe también tener en cuenta que los hijos son considerados mayores de edad para poder administrar su peculio profesional.

En este punto de la patria potestad hay una gran discrepancia con el manejo que se tuvo de la institución en la Roma primitiva, en la cual no se le permitía tener bienes propios a los hijos.

Respecto a las acciones que el hijo quiera realizar con el fin de pedir prestado dinero a interés o comprar al fío, en estas circunstancias, el hijo deberá tener permiso de sus padres, y se obliga únicamente en el monto de su peculio; si realizó estos actos sin el permiso de sus padres se obliga solamente hasta el monto del beneficio que haya conseguido, pero si los padres consintieron estos actos son solidariamente responsables por la cantidad que autorizaron, otra diferencia con la patria potestad romana en la que si bien el padre absorbía los bienes de los hijos, las deudas que este contrajese no generaban obligación al padre, los únicos actos realizados por los hijos en los que de cierto modo adquiría obligación era en los actos delictivos cometidos por sus descendientes.

En el ejercicio de la patria potestad no se permite enajenar, hipotecar (sin autorización del Juez con conocimiento de causa), hacer donaciones, ni arrendar sus inmuebles por largo tiempo, tampoco aceptar o repudiar herencias que han sido deferidas al hijo, salvo autorización judicial.

Si bien las normas mencionadas anteriormente sobre la patria potestad constan en el Código Civil, también tenemos disposiciones al respecto en el Código de la Niñez y Adolescencia, donde se complementa el concepto dado por el Código Civil a más de darse su contenido, esto lo tenemos en su Art.105:

*"La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley." (Código Orgánico Ecuatoriano de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

En caso de que los padres perdieran la patria potestad sobre sus hijos existen normas a seguir, obviamente primero se deberá escuchar a los menores que estén en capacidad de dar a entender su opinión; según el Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia, el Juez deberá:

- Respetar los acuerdos a que hubiesen llegado los padres, siempre que este no implique un daño al menor.



- A falta de un acuerdo o si este fuese perjudicial para el menor, si este tuviese menos de 12 años de edad, quedara a potestad de la madre.
- En caso de mayores de 12 años, la potestad se otorgara al progenitor que demuestre mayor estabilidad, y en cuyo cuidado pueda el menor desarrollarse de manera integral y óptima.
- Si padre y madre demuestran las mismas condiciones, se dará preferencia a la madre, siempre que esto no vulnere el interés superior del menor.
- Bajo ningún concepto se dará la potestad al padre que hubiese incurrido en las causales de privación de patria potestad.<sup>36</sup>
- Si es que faltasen o estuviesen inhabilitados ambos padres, se deberá nombrar un tutor para los menores.

Se debe tener presente que no es motivo para privar de la patria potestad a uno de los progenitores la mala situación económica por la que esté atravesando o que por la precariedad de esta, ha tenido que emigrar al exterior dejando a sus hijos al cuidado y tutela de un consanguíneo en línea recta o hasta el cuarto grado de consanguinidad (en estos casos solo se la suspenderá para efectos de confiar la tutela a la persona encargada del menor).

De acuerdo a nuestro Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 115, expone que podrán ejercer la acción para privar de la patria potestad:

1. *"El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas;*
2. *Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad;*
3. *La Defensoría del Pueblo, de oficio o a petición de parte;*
4. *La Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte; y,*
5. *Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente".*(Código Orgánico Ecuatoriano de la Niñez y la Adolescencia, 2010).

Una vez que el juez declare la privación o suspensión de la patria potestad, establecerá medidas cautelares con el fin de favorecer las circunstancias para que posteriormente se pueda restituir la potestad, esto se logra por petición judicial, demostrando que las causas que llevaron a su suspensión o privación, cambiaron sustancialmente; así el juez valorando el cambio y escuchando al

---

<sup>36</sup>Las causales están establecidas en el Art. 113 del Código de la Niñez y Adolescencia y son:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.



menor de ser posible podrá levantar esta suspensión o pérdida o de ver que el progenitor aún no está en las mejores condiciones para recuperar totalmente los derechos y obligaciones que la patria potestad conlleva, inclusive está facultado para únicamente limitar la patria potestad.

En nuestra legislación, si se le quitase la patria potestad a uno de los padres, la asumirá aquel a quien no se le haya quitado o suspendido, diferencia radical con la patria potestad romana en la cual como se ha mencionado anteriormente era únicamente ejercida por los hombres.

### **2.3 Del matrimonio y la unión de hecho.**

#### **2.3.1 Del matrimonio.**

Con el matrimonio se crea la familia a la que tradicionalmente se la puede dar la definición de:...“conjunto de individuos que viven bajo un mismo techo, con los recursos proporcionados por el jefe de hogar, se hallan subordinados a la dirección de este”(Cevallos, 2012, pág. 437).

En un sentido amplio está conformada por personas unidas por el vínculo matrimonial y el parentesco, pero si la vemos desde un sentido más restringido este grupo estaría integrado por los cónyuges y los hijos.

Desde la familia romana hasta la familia actual se han mantenido similares relaciones jurídicas entre los miembros que las componen, las mismas que están conformadas de los efectos personales y patrimoniales, la relación parento-filial y las instituciones tutelares. En cuanto a las relaciones familiares, nuestro Código Civil regula principalmente lo concerniente a los bienes, además de lo que atañe a normas de naturaleza y morales, determina deberes a cumplirse dentro de la misma, los cuales derivan de la procreación y vínculos sanguíneos de lo que podemos colegir que en este punto existe una notoria afinidad entre el derecho de familia y el Derecho Civil.

Tenemos como fuentes de las relaciones familiares: el matrimonio, la filiación, la adopción, y la afinidad.

Inicialmente el matrimonio tenía el carácter de indisoluble y cuando se daba el divorcio únicamente se liberaba a los cónyuges de la obligación de vivir juntos, asistirse y mantener fidelidad, no pudiendo ninguno de ellos contraer nuevo matrimonio. De acuerdo a nuestra legislación el divorcio puede ser causal o consensual y con la entrada en vigencia del COGEP en Mayo del 2016, será potestad únicamente de los notarios disolver vínculos matrimoniales por mutuo consentimiento cuando no existan hijos menores de edad o con discapacidad de por medio, aunque mediante la ley notarial siempre tuvieron la potestad de disolver los vínculos matrimoniales bajo esas circunstancias.



El Código Civil ecuatoriano, en su Art.81 define al matrimonio como:... “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*”( Código Civil Ecuatoriano, 2015). Es un contrato que debe celebrarse con el consentimiento de las partes, quienes deben haber cumplido la mayoría de edad.

El matrimonio, como lo señala su definición, es un contrato, pero algunos autores se refieren a él como institución o un negocio jurídico complejo, esto debido a que pese a ser un contrato, es una de naturaleza especial, porque a parecer de Rafael Cevallos: “*da nacimiento a un estatuto de carácter permanente, porque sus efectos quedan fuera de la voluntad de los contrayentes.*”(Cevallos, 2012)

No se puede llevar a cabo el matrimonio en caso de que existan uno o más impedimentos legales, si no se practican las diligencias necesarias de tratarse de segundas nupcias o de guardadores con sus pupilos.

Con la Reforma de Junio del 2015, se prohibió el matrimonio de los menores de edad, ya que antes de esta reforma mientras estuvo permitido este tipo de matrimonio, existían impedimentos en caso de que en el matrimonio participa un menor y su celebración implica peligro para la salud del menor; si la persona con quien va a casarse el menor llevare una vida licenciosa, así como tampoco le estaba permitido al tutor o curador casarse con el menor de 18 años, salvo que la cuenta de administración haya sido aprobada por el Juez.

El matrimonio legalmente celebrado en el extranjero es válido en el Ecuador, a no ser que contrarie a las leyes de nuestro país, (casos como el matrimonio entre personas del mismo sexo, no podrá hacerse validos en el Ecuador); al igual el matrimonio disuelto será válido en otro país a no ser que no hubiese podido disolverse con las leyes ecuatorianas.

