

excediere a la cuarta parte, o a los dos décimos, en el caso del inciso final del Art. 1174, de la suma formada por este valor y el del acerbo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acerbo, para la computación de las legítimas mejoras”.

En consecuencia, según anotamos en el capítulo anterior, se reforma el art. 1179 del Código en esta forma:

“Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acerbo imaginario, o a las seis décimas en el caso del inciso final del art. 1174 el déficit se sacará de los bienes con preferencia a cualquier otra inversión”.

Las demás reformas, como ya sabemos por el estudio efectuado en el capítulo IX, se reducen a cambiar la palabra “cuarta” con “cuota” en cada uno de los artículos pertinentes”.

Es lógico que se cambie la nomenclatura para designar las diferentes partes de la masa de bienes, pues con el nuevo sistema dicha masa no se divide por mitades, sacándose de la segunda mitad las cuartas de mejoras y libre disposición respectivamente, tal como hoy se practica; se requiere llamar a tales partes décimas para que exista armonía entre las disposiciones de la sucesión intestada y las correspondientes a la testamentaria.

Elevados los hijos ilegítimos a la categoría de legitimarios, el principio de que la legítima es invariable, sin lugar a disminución alguna sino por la concurrencia de otros legitimarios, es claro que corresponde también a esa clase de hijos, según la nueva reforma, pues, desaparecidos los hijos naturales, los ilegítimos ocupan su lugar en la misma forma y con los mismos derechos que aquellos.

Colocándonos en el caso de que el causahabiente haya tenido hijos ilegítimos únicamente, cónyuge y hermanos legítimos, resulta que los hijos ilegítimos son legitimarios, y como no tienen otros que los excluyen, se encuentran en mejor situación que la cónyuge y los hermanos puesto que éstos, no siendo legitimarios no pueden tomar parte alguna en la porción legítima, pero, en cambio, les cabe la condición especial de asignatarios forzosos.

Este es uno de los muchos casos que se pueden presentar en la sucesión de los hijos ilegítimos y que indica la trascendencia de las modificaciones a introducir dentro de la legislación civil.

Alrededor de este mismo asunto, creo del caso copiar una

observación importante que hace el doctor Alfonso María Mora al sistema propuesto en la reforma. Se expresa así:

“¿De dónde se extraerá la porción conyugal con el sistema de las décimas? ¿Será del monto global divisible, en el caso que estudiamos, de concurrencia del cónyuge supérstite, con hijos legítimos e ilegítimos, será de las nueve porciones de herencia intestada, asignada a los unos sin incluir las décimas de los otros, será de la mitad de estas nueve porciones?... Nada direbasaría del límite máximo, cual es la cuarta parte de bienes que le señala el art. 1168 del Código Civil, en la hipótesis que no haber descendientes legítimos del intestado, pero como si los hay; tiene que ser contado el viudo o viuda en el número de ellos. En el último caso cercenada la porción conyugal a la mitad de lo que hereda uno de éstos, sufrirá notable disminución”.

Y termina su razonamiento con esta amarga cláusula:

“Tal como habíamos previsto al estudiar tan intrincado problema, es imposible salvar del naufragio a la PORCION CONYUGAL, obra original y admirable del señor Bello, que tal como la concibió representa ingenio y esfuerzo de penetración científica, a la que han dedicado los comentaristas chilenos sabias monografías como la de Fabres, y merecidos encomios”.

No deseamos penetrar más en la consideración de tantos aspectos jurídicos porque nos desviaríamos del objetivo que nos hemos trazado y porque tratándose solamente de un Proyecto es necesario que todos los jurisconsultos nacionales se apliquen al estudio detenido de la serie de reformas al Código Civil, pues no sería científico precipitarnos acogiendo una nueva situación que quizás no va a llenar todas las necesidades jurídicas de la sociedad ecuatoriana.

Por otra parte, como ya he dicho antes, la reforma de un Código sustantivo debe ser obra muy cuidadosa puesto que, hallándose todos los artículos trabados, la modificación nada técnica de uno solo puede producir el desconcierto de toda la ley.

En el capítulo próximo me propongo el examen de la investigación de la paternidad, otro cambio básico introducido en la Carta Suprema de la República.

CAPITULO XI.

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.
 PRINCIPIOS GENERALES.—LEGISLACION ECUATORIA-
 NA SOBRE LA MATERIA.—CONSIDERACIONES
 ESPECIALES RESPECTO A ESTE ASUNTO.