La ley establece las nulidades para el matrimonio entre los que tenemos:

- La autoría o complicidad del cónyuge dentro del homicidio del marido o mujer.
- Por querer contraer matrimonio un menor de edad.
- Cuando el vínculo matrimonial no ha sido disuelto.
- Cuando el cónyuge es impotente.
- En caso de sufrir demencia alguno de los contrayentes.
- Si se celebra entre consanguíneos en línea recta, colaterales en 2do grado de consanguinidad y los parientes en 1ro de afinidad.

También se podrá anular el matrimonio si al tiempo de celebrarse el matrimonio se incurriese en error respecto a la identidad de uno de los contrayentes, existiese enfermedad mental (que le prive del uso de razón), se diese el rapto de la mujer (que no hubiese recuperado la libertad al celebrarse el matrimonio), amenazas graves y serias capaces de infundir temor irresistible.



De darse el caso que un matrimonio fuese declarado nulo, pero fue celebrado con las solemnidades, surtirán los efectos pertinentes con respecto al cónyuge que hubiese actuado de buena fe, manteniéndose en estos casos las donaciones o promesas que se hayan hecho a favor del cónyuge que actuase de buena fe, a pesar de la declaración de nulidad.

El matrimonio en Ecuador debe realizarse en el Registro Civil, con la presencia de 2 testigos<sup>37</sup>, con la comparecencia de los contrayentes, o de no poder presentarse en forma personal, podrá ir en su lugar un apoderado especial con poder otorgado ante notario público, pero si ha de celebrarse en nación extranjera entre ecuatorianos o ecuatorianos y extranjeros, o entre extranjeros en el territorio ecuatoriano, se efectuara por agentes diplomáticos y consulares del Ecuador.

Dentro de las solemnidades esenciales que deben concurrir en el matrimonio tenemos:

- La comparecencia de las partes, por si o por medio de apoderado.
- La inexistencia de impedimentos dirimentes.
- Que sea una expresión de libre y espontáneo consentimiento.
- Que se otorgue el acta de suscripción correspondiente.

Debemos diferenciar entre las condiciones para la existencia del matrimonio y las condiciones para su validez. Para que el matrimonio exista como tal, debe concurrir:

- a.- Diferencia de sexo entre los contrayentes.
- b.- Consentimiento de las partes.<sup>38</sup>
- c.- Las solemnidades exigidas por la ley.

En cuanto a los requisitos para su validez tenemos:

- a.- El consentimiento libre y espontáneo (error fuerza y dolo).
- b.- Que los contrayentes sean capaces de celebrar el matrimonio y no tengan ningún impedimento dirimiente.

---

<sup>37</sup> Anteriormente en nuestro Código Civil, no podían ser testigos: los dementes, ciegos sordos mudos, mendigos, rufianes y meretrices, condenados por delitos sancionados con más de 4 años de prisión y los q no entiendan español u otro idioma ancestral. 1. Tenga discapacidad intelectual que le prive de conciencia y voluntad; o, 2. No pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Las personas que no entiendan los idiomas oficiales de relación intercultural serán asistidas por un traductor nombrado de conformidad con el procedimiento que para el efecto establezca la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

<sup>38</sup> Como en todo acto o declaración de voluntad, necesario que expresen ante el registro civil, que se aceptan como marido y mujer, si el oficial del registro civil procediera a celebrar el matrimonio, sin que los contrayentes consintieran, no existe el matrimonio, situación diferente en caso de que de que se prestase el consentimiento pero no de forma libre ni espontánea, de darse así, se procedería a anular el matrimonio, nulidad que deberá ser declarada en un proceso judicial, este consentimiento es necesario y basta para la existencia del matrimonio.



c.- Se celebre con las formalidades determinadas por la ley.

No toda fuerza vicia el consentimiento, en el Derecho romano se denominaba “*vis atrox et adversus bonos mores*” esta fuerza capaz de hacer impresión en una persona de sano juicio, y que sea injusta.

Anteriormente en nuestra legislación, a ejemplo del Código chileno, se le prohibía a la mujer contraer matrimonio con su co\_reo en el delito de adulterio, en el caso del hombre solo era punible si se daba de forma prolongada, a la cual se catalogada como amancebamiento, si se cometía en el hogar o fuera de este con escándalo. El Código de Don Andrés Bello también castigaba a la mujer cómplice del adulterio con destierro, de estas normas no podemos más que llegar a la conclusión del discriminación en el que comúnmente incurrián los legisladores en cuestiones de género<sup>39</sup>.

Como otro rezago de normas discriminatorias, alusiva en este caso a la capacidad de la mujer teníamos la potestad marital, cuyo antecedente nos viene del derecho romano (en el que la mujer siempre fue considerada incapaz); debido a que inicialmente requería de un representante legal, y en el régimen de la sociedad conyugal se le trataba como relativamente incapaz, por necesitar autorización del marido, o del juez en subsidio de este, situaciones que favorablemente han ido variando, ya que en la actualidad la mujer dentro de la sociedad conyugal es libre de disponer de sus bienes y tanto ella como su marido deben llegar a un acuerdo y se necesita del consentimiento de ambos para disponer de los bienes comunes.

### 2.3.2 De la unión de hecho.

Nuestro Código Civil en su Art. 222 la define como:

“*La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes*”.( Código Civil Ecuatoriano, 2015).

De acuerdo a la ley reformatoria al Código Civil, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 526 de 19 de junio del 2015 que al establecer que es la unión entre dos personas se elimina el hecho que estas sean hombre y mujer, lo que da paso a un hogar de hecho y por ende a una sociedad de bienes entre personas del mismo sexo; además de suscitarse cualquier inconveniente o controversia respecto al tiempo en el que se consolidó o a la legalidad de esta unión, existe una presunción de que la unión es estable y

---

<sup>39</sup>Al igual que en el derecho francés, esta desigualdad a decir de los legisladores se basaba en su parecer en lo dañino que era para el matrimonio el ingreso de los hijos producto del adulterio a la filiación legítima del marido, atacando de manera más delicada la base de lo que se conoce como familia legítima “*pater est quem nuptiae demonstrant*”.



monogámica y que lleva por lo menos 2 años de duración. Las nulidades establecidas para el matrimonio son las mismas que se aplican en el caso de la unión de hecho; una vez que se ha solicitado la nulidad, el Juez en base a su sana critica establecer si se dio o no la existencia de la unión de hecho.

Cuando se conforma una unión de hecho, se crea una sociedad de bienes, la misma que sigue como una sociedad conyugal en caso de que quienes hayan constituido una sociedad de hecho contrajesen matrimonio, la ley establece que todo régimen económico que difiera de esta sociedad, deberá constar claramente en una escritura pública. Del mismo modo que se le otorga la posibilidad de crear una sociedad de bienes, se les permite constituir un patrimonio familiar sobre estos, tal cual lo estuvieran haciendo personas casadas bajo un régimen de sociedad conyugal.

Esta sociedad de bienes que se forma con la unión de hecho, se rigen por las disposiciones establecidas por la ley respecto a la sociedad conyugal, en lo tocante a sus haberes y cargas, administración extraordinario, liquidación y disolución; partición de gananciales.

En cuanto a la administración ordinaria de esta sociedad de bienes: “corresponde al conviviente que sea autorizado mediante instrumento público o al momento de inscribir la unión de hecho.”( Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Si de las personas que conforman esta unión de hecho, una falleciese, para efectos de la sucesión intestada, el legislador dispone que se siga el mismo orden que en el matrimonio, así como se seguirán las mismas disposiciones en cuanto a la porción conyugal<sup>40</sup>.

A diferencia del matrimonio que termina por el divorcio, sea causal o consensual; la unión de hecho termina por los motivos establecidos en el Art. 226 del Código Civil y estos son:

- a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil.
- b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez de lo civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio.
- c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona;
- y,
- d) Por muerte de uno de los convivientes.”( Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Como se observa de las disposiciones mencionadas, concernientes a la unión de hecho, lo que ha buscado el legislador es una opción para aquellas

---

<sup>40</sup> Quienes hubieren establecido una unión de hecho de conformidad a la Ley tendrán derecho a los beneficios del Seguro Social; y al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge.



personas que por pertenecer al mismo sexo no pueden celebrar legalmente un matrimonio, pero que buscan una estabilidad respecto a los bienes y a la vida que están formando, y de alguna manera legalizar esta unión; o sencillamente para quienes no desean celebrarlo por las complicaciones que implica su disolución, esto teniendo en cuenta el cambio que se ha dado de nuestras costumbres y el debilitamiento que ha tenido el matrimonio ante las sociedades modernas.

#### **2.4 De los alimentos que por ley se deben a ciertas personas.**

El derecho a los alimentos siempre ha mantenido relevancia en las legislaciones, así en el Derecho Romano, la madre encinta del hijo póstumo tenía derecho a percibir alimentos durante el embarazo, “a cuenta de que los bienes pasarían al hijo, en caso de nacer con las debidas condiciones”...(Hernandez, 1989)

El Derecho Romano llegó a sentar la obligación por alimentos en mérito a la cognación, obligación que el derecho canónico amplió a los vínculos de fraternidad, parentesco espiritual, patronato, etc. El derecho a alimentos se entendía por el sustento corporal, los vestidos, la habitación, medicinas y, en general todo lo necesario a la naturaleza humana, pudiendo darse disposiciones más amplias si se los deja por testamento.

Debemos aclarar que según nuestro Código Civil en su Art. 351 los alimentos se dividen en congruos y en necesarios:

*“Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.*

*Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida.( Código Civil Ecuatoriano, 2015)”*

Ambos tipos de alimentos: “*no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, o para sustentar la vida*”( Código Civil Ecuatoriano, 2015); se entiende que se conceden por toda la vida del alimentario, esto ha de ser mientras continúen las circunstancias que legitimaron el derecho, el mismo que no es transmisible por causa de muerte, ni por ningún motivo.

Se deben al cónyuge, padres, hijos, demás descendientes y al que hizo una donación cuantiosa (si no fue rescindida o revocada, menos en los casos que la ley limite expresamente); estos se prestarán a no ser que el alimentario haya sido culpado de injuria no calumniosa grave en contra de quien le debía alimentos.



---

Pero no es el Código Civil el único cuerpo legal que contiene normas respecto a los alimentos, ya que también encontramos disposiciones en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Título V, donde ya no se hace referencia a una “posición social”, según la cual se establece según el Código Civil lo que le corresponde al alimentario; en base a la que establece en el Art. 2 del Código de la Niñez y Adolescencia:

*“Derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna...necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:*

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
- 3. Educación;*
- 4. Cuidado;*
- 5. Vestuario adecuado;*
- 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
- 7. Transporte;*
- 8. Cultura, recreación y deportes; y,*
- 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.”*(Código Orgánico Ecuatoriano de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

El hecho de que una persona sea incapaz para ejercer derecho de propiedad, no implica que lo sea para recibir alimentos, sean congruos o necesarios.

Si es que existiesen una deuda pendiente entre el alimentante y el alimentado, al momento de cumplir con sus obligaciones, no puede el alimentante alegar la existencia de dicha deuda para que se dé una compensación de lo que este debiese por concepto de alimentos

Tienen derecho a los alimentos los menores de 18 años, edad que se extiende hasta los 21 años si la persona que es beneficiaria de este derecho está cursando estudios y por este motivo no puede dedicarse a alguna actividad que le permita solventar sus necesidades; este derecho lo pierden los menores emancipados voluntariamente, que cuenten con ingresos propios.

También lo podrán exigir a cualquier edad las personas:

*“Que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”.*(Código Orgánico Ecuatoriano de la Niñez y la Adolescencia, 2010).

Los padres son los obligados principales a cumplir con esta pensión alimenticia establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia (incluso si se les ha



privado o suspendido la patria potestad), pero si estos están ausente o por alguna circunstancias no pueden cumplir con esta obligación, esta será pagada o completa por uno de los obligados subsidiarios; quienes lo harán en el orden establecido, de forma simultánea y en base a sus recursos. En el orden que la ley ha establecido; están en primer lugar los abuelos del alimentario, seguidos de sus hermanos y por último sus tíos<sup>41</sup>.

Es tanto el énfasis que el legislador ha puesto en la defensa de los derechos de los menores que pese a no estar permitido en la ley la prisión por deudas, cuando el demandado no haya cancelado 2 o más pensiones alimenticias, se podrá librar en su contra una boleta de apremio<sup>42</sup>; además de esto, con tan solo empezar una demanda de alimentos se fijara una pensión provisional, incluso cuando la paternidad aun no haya sido aceptada o declarada judicialmente que en claro contraste con el Código Civil, en su Art 355 establece que:

*“Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.”*

Esta restitución la podrá pedir al actor del juicio, salvo que el Juez considere que la demanda planteada ha sido propuesta de buena fe, pero si se demuestra que se intentó obtener alimentos incurriendo en acciones dolosas, deberán restituir solidariamente la indemnización por daños y perjuicios todos aquellos que hubiesen incurrido en el dolo.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece como un medio alternativo para cumplir con la pensión alimenticia el establecimiento de un usufructo, el permitirle percibir una pensión de arrendamiento<sup>43</sup>, o cualquier tipo de renta que asegure la prestación de las pensiones alimenticias; a pesar permitir estas alternativas, no se podrá tratar como un pago en especie el convivir con el progenitor a quien no se le ha otorgado la tutela, y que está obligado a prestar alimentos.

Pero no es solo un porcentaje del sueldo mensual del alimentante lo que

---

<sup>41</sup> Aunque estén dentro del orden de obligados subsidiarios, si dichos miembros de la familia del alimentario estuviesen viviendo con él sea por medida de protección establecida por el Juez o por estar ejerciendo la tutela, o sufren de alguna discapacidad, no serán considerados como obligados subsidiarios. Si uno de los obligados subsidiarios realizare el pago, podrá ejercer acción de repetición contra el o los obligados principales.

<sup>42</sup> El deudor permanecerá por 60 días privado de su libertad hasta que no cancele lo adeudado, de ser reincidente se duplicara la pena la misma que no podrá pasar de 180 días.

<sup>43</sup> Si el juez da paso al establecimiento del usufructo, la percepción del arrendamiento o la renta, deberá comprobar que no estén limitados por otro derecho personal o real, o pese sobre ellos algún tipo de gravamen.



percibe el beneficiario, el Art.16 ha establecido además los subsidios legales que reciba el demandado, Las pensiones adicionales concernientes al decimotercer y decimocuarto sueldo y el 5 por ciento del monto de las utilidades por cargas familiares que reciba el obligado aprestar las pensiones alimenticias

De los alimentos necesarios, se continuará siendo beneficiario hasta los 18 años, a no ser que por un impedimento físico o mental, no pudiese subsistir con su trabajo, pero puede darse el caso que luego de esta edad se presenten estos impedimentos o se inhabilite para procurarse un sustento y poder subsistir, podrá pedir que se cumpla le concedan los alimentos necesarios.

Existe una diferencia entre las normas mencionadas de los alimentos que se hacen voluntariamente en un testamento o por donación entre vivos, porque las primeras están reguladas claramente en la ley, mientras que en las últimas el alimentado deberá atenerse a la voluntad del testador o donante.

Las asignaciones testamentarias que se hicieran en caso de favorecer a personas que no tuvieran por ley derecho a alimentos, se imputara a los bienes de que pudiese disponer el difunto, lo mismo si se hiciera a personas que si tienen derecho a alimentos, pero estas fuesen más cuantiosas de lo que le corresponda.