Se entiende por paternidad y filiación ilegítimas las que resultan de uniones sexuales fuera de matrimonio, uniones llamadas ilegítimas porque no están ajustadas a la ley.

Respecto a las clases de uniones ilegítimas existe verdadera controversia entre los autores, mientras que algunos, dentro de un criterio estrecho, creen que todas las uniones de esa clase constituyen ataques a las buenas costumbres y son el principio para la disolución social; otros en cambio, observando más detenidamente el problema, establecen diferencias en las clases de uniones ilegítimas, y al efecto distinguen aquellas procedentes de vicio o delito de las que se producen por circunstancias que pudiéramos llamar excusantes.

De acuerdo con esa clasificación reconocen que hay algunas que producen derechos y que merecen, por consiguiente, la atención del Estado. Así las uniones ilegítimas que proceden del vicio crean derechos y deberes recíprocos, en tanto que las producidas por el delito son dignas de castigo.

En general el sentir de las legislaciones cada día se vuelve más indulgente para las uniones meramente viciosas, procurando darles a los hijos, fruto de ellas, un cierto número de derechos. En lo tocante a este aspecto, bueno es advertir que las leyes han sufrido una evolución, pues al principio se creyó que los padres ilegítimos sólo estaban obligados a suministrar a sus hijos lo estrictamente necesario para la subsistencia, después aceptaron que también venían obligados a educarlos hasta nuestros días en que se sostiene, con muchos argumentos, conforme hemos visto, que están en el caso de hacerlos partícipe en la sucesión.

No insistiré en la clasificación de los hijos ilegítimos, pues no existe un criterio uniforme en las legislaciones.

Nuestra ley, según ya sabemos, divide a los hijos en legítimos e ilegítimos; éstos en naturales, ilegítimos propiamente dichos y de dañado ayuntamiento con la subdivisión de adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Hoy con la reforma efectuada por la Asamblea y de la que nos ocupamos en capítulos anteriores, los hijos quedan reducidos a la condición de legítimos e ilegítimos.

No se puede desconocer que existen grados de ilegitimidad, por decirlo así, pues no es lo mismo un hijo ilegítimo de padres que han vivido en concubinato, pero sin tener en ningún momento impedimento para casarse que los adulterinos, por ejemplo, cuya situación indudablemente es más grave; sin embargo como se formuló el Proyecto toda esa artificiosa división, como la consideraron algunos legisladores, se simplificó en la forma que acabamos de ver.

Según el Proyecto, la calidad de hijos naturales con algunos derechos más corresponde a los ilegítimos.

Condición jurídica de los hijos ilegítimos.—Los hijos habidos en concubina siguen la condición de la madre, según el derecho romano, pues ella era persona cierta; tenían los derechos de la cognación y desde su nacimiento entraban dentro del grupo de los *sui juris*. Es de advertir que el concubinato era considerado en Roma como institución.

También la suerte de estos hijos sufrió una lenta pero progresiva evolución en el derecho Romano, pues distintas constituciones imperiales fueron menguando el rigorismo del primitivo derecho. El padre fue autorizado para darles participación en la herencia, por último podían ser elevados a la categoría de legítimos, mediante la legitimación. Las legislaciones posteriores, en distintos países, se han preocupado de la suerte de los hijos naturales y con respecto a éstos formulan principios avanzados.

Para adquirir la calidad de hijo natural es necesario el reconocimiento del padre o madre o de ambos a la vez, así está consignado en nuestro Código; pero hoy ese reconocimiento es para establecer en forma legal la relación de ilegitimidad. El reconocimiento se había tenido como acto voluntario, en ningún caso forzoso.

Como el reconocimiento voluntario ya está bien conocido por la reglamentación que de él hacen los Códigos, paso al examen de la segunda forma de reconocimiento, por establecerse en nuestro Código Civil y acerca del cual abundan las doctrinas más encontradas. Estudiaremos el asunto de un modo general para después entrar a nuestra legislación.

Investigación de la maternidad: exposición del problema y

sistemas propuestos. — El reconocimiento de los hijos ilegítimos, tal como se ha establecido en las leyes no siempre es una garantía para esos hijos, pues queda a la buena voluntad del supuesto padre aceptar las cargas que la paternidad le acarrea. Si el padre se niega al reconocimiento el hijo no tiene otro derecho y sólo le cabe resignarse con su suerte. Por eso pretenden legislaciones modernas que el hijo obligue al padre, acudiendo a los tribunales para probar la paternidad que reclama.