## **Capítulo 3: Evolución e influencia hasta nuestra época**

### **3.1 Reseña histórica.**

El Derecho romano es la base de nuestra legislación, sus instituciones han influenciado y formado el Derecho Civil de nuestra era, y han ido progresando para adaptarse a las necesidades de cada sociedad, por ejemplo, entre el periodo de la edad media y la revolución francesa, se manejó el matrimonio desde el punto de vista religioso, debido a que la Iglesia fue el poder imperante y que el clímax de la época estaba rodeado de un halo de misticismo hasta que se logró la secularización de las leyes, se devolvió a los Estados la superioridad ante todos los cultos, esto debido a la ruptura de la Iglesia con las instituciones jurídicas, este principio ha perpetrado en la gran mayoría de Legislaciones.

Si bien algunas circunstancias han cambiado con el pasar del tiempo desde su inicio en el Derecho romano hasta nuestra época, el matrimonio siempre ha sido un acto solemne, aunque sus formas de celebrarlo han variado, el incumplimiento de estas solemnidades ha acarreado la inexistencia o la nulidad de este acto frente a la ley, también se tenía como condición exigida por el Derecho romano, de que la mujer fuese puesta a disposición del marido, y más bien convierte en recíproca esta condición.

El Derecho canónico permitía la disolución del vínculo matrimonial por profesión religiosa de uno de los cónyuges, aún contra la voluntad del otro, con tal que la profesión se lleve en un instituto monástico, o cuando en el matrimonio de infieles, uno de los cónyuges se convertía a la fe católica y el otro quería permanecer en la infidelidad.

A principios de la edad media la mujer era prometida y entregada al marido, el que ejercía potestad sobre ella como un objeto cualquiera y tal como un negocio jurídico, sea donación, compraventa, o cualquier otro, el matrimonio revestía todo el aspecto de un contrato, que lentamente se enriquecía de cláusulas sobre la manera de tratar a la mujer, los bienes que esta aporta consigo y acerca del don que espera del esposo. Más tarde abandonada la costumbre, cuando la mujer deviene ella misma como sujeto del matrimonio, éste aparece como declaración reciproca de consentimiento, manifestada a veces en público por los contrayentes, desaparecen estas estipulaciones referentes a cómo comportarse con la esposa, subrogadas por normas de derecho, o por cambios en las costumbres de la época (tratos más humanitarios), conservando los convenios matrimoniales únicamente una misión práctica respecto a los bienes.



Por obra principal de los canonistas se continúa tomando como contrato a esa declaración mutua de aceptarse como marido y mujer:

*“personarum societate, id est in matrimonni negotio, duos contingit, fieri contractus, primuscontr. Est sponsaliorum secundus contrest nuptiarum, in quo principals dumtax attenentur ad reddendum carnale debitum”.*(Brugi, 2001).

Los canonistas interpretaban el matrimonio no solo dentro del plano del acceso carnal como cuando la mujer era considerada un objeto del contrato, sino por la categoría de persona que adquirió, esto cuando este acto implicó la declaración de su consentimiento. En cuanto a los legistas italianos medievales:

*“Aún los propugnadores más fervientes de distinguir entre el poder eclesiástico y el Civil, remitían a los cánones y a los tribunales eclesiásticos todo lo alusivo al matrimonio, a su vez los canonistas acudían a las doctrinas romanas; y la declaración de aceptarse como marido y mujer la quisieron hacer parecer como un contrato verbal.”*(Ripert, 2001).

Por fin, llegan a aplicar al matrimonio la idea del contrato consensual romano, discutiéndose si es posible o no someter a condiciones el consentimiento, o si todo el negocio debe verse como un acto legítimo.

Desde los primeros tiempos cuando la Iglesia empezó a inmiscuirse en lo tocante al matrimonio, se aconsejaba a los cónyuges hacer bendecir su unión por el sacerdote, introduciendo los emperadores bizantinos leyes obligatorias de esta bendición. En occidente Carlo Magno quiso imponer esa bendición, y pese a que se mantenía el uso de promesas de matrimonio, persistía el celebrarlo por mutuo consentimiento. De la excesiva libertad para celebrar matrimonios, derivaban problemas para la época ya que se volvió difícil distinguir entre la esposa y la concubina, la prole legítima de la ilegítima, creando incertidumbre en la condición civil de la persona, ya que podrían darse uniones matrimoniales entre personas que ya hubiesen establecido dicho vínculo. La iglesia católica en el concilio de Trento (1563), estableció que sea testigo del acto, el párroco de uno de los contrayentes, obligando a estos a que, después de tres proclamas en día festivo, se presentasen ante él para que los uniese en matrimonio, en presencia de 2 o 3 testigos.

En el siglo XIX, se impuso a la Iglesia el “deber de preceder o seguir el matrimonio religioso al civil”, el párroco debía tener constancia de que se dio el acto civil para proceder al matrimonio eclesiástico, con esto se marcó fuertemente la independencia del Estado con la Iglesia.



Como impedimentos civiles siempre se mantenía el parentesco, el que ya existiese un vínculo matrimonial, la enfermedad mental, y el delito. En el Derecho canónico se forma la doctrina de los impedimentos dirimentes (aquellos que acarreaban la nulidad) y los impedimentos impedientes (que podían acarrear sanción penal).

Como reminiscencia del Derecho romano ha quedado el hecho de que el matrimonio ha de contraerse con la presencia de testigos.

En cuanto a los impedimentos, hasta el Derecho Canónico se dividían en **dirimentes** que además de poner un obstáculo para contraer matrimonio en caso de presentarse lo hacen nulo; **prohibitivos** también llamados impedientes, que son un obstáculo que impide a la persona la celebración del matrimonio, pero no se opone a su validez una vez contraído, como se daba en el caso de la falta de consentimiento del padre para el matrimonio del hijo menor de edad; **absolutos**, los que imposibilitan a una persona a contraer matrimonio con cualquier otra, como se da en el caso de los impúberes y; **relativos** impiden a una persona contraer matrimonio con otra determinada, en el caso del parentesco.

Se debe tener en cuenta la diferencia entre matrimonio inexistente y matrimonio nulo; es nulo por falta de edad, falta de libertad del consentimiento, por error, fuerza y dolo; “en el Código Napoleónico no se aceptaba el dolo por considerarlo más como una acción de resarcimiento que de daño, lo cual no es cierto en el derecho moderno” (Ripert, 2001, pág. 301). La tradición italiana acerca del error y el dolo se remontan al derecho canónico, esto es que solamente el error respecto a la persona física, es decir su identidad física, puede ser motivo de nulidad del matrimonio, más no el error por ciertas cualidades, que si bien de haber sido conocidas previamente, tal vez no se hubiese decidido contraer matrimonio.

El matrimonio putativo en el Derecho italiano tenía la finalidad de proteger a los hijos, considerando injusto que:...“en caso de mala fe de los padres cuyo matrimonio sea declarado nulo” (Ripert, 2001, pág. 304), lo que de darse eliminaba la posibilidad jurídica de ser reconocidos y ser tratados como hijos legítimos.

En el derecho italiano los efectos del matrimonio se resumían en dar vida a la “familia legítima”, solo constaba la cognación, la agnación que tendía a conservar el nombre de la casa y daba preferencia a la línea masculina, perdió toda eficacia después de la revolución francesa, con lo que se volvía al derecho de Justiniano, el código no reconoce vínculos de parentesco más allá del



décimo grado. Los parientes se distinguen en próximos y remotos, la proximidad del parentesco depende del número de generaciones.

El Derecho canónico mantuvo en rigor la ley romana respecto al matrimonio entre el raptor y la raptada hasta que Inocencio III, decidió que pudieran contraer matrimonio, si se resolvían libremente a consentir en ello. El concilio de Trento adoptó un término medio, prohibiendo el matrimonio mientras la raptada estuviese en poder del captor, aunque diera su consentimiento, pero cuando dejase de estar bajo su poder le estaba permitido, y esta es precisamente la doctrina seguida por la ley.

Como precedente respecto a obligaciones subsidiarias para alimentos, los estatutos de las ciudades italianas, extendieron la obligación para alimentos entre hermanos: “sin distinguir entre hermano y hermana si la dote no bastase, o cuando por algún defecto corporal u otra causa que no le sea imputable a su culpa, este no pueda procurárselos”(Ripert, 2001, pág. 307); los legisladores italianos, consideraban que los alimentos que se deben como obligación, no hacen sino: ...“reconocer una obligación recíproca entre personas ligadas por parentesco o afinidad, que es consecuencia de la relación familiar” (Ripert, 2001, pág. 307), fijándose ya como en nuestra legislación un orden para los obligados y hasta qué grado alcanzan la obligación,<sup>44</sup> que debían darse atendiendo a las necesidades de quien los pide, y de los fondos de quien debe darlos, teniendo en cuenta la mudanza que pueda darse entre las condiciones de estas personas.

En el Código de Napoleón existía una opción que si bien depende del juez, hacía más flexible el pago de alimentos, aunque podía colocar al alimentado en una situación incómoda, existiendo la posibilidad de que el obligado pueda recibir al beneficiario en su propia casa.

La dote tal como en el derecho romano era usual en Francia, más no en el derecho italiano, ni después de la vigencia del Código de Napoleón en Italia, ahí al parecer de Biagio Brugi:

*“Es algo que no prospera por ser contraria a sus hábitos, pero completamente de acuerdo con los franceses y germanos”...*

*...“la regla general no podía ser otra que la de la separación de bienes y disponer sin embargo que la esposa debe sufragar, en parte, los gastos del matrimonio, siendo la misma figura bajo el epígrafe del contrato del matrimonio”.*(Brugi, 2001).

---

<sup>44</sup> Los legisladores italianos establecieron: 1er lugar el cónyuge; 2do descendientes, 3ro ascendientes, 4to yerno y la nuera y 5to los hermanos.



La dote podía constituirse sobre objeto determinado y comprende en todo o en parte, tanto los bienes presentes de la mujer como los futuros, mientras se diga explícitamente, cuanto que se elude, en este caso, las reglas de la donación. Todo lo que tiene valor económico puede ser objeto de la dote y esta se constituía expresamente para un matrimonio determinado.

La plena capacidad jurídica en el Derecho romano se tenía a los 25 años, en 1792 en Francia se redujo esa edad hasta los 21, sin embargo en el Código Civil se mantuvo esta mayoría respecto al matrimonio considerándose menores para este haber, pero en 1917 se permitió el matrimonio a los 21 años, y a esta edad también se le concedía a la mujer la plena independencia. A diferencia de las legislaciones mentadas en nuestra ley se adquiere la plena capacidad a los 18 años, pero por la responsabilidad que conllevan actos como el matrimonio, doctrinarios como Planiol o Ripert apoyaban una edad superior a los 21 años para adquirir la plena capacidad, ya que a su parecer:

*“Quien se casa dispone de todo su porvenir, aumentando el peligro y la circunstancia de que normalmente se actúa bajo el imperio, que turba y hace callar la razón, por eso los menores no pueden casarse libremente, ... exigir del matrimonio esa madurez de espíritu que solo la edad puede dar, es una medida de prudencia.”*(Ripert, 2001, pág. 123)

En el Derecho Romano la mujer siempre estaba bajo la potestad de un hombre, situación que no cambiaba con el matrimonio, de cierta forma se mantenía en el Código Napoleónico, y todas las legislaciones que fueron influenciados por él, donde la mujer estaba subordinada al marido, teniendo éste, la potestad sobre ella y sus bienes, lo que implicaba la incapacidad parcial de ésta. En el Derecho Francés se le daba la potestad al marido incluso para que utilizare la fuerza pública con el fin de obligar a la mujer a que regrese al hogar, lo que era considerado lícito por la jurisprudencia en un inicio, pero fue una práctica que con el pasar del tiempo se fue abandonando, porque con la evolución de las costumbres se fue poco a poco considerando como algo extraño y ajeno a la época, además de que cuando esto acontecía , no hacía más que prolongar el hecho de que nuevamente la mujer huya de la casa, situación que tampoco le concedería al marido el derecho de secuestrarla.

El adulterio ha sido sancionado penalmente por muchas legislaciones que derivaron del Código de Napoleón, castigándose a la mujer con mayor severidad, lo que a decir de los legisladores franceses, resultaba de que el adulterio de esta tiene mayor repercusión moral, ya que de quedarse embarazada, los hijos entrarían al matrimonio, hubiesen sido considerados hijos legítimos de su marido: *“este peligro es sumamente grave, porque no solo afecta al marido engañado, el adulterio de la mujer compromete la base en la*



que descansa la familia legítima: la presunción de paternidad del marido.” (Ripert, 2001, pág. 136). En la actualidad se ha despenalizado el adulterio, solo puede convocarse como causal de divorcio.

Desde el Derecho romano se estableció la presunción de que la paternidad de aquellos hijos que nacían dentro del matrimonio pertenecía al marido, esta presunción servía más que nada anteriormente para darle a los hijos el carácter de “legítimos”, aunque también aquellos nacidos fuera podían ser reconocidos (incluso dentro del vientre materno), adquiriendo los derechos que la ley establece para con el padre o madre que los reconociere, se debe recalcar que este reconocimiento es un acto libre y voluntario, que puede hacerse mediante testamento, escritura pública, a través de un juez, por la inscripción en el Registro Civil, o en el acta de matrimonio de los padres; además de esta presunción que se aplica al matrimonio, en nuestro código se hace constar en cuanto a las uniones de hecho, siempre y cuando cumplan los requisitos de ser estable y monogámica.

La institución del reconocimiento de los hijos fuera del matrimonio, es probable que deba su origen al Derecho germánico, a cuyo tenor la prole ilegítima podían ser reconocida como hijos, pudiendo incluso ellos mismo formular reclamaciones de reconocimiento, al menos en cuanto a alimentos, pero los Códigos como el italiano pese volverse más humanitarios en algunos aspectos, siguen teniendo más presentes las costumbres y los miramientos sociales ya que anteponen prioridades hacia la llamada familia legítima; Códigos como el Napoleónico apenas se preocupan de la suerte de los hijos ilegítimos, estando prohibido el reconocimiento de hijos incestuosos y adulterinos.

### **3.2 Repercusión en los Códigos Civiles Napoleónico y Chileno.**

Podemos observar en varias normativas del Código Napoleónico, rezagos del Derecho romano, citaremos como ejemplos los actos respetuosos que venían a ser una especie de demanda aparente de consentimiento de los padres, aún a sus hijos mayores de 21 y 25 años,<sup>45</sup> lo que se deriva del ejercicio de la patria potestad del Derecho romano, donde era el *pater familia* quien daba el permiso para contraer matrimonio. En 1907 se restringió el consentimiento de los progenitores hasta los 21 años, se suprimieron estos actos respetuosos, y se establece como obligación para los hijos menores de 30 años la notificación a sus padres del futuro matrimonio, teniendo que esperar 30 días desde la notificación para contraer nupcias.

Otro caso también alusivo a la patria potestad es en cuanto a su ejercicio donde si bien en el Derecho romano era el *pater familia* el único titula de este derecho, en el Código de Napoleón era el marido quien ejercía dicha potestad

---

<sup>45</sup> En el Código de Napoleón se establecía como edad para contraer matrimonio sin consentimiento, los 21 años para las mujeres y los 25 años para los hombres.



y aunque era común a ambos progenitores: “solamente el padre ejerce la potestad durante el matrimonio”(Ripert, 2001, pág. 373), pero la mujer la ejercía subsidiariamente a falta del padre, o si a este se le privó de la patria potestad<sup>46</sup>; esto en un intento de equiparar las atribuciones que tanto hombre como mujer deben tener dentro de la familia; posteriormente, basándose en la igualdad entre cónyuges y más que nada la igualdad entre seres humanos, pero en cambio se mantenían ciertas reminiscencias de la patria potestad romana lo que implica un trato de incapaz hacia la mujer ya que si bien ejercía la patria potestad solo lo hacía de manera subsidiaria, además de que se consideraba contrario al orden público cualquier convenio entre cónyuges que prive al padre de su potestad; pero en 1889 se dan un avance en este particular, primando el interés del hijo, ya que en base a dicho interés se podía cambiar la potestad mediante autoridad de los tribunales.