En cuanto a la comprobación de la maternidad no existe problema alguno, pues partiendo del aforismo latino *mater semper certa est*, con probar el hecho del parto y la identidad del hijo las principales circunstancias están dadas. No sucede lo propio con la paternidad. Acerca de la respectiva investigación se disputan el campo tres corrientes: admisiva, prohibitiva e intermedia.

Vamos a ocuparnos de cada una:

1º—*Sistema admisivo.* — Los partidarios de que se investigue la paternidad entre otras razones, aducen las siguientes:

La justicia social, que debe imperar en todos los actos de la vida, exige que el efecto de los mismos deba recaer sobre el respectivo autor, y es más aceptable que se responsabilice al hombre por su mayor conocimiento del mundo y porque en los casos de seducción, mediante halagos y promesas mucho más pierde la mujer ante el concepto de la sociedad cuando sucumbe, que el hombre al seducirla, quien, en la mayoría de los casos, prevalido de su sexo comete verdaderas injusticias. La costumbre demuestra que muchachas inexpertas son seducidas para satisfacer caprichos de una hora y después la calle es el único recurso que les cabe a esas infelices; así se cuenta el ejército de mujeres deshonradas que no pueden ejercer sus derechos, pidiendo a los padres de sus hijos el amparo necesario, porque la ley nada puede ante el capricho de seres sin ninguna noción de caballeridad.

Al dejar libre al seductor, no imponiendo la correspondiente investigación, se fomentaría la inmoralidad masculina, pues la falta de castigo para los hombres delictuosos es el mejor estímulo que espíritus pervertidos aprovechan en mengua de los dictados de la sana ética.

Por otra parte el respeto a la paz de las familias no debe ser más fuerte que el producido por la virtud aherrojada; no por cubrir con prudentes velos los vicios humanos la sociedad es

mejor; así la hipocresía, encubridora de la licencia que corroea los cimientos de toda organización es una amenaza más que pesa sobre las conciencias de las gentes honradas.

Si bien aceptan que la paternidad, es difícil de probar, sostienen que no se trata de un imposible, ya que muchos hechos consecutivos de la relación ilegítima entre un hombre y una mujer pueden establecerse con pruebas casi seguras, y aún más la ciencia con procedimientos de biología química puede decirnos con bastante exactitud la relación fisiológica que existe entre progenitores y la prole. Vuelven a repetir, los que sostienen este sistema, la obligación que tiene la ley de garantizar a todos los hijos, sean legítimos o ilegítimos, la condición de tales.

En la investigación de la paternidad están interesados no solamente las madres y los hijos sino también la sociedad, pues existiendo esa medida legal tienen que aumentar los matrimonios por cuanto los hombres no se verían libres del peligro de la paternidad responsabilizada y a la que tanto han rehuído, mediante acciones de mala fe, y antes que responder a una situación de hecho la sana lógica aconseja buscar en la ley aquello que tras ella siempre han encontrado.

Además el número de infanticidios, abortos, esposiciones, abandono y otros crímenes, tan corrientes hoy en lugares donde de la investigación no existe, desaparecerían.

2º—*Sistema opuesto a la investigación de la maternidad.*— Los que siguen las tendencias de este sistema entre otros argumentos exponen los que van a continuación:

No es aceptable que se concedan derechos de cuya existencia no pueden presentarse pruebas, según Konigawater, sería necesario que el hijo probara su filiación mediante estos hechos: trato carnal del supuesto padre con la que pasa por madre y que él es fruto de esa unión. Para reforzar esto último sería menester el testimonio de la madre, cosas que hiere los sentimientos delicados de toda mujer y además porque el testimonio contra sí es una prueba inadmisible en cualquier legislación. A esto se responde que el testimonio de la madre es admisible cuando el padre mismo lo dice, y además cuando se trata de una mujer cuya conducta no merece reprensión, especialmente en el caso de haber sido seducida.

También argumentan los opositores a la investigación de la paternidad que tal medida con carácter legal serviría para

provocar escándalos sociales, pues la honra de muchos hombres estaría en manos de mujeres abusivas quienes por un deseo de explotación podrían llevarlos hasta los Tribunales con denuncias infames. Respecto a tal argumento se ha dicho que con establecer una censura, a modo de antijuicio para examinar el alcance de la denuncia, estarían salvados esos escrúpulos, y si tanto temor produce la investigación de la paternidad en cuanto al orden y tranquilidad de las familias, sería necesario que se niegue el divorcio por impotencia, pues tan escandaloso es este motivo como el otro.