En el Derecho Romano la patria potestad únicamente la ejercían los ciudadanos romanos, en el Código Napoleónico ya se concedía a los padres naturales ciertos derechos que comprendía la patria potestad, aunque se les negaba el usufructo y la administración legal; en el año 1907 se les otorgó el derecho a la administración quedando, reservándose únicamente para los padres legítimos el derecho del usufructo. En esta institución podemos ver una evolución ya que en el Derecho romano era la mujer una incapaz durante toda su vida, inicialmente en el Derecho canónico y hasta el Código Napoleónico, se procedió a darle una capacidad limitada en cuanto a la administración de sus bienes, (permitiéndosele realizar actos de disposición como enajenación, constitución de hipoteca), pero seguía bajo la potestad del marido, lo que en caso de negativa del esposo, no hacía más que agravar el conflicto, porque si esta negativa era reiterada, la mujer estaba obligada acudir a los tribunales, ya que se le permitía actuar por la autorización judicial.

En Chile, en agosto de 1844, respecto a la normativa sobre el matrimonio de los no católicos a quienes no se les obligaba a seguir los ritos nupciales de la Iglesia Católica, a estos matrimonios se les atribuían los mismos efectos civiles del matrimonio Católico. En 1885 entra en vigor la ley que reconoce como único matrimonio al Civil, ya que se establece que este es el único que surte efectos civiles.

El Derecho romano no exigía cuentas a los esposos de los motivos por los cuales querían separarse, en las institutas el esposo que repudió a su esposa *sine ulla causa*, realizaba un repudio válido, quedando el divorcio a la voluntad de las partes; el establecimiento de causales en las legislaciones modernas se dio por la reacción frente a la iglesia católica con su postura de indisolubilidad absoluta del matrimonio, intentando justificar las causas que puedan darlo, siendo aceptado el divorcio por mutuo consentimiento en 1792 y tal como en la

---

<sup>46</sup> Las causales para privar de la patria potestad al padre eran demencia prolongada, interdicto por prodigalidad y larga ausencia que cause perjuicio al hijo.



---

actualidad, el legislador lo rodea de algunas precauciones para impedir la ruptura demasiado fáciles del vínculo matrimonial.<sup>47</sup>

El Código Napoleónico concedía al cónyuge que hubiese propuesto el divorcio (cuya subsistencia no esté asegurada), el derecho a una pensión por alimentos congruos, que no excedía a la 3ra parte de lo que percibía el cónyuge, esta pensión se daba con el carácter de indemnización, que a parecer de Planiol y Ripert estaba: "*destinada a restituir al cónyuge pobre una parte de los recursos, del que se ha privado en el futuro por la falta del otro*"(Ripert, 2001, pág. 177);además de esta indemnización existía una suplementaria de daños y perjuicios, ya que a razón del divorcio el cónyuge inocente no solo podía perder la asistencia y ayuda del otro, sino que a veces de este divorcio podía derivar en un daño, material y moral mucho mayor; otro castigo que se le daba al cónyuge culpable del divorcio, es la perdida de las ventajas que le haya hecho su cónyuge en el contrato matrimonial, manteniendo este los beneficios que se le hayan establecido a su favor, ventajas como las donaciones, ganancias de supérstite, y demás ganancias nupciales.

Existen circunstancias que han cambiado del divorcio en lo referente a la tenencia de los hijos, dándosele prioridad a la madre en la actualidad, mientras en el Código francés se los separaba del esposo culpable de la causal del divorcio...“para sustraerlos de su influencia, la que podría ser perniciosa”(Ripert, 2001, pág. 82), regla que no era absoluta ya que los tribunales podía a su discreción elegir el padre a cuyo cuidado quedarían los hijos, pudiendo incluso mandar a los varones con el padre y a las mujeres con la madre, medidas que al igual que en la actualidad son revocables.

Existía otra institución jurídica que ya se la aplicaba en el Derecho canónico, que era la separación matrimonial, conocida como la separación de cuerpos en el Derecho Francés, donde subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio:...“la separación de cuerpos da lugar, como consecuencia, la separación de bienes” (Ripert, 2001, pág. 188),excepto lo referente a vivir juntos, la cual no podía ser propuesta de mutuo acuerdo, estableciendo el Código de Napoleón las mismas causales determinadas para el divorcio, teniendo el actor opción a escoger entre ambas vías, a no ser que la causal sea el adulterio ya que de ser así obligatoriamente se debía dar el divorcio.

---

<sup>47</sup> Por ejemplo se les imponía un plazo de un año a los esposos, para luego comparecer a la asamblea compuesta de 6 parientes o amigos antes de empezar el proceso como tal; también existía un impedimento de contraer nuevo matrimonio hasta que hayan transcurrido 3 años del divorcio.



Si bien en el Código chileno no se permitía la disolución del vínculo matrimonial como tal, con el divorcio únicamente se suspendía la vida en común de los cónyuges. La disolución del vínculo matrimonial podía darse por:

- a.- Muerte natural de alguno de los cónyuges.
- b.- Muerte presunta.
- c. Por declaración de nulidad.

Aquí vemos como poco a poco se va flexibilizando el carácter de indisolubilidad del matrimonio ya que en un inicio solo se aceptaba la muerte natural, porque a decir de Claro Solar: *“Sin la idea de la perpetuidad, la familia a que el matrimonio sirve de base, no existiría y sin la familia, no existiría el estado”* (Solar, 2013)

La ley hacia al marido jefe de la sociedad conyugal, ya que el Código de Napoleón establecía que el marido debía “protección” a la mujer, y esta “obediencia” al marido, pero aunque subalterna la situación de la mujer en el matrimonio, la idea del legislador no era la de considerarla una inferior, pues si bien el marido le debe protección, indica que ella “es su compañera”, que debe “dirigirla” y no “castigarla”.

En la legislación chilena si la mujer cometía adulterio y de este resultaba el divorcio, ella perdía el derecho a los gananciales de la sociedad conyugal disuelta, y el marido conservaba su potestad marital sobre los bienes de la mujer que administraba, de haberse hecho donaciones, el cónyuge inocente podía revocarlas cuando la causa del divorcio ha sido adulterio, sevicio atroz, atentado contra la vida u otro crimen de igual gravedad.

En el Código de Don Andrés Bello, teníamos la figura del divorcio temporal cuyas causales eran:

1. Avaricia del marido.
2. Negarse la mujer sin causa legal a seguir a su marido.
3. Abandono del hogar o resistirse a cumplir obligaciones conyugales
4. Ausencia sin justa causa por más de tres años.
5. Malos tratos a los hijos, si con estos se pusiera en riesgo su vida.

Para el marido era un derecho de acuerdo al Código chileno, inclusive el obligar a la mujer que viva con él y que le siga si cambia su residencia,(este



derecho se perdía cuando el nuevo domicilio era país extranjero) para la mujer en cambio el derecho estaba en obligar al marido a que le reciba en casa<sup>48</sup>.

En el Código Napoleónico no le estaba permitido al hijo que este bajo potestad abandonar la casa paterna, y una de las potestades que le atribuía el ejercicio de la patria potestad era el derecho de reclamarlo recurriendo al presidente del tribunal, pudiendo hasta encarcelar al hijo, una posibilidad por la que no optó el Derecho italiano.

En cuanto al tema de la paternidad y maternidad en el derecho francés aún tenemos la diferencia de hijos naturales y legítimos, esta diferenciación que en la actualidad es considerada contraria a los derechos constitucionales e incluso a los derechos humanos, privaba a los hijos ilegítimos (sobre todo a los de filiación incestuosa o adulterina) del derecho de heredar a sus padres, manteniendo únicamente el derecho a alimentos.

### 3.3 Análisis comparativo

#### 3.3.1 Instituciones y normas caducas e inaplicables.

**Los ingenuos, libertinos y esclavos.**- Pese a estar nuestro Derecho Civil fundamentado en el Derecho romano, existen instituciones que se han vuelto totalmente intolerables a nuestra sociedad, como la clasificación de las personas entre libres y esclavos, ya que a más de ser una cuestión ética es algo ajeno a los derechos humanos y a nuestra constitución que consagra en su Art 11, inciso 2:

*“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología...ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”*(Constitución del Ecuador, 2008).

Tampoco sería aceptable el discriminación que se daba hacia los ciudadanos extranjeros y su antigua división en *peregrini*, latinos, *dediticios* y barbaros, donde si bien se les otorgaba ciertos derechos, estos eran inferiores a los que podía ejercer un ciudadano romano, menoscabando su dignidad, costumbres,

---

<sup>48</sup> Cuando se trata estas normas la idea de residencia implica un lugar fijo, la intención de permanecer ahí por un tiempo considerable, más no el hecho que pueda cambiarse de domicilio a cada instante.



teniendo que someterse a las leyes romanas, muchas veces ajenas a sus costumbres y realidades, lo que discrepa de nuestra legislación, reconociendo nuestra carta magna:

*...los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”*(Constitución del Ecuador, 2008)

Durante la época feudal en Europa, la incapacidad más grande para los extranjeros era la que se designaba como derecho de *aubana*, que consistía en la incapacidad del extranjero para transmitir una sucesión, y era además incapaz de testar y sus bienes pasaban a su Señor, esta incapacidad se modificó más tarde en beneficio de los descendientes “legítimos”, y se le permitía disponer también de una pequeña suma a favor de la iglesia. Estos Derechos de Albinagio fueron abolidos por la revolución francesa, totalmente contrarios a los principios de libertad, igualdad y Fraternidad que posteriormente proclamaría la Revolución. En Chile a mediados del siglo XIX, si bien no era legal tener esclavos, existían los siervos, que eran considerados como cosas y todo lo que ellos adquirían, incluso por testamento, eran para su señor, instituciones que discrepan con las siguientes normas constitucionales del Art. 57 inciso 27 y el 29 literales a, b, c, d, referentes al Derecho a la libertad de trabajo:

“Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley...”

- a) *El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.*
- b) *La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.*
- c) *Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.*
- d) *Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.*

**Los hijos Illegítimos.**- Totalmente contrario al derecho a la identidad que establece la Constitución del Ecuador en su Art. 45 inciso 2:



*"Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar".*

En el Derecho Francés se prohibía el reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos, medida que el legislador impuso por: *"una razón moral,...la ley francesa considera como un escándalo la revelación en un acto público, de un hecho tan inmoral como el adulterio o el incesto"* (Ripert, 2001, pág. 222), en caso del hijo adulterino el reconocimiento lo podía hacer únicamente el padre inocente; en el incestuoso en la práctica lo solía reconocer uno de los padres, lo que le otorgaba al hijo únicamente los derechos de un hijo natural simple, si el otro padre lo reconociere posteriormente, este reconocimiento que está afectado por nulidad, no puede dañar al hijo, ya que para que la prohibición anule ambos reconocimientos era necesario que se den en un mismo acto.

En el año 1907 se permitió el reconocimiento del hijo adulterino como legítimo por parte de la madre y el adulterio.

**Los esponsales**.-Instituciones como los esponsales, que en el Derecho romano tenía plena vigencia y cuyo cumplimiento se exigía a través de la *actio sponsalitia*, la sortija esponsalicia romana tuvo el valor en las arras de la compraventa, situación que se debe al trato que se le daba a la mujer en la antigüedad como un medio para conformar vínculos sociales y políticos, siendo el pater familia quien imponía el matrimonio. A su vez: ...*"entre los cristianos la mujer a la que el esposo entregase el anillo se denominaba subarrata, luego se distinguió entre subrratio per verba de futuro y una de praesenti, a la que se le otorga el anillo esponsalicio nupcial"*(Brugi, 2001). El derecho germánico, estimo obligatoria esta *desposatio*, aunque al caer en desuso, terminó siendo una simple obligación moral, pero mientras estuvo en vigencia era penado contraer más de una esponsal, o si hecha con una persona se contraía matrimonio con otra, se acarreaba una declaratoria de infamia, constando también en la legislación francesa e italiana, en las cual no tenía fuerza obligatoria, pero existía una indemnización en caso de haberse hecho gastos concernientes al matrimonio y por el perjuicio moral que podía causar, ...*"ya que la sociedad podía pensar que existía alguna razón para tal ruptura"* (Ripert, 2001, pág. 128);la legislación chilena se manejó de la misma manera que la



francesa y la italiana, pero que en la actualidad en nuestro Código es inexistente.

Andrés Bello no consideró que los esponsales debiesen tener un efecto civil, ya que a su parecer, para darles efecto necesitaba el legislador: ...“escudriñar las relaciones íntimas de los esposos, misterios de la vida privada, en el interés de la libertad y la dignidad humana deben siempre substraerse a las investigaciones de la ley.” (Solar, 2013, pág. 257)

Siendo su equivalente en la práctica el “noviazgo” que no obliga de ningún modo a quienes se comprometieren a contraer matrimonio, debido a que como requisito del matrimonio ha de ser necesaria que concurra la voluntad de la pareja al momento de contraerse, voluntad que puede cambiarse con el paso del tiempo o por cualquier situación que implique un posterior desistimiento.

### **3.4 Las nupcias y ciertas regulaciones respecto al matrimonio.**

Un vínculo matrimonial indisoluble se ha convertido en algo impensable en la actualidad, pero mientras las normas religiosas dominaban el matrimonio esa fue una realidad que se manejó en Europa bajo el régimen de la iglesia cristiana, aunque en la práctica esto fuese contradicho, ya que al estar en la costumbre de los pueblos enraizada la idea del divorcio, que era algo que no se podía extirpar rápidamente; a la par la iglesia pretendía atribuirse la regulación de lo referente al matrimonio, pero cuando en el siglo XVIII, los soberanos se reivindicaron para sí la potestad de normar el matrimonio, los legisladores y doctrinarios restablecieron su naturaleza contractual.

El Código de Napoleón admitió el divorcio de manera más amplia, pero en 1816 la mismas leyes de Francia lo abolió, y no fue restablecido hasta 1884 con ciertas limitaciones, siendo hasta el inicio del siglo XX, admitido en la mayoría de Europa, con excepciones como España e Italia, o el caso de Austria, que solo admite el divorcio para los que no son Católicos, y para quienes no profesaban religión alguna.

A decir de Pisanelli:

*“Pareció como si la ley, al colocar en el umbral de matrimonio y en su seno la idea del divorcio, intoxicara la santidad de las nupcias y mancillara su honestidad, pues ese idea se troaría, en el recinto doméstico, en una sospecha, amarga y perpetua.”* (Brugi, 2001).

Estas ideas nos demuestran lo arraigados que estaban hasta entonces los dogmas de la iglesia, ¿Qué razón civil existía para impedir el divorcio?, pues es la idea del matrimonio que impera como norma de orden público



Como ejemplo claro de lo mucho que influye el pensamiento social al momento de legislar debemos recordar que los compiladores del Código italiano, en pos de proteger la moral privada, pública y de la familia, para intentar evitar la investigación de la paternidad, apelaron tal como los legisladores franceses lo hiciesen a las:

*“Leyendas de procesos escandalosos, en los que se ponía en peligro la reputación de todo hombre honesto; dejándoles al asecho de mujeres astutas e insidiosas, dispuestas a especular con las debilidades de los hombres y a preparar celadas a los ricos, acusadas de haberlas hecho madres.”* (Brugi, 2001).

Pero el impedir la investigación de la paternidad, lo único que lograron los legisladores fue crear escándalos sociales aún mayores, como el del hijo sin medios necesarios para salir adelante, que era abandonado a su suerte en la miseria.

El Código chileno definía a los hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos como de dañado ayuntamiento, anteriormente se daba el nombre de “dañado y punible ayuntamiento” al hijo que provenía del adulterio de la mujer casada. También se hacía una distinción de los *manceros* y los *espureos*, que era los hijos de las mujeres de la mala vida o de barraganas estos quedaban en caso de no ser reconocidos simplemente entre los ilegítimos.

En su inicio el Código Civil chileno daba potestad a la autoridad eclesiástica para que decidiera la validez del matrimonio contraído o por contraerse, e incluso esta autoridad juzgaba las causas para la disolución del matrimonio.

En la definición del matrimonio del Código de Don Andrés Bello, se hace constar las palabras...“actual e indisolublemente y por toda la vida.”, la unión es indisoluble porque la ley de esos tiempos no aceptaba el divorcio, consideraba que en la indisolubilidad del matrimonio establecía el legislador bases sólidas para la familia, que es el núcleo de la sociedad. Tomando en cuenta que es una unión que no acepta plazos ni condiciones como las demás declaraciones de voluntad, que dan origen a los contratos como tales, tampoco se la consideraba como una unión para determinado número de años, como podría serlo una sociedad comercial, sino su finalidad es que dure toda la vida, “*consuetum omnis vitae*”.

De la declaración que hace nuestro Código respecto al matrimonio de “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, se observa que la procreación no es la única finalidad del matrimonio aunque sea de gran importancia.



En el Derecho canónico, existía diferencia entre el matrimonio rato y el consumado, la misma que perdió importancia ante las legislaciones civiles, el matrimonio quedaba perfeccionado simplemente con el consentimiento: “*Nuptias non concubitus sed consensus faci*” (Justiniano, edición 1889)

En cuanto a la actualidad la patria potestad ha perdido el carácter tiránico que le atribuía el Derecho Romano, ya que más que un derecho que se tiene es un deber para con los hijos, deber para educarlos, protegerlos y velar por su establecimiento, de la antigua institución romana no queda más que el nombre, y está limitada a derechos que más bien tienen que ver con el cuidado del patrimonio del hijo, en todo lo concerniente a la crianza y educación e los hijos, la ley positiva da igualdad al padre natural con el padre legítimo, así como a este con la madre.

El permiso para que dan los padres para contraer matrimonio “no está fundado en la patria potestad, sino en el afecto del padre y el interés del hijo” (Solar, 2013, pág. 328), por eso la muerte civil, no basta para privar al padre, madre o ascendientes del derecho de intervenir en el matrimonio de sus hijos.

El chileno siguió al Napoleónico respecto a la línea de consentimiento, primero debía darlo el padre, a falta de esta madre y de no estar presentes ellos lo otorgaban los abuelos, quienes no debían presentar acta de defunción o demostrar la ausencia de los padres<sup>49</sup>, su sola declaración juramentada del fallecimiento bastaba.

---

<sup>49</sup> La palabra ausente que se usaba para designar la falta de padre o madre en el caso de consentimiento, no es la misma de la declaración de muerte presunta, más bien se la toma como de alguien de quien no se espera pronto su regreso se sepa o no su paradero, aunque el código Napoleón, más que de ausencia habla de una imposibilidad de manifestar su voluntad)



## CONCLUSIONES

El Derecho, sea que se presente en forma escrita o verbal es una construcción humana, y, como tal, está íntimamente ligada a la naturaleza del hombre, vinculada tanto a sus acciones racionales, cuanto a sus pasiones; por lo tanto las normas y leyes se crean dentro del marco de lo que sea éticamente aceptable en cada época, pero tenemos casos en lo que la moral del gobernante dicta lo que ha de ser aceptado, sea desde un punto de vista conservador (como en el caso de Augusto que intentó el retorno a una moral más austera), a veces yendo en contra de aquello que es naturalmente aceptable (cuando Claudio permitió el matrimonio entre tío y sobrina, ejemplo que no tuvo gran aceptación y que se replicó escasamente por el pueblo romano), o por cuestiones netamente prácticas (el divorcio permitido por Enrique VIII, porque su mujer no le dio un heredero varón).

Por otra parte la evolución que han tenido las instituciones y normas jurídicas, han sido consecuencia de una evolución social en el plano humano y ético, de este modo normas que en sus inicios pudieron tener bases aceptables son ahora reprobadas totalmente, pese al sustento ético, moral, filosófico o social que hubiesen tenido. De este modo se ha ido mermando la rigidez en las normas (en el caso del divorcio), se han eliminado aquellas inaceptables (la esclavitud) y como los mayores logros jurídicos tenemos a las que han otorgado la igualdad a los seres humanos ante la sociedad y la ley.

Así vemos el claro ejemplo de instituciones como la esclavitud, que está totalmente abolida, y casos como la patria potestad, que muy poco conserva de lo que fue como institución “tiránica”, para más bien, pasar a constituirse con la finalidad de proteger los derechos de quienes estén bajo esta potestad, todo esto debido a las libertades que con el pasar de los años van siendo mayormente priorizadas con el fin de que las sociedades puedan desarrollarse en óptimas condiciones.



## RECOMENDACIONES

Que el legislador y los judiciales han de tener en cuenta que sus respectivas labores no son las de crear normativas o aplicarlas a partir de su esfera moral, sus intereses o puntos de vista netamente subjetivos, han de legislar siendo consciente de las necesidades de la sociedad, teniendo en cuenta aquello que sea conveniente para el bien común, así como han de aplicar las normas únicamente basándose en las atribuciones que la ley les ha otorgado, con el fin máximo de hacer prevalecer la justicia; y para eso han de tener presente los errores que se han cometido a lo largo de la evolución del Derecho y de su aplicación en las sociedades, tanto en las antiguas, cuanto en las modernas, para evitar cometerlos nuevamente, pues “Aquel que no conoce la historia, está condenado a repetirla.”



## Bibliografía

- Adolescencia, C. O. (2010). *Código Orgánico Ecuatoriano de la Niñez y la Adolescencia*. Quito.
- Bello, D. A. (1855). *Código Civil Chileno*. Santiago-Chile: <https://es.scribd.com/doc/72286300/Bello-Andres-Obras-completas-Vol-14-Codigo-Civil-de-la-Republica-de-Chile-I>.
- Biblia, L. (2013). *Traducción del Nuevo Mundo de las sagradas escrituras*. Pensilvania: Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania.
- Brugi, B. (2001). *Instituciones de derecho civil*. Mexico-Mexico: Impresora Castilllo Hnos. .
- Cabanellas de la Torre, G. (s.f.). <http://es.scribd.com/>. Recuperado el 1 de abril de 2014, de <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Jurídico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>
- Cevallos, R. ( 2012). *Código Civil en preguntas tomo I* . Quito: Editorial jurídica del Ecuador .
- Civil, C. (2015). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación, Estudios y Publicaciones.
- Cornejo, A. (1989). *Derecho Civil en Preguntas y Respuestas*. Santiago-Chile: COR-MAR editores juridicos.
- Ecuador, C. d. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito.
- Garcia, G. y. (2015). *El derecho para todos, Dura Lex, Sed Lex*. Quito-Ecuador: Editorial Jurídica L y L.
- Hernandez, F. (1989). *Lecciones de Derecho Romano*.
- Justiniano. (edición 1889). *Derecho Civil Romano, T. I Institutas-Digesto Primera edición*. Barcelona-España: García del Corral, Ildefonso Traductor y compilador.
- Morales, J. (2011). *Lecciones de Derecho Civil Romano*. Cuenca-Ecuador: Impresión digital Rio Malacatos 4-15.
- Pothier. (1846). *Tratado del contrato de Matrimonio*. Barcelona-España: imprenta y ligrafía de J. Roger.
- Pothier. *tratado del matrimonio*.



Ripert, M. P. (2001). *Derecho Civil volumen VIII*. Mexico-Mexico: editorial Mexicana.

Solar, L. C. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Sitios web:

- <http://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido#scribd>.
- Briand, Pablo. [http://www.cronotecagenealogica.com/el\\_matrimonio.html](http://www.cronotecagenealogica.com/el_matrimonio.html).
- Wikipedia. [https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_%28Derecho\\_romano%29](https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_%28Derecho_romano%29)
- [http://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t\\_apunte.pdf](http://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t_apunte.pdf)
- <http://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/divorcio-en-roma>