Igualmente dicese que permitiendo la investigación se fomenta la inmoralidad ya que, gracias a tal medida, las mujeres no tendrían inconveniente alguno en darse a la vida licenciosa, sabiendo que con buscar un padre para el hijo que le nazca habrían hecho un buen negocio. Al efecto se citan estadísticas en Francia donde imperaba la medida a que hacemos referencia y que produjo un verdadero desconcierto. Casi siempre se escogía al hombre más honrado para hacerlo víctima del timo. Generalmente por temor al escándalo y procurando mantener la tranquilidad del hogar accedían a comprar el silencio de las reclamantes con fuertes sumas de dinero. Las cosas cambiaron cuando se suprimió la medida, pues las mujeres procuraban ser más cuidadosas, evitando relaciones perjudiciales y que en caso de convertirse en madres a ellas tocaba cargar con la responsabilidad de sus hechos.

En cambio, prohibiendo la investigación de la paternidad, dicen los defensores del sistema admisivo, se fomenta la inmoralidad masculina con la seducción y después otras medidas criminales para hacer desaparecer a los testigos de la culpa.....

En cuanto a los abusos, siguen diciendo éstos, se evitarán con una reglamentación atinada. Los hombres inocentes siempre tendrán medios para probar su inocencia y los que fueren imputables en el mismo hecho de haber dado lugar a la imputación encontrarán el castigo para su falta.

39—*Sistema intermedio.*—En vista de que ninguno de los sistemas anteriormente propuestos satisfacen por completo los ideales de justicia, por parte de algunos tratadistas se ha presentado un sistema conciliatorio en virtud del cual se acepta la investigación de la paternidad, pero restringida únicamente a casos especiales, dentro de los que no cabe fraude, porque de-

ben ser las circunstancias que rodean al hecho las determinantes del derecho otorgado.

Nuestras leyes no han permitido en ningún caso la investigación de la paternidad pero la Carta Política de 1929 acepta esa medida para garantizar el derecho de sucesión concedido a los hijos ilegítimos.

Decir investigación es decir declaración judicial de la paternidad o maternidad ilegítimas. Por eso en el Proyecto de reformas al Código Civil encontramos algunos artículos relacionados con la investigación de la paternidad. Al efecto se establece que el reconocimiento de la paternidad o maternidad ilegítimas puede ser voluntaria o judicial; en el primer caso la declaración expresa del padre o madre en la forma y con los requisitos que la ley prescribe surte efectos legales; en el segundo se opera cuando el padre o madre se niegan a reconocer al supuesto hijo ilegítimo, entonces le queda al que reclama la paternidad o maternidad recurrir a la vía judicial del modo indicado por la ley.

Aún cuando en un capítulo anterior hemos copiado literalmente los artículos reformativos al Código Civil, vuelvo a insistir de un modo especial sobre aquellos relacionados con la investigación de la paternidad a fin de hacer las consideraciones pertinentes, antes sólo quisimos señalar la reforma de una manera global. (También recordamos que los artículos complementarios de este problema ofrecimos darlos a conocer en el presente capítulo).

El artículo 18 del Proyecto dice:

“El que no ha sido reconocido voluntariamente podrá pedir que el juez lo declare ilegítimo de determinado padre o madre, en los casos y para los efectos legales”.

De modo que este artículo se establece para favorecer al hijo o hija que reclame la paternidad o maternidad ilegítimas, pretendiendo en esa forma evitar el abandono en que pudieran quedar ante la negativa del supuesto padre o madre.

Como en el artículo citado se habla de que la declaración de ilegitimidad debe ser en los casos y para los efectos legales, en el artículo 19 del mismo Proyecto se indican los casos a que se hace referencia en el artículo anterior.

El artículo 18 es general, después con reglas separadas indica la ley los procedimientos a seguir cuando se trata de la declaración judicial de la paternidad y otros para la materni-

dad. El art. 19 se ocupa únicamente de la declaración judicial de la paternidad, mediante las reglas que vamos a transcribir:

“La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:

1º—Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;

2º—En los casos de raptó, violación o detención o secuestro personal arbitrario, siempre que hubiera sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;

3º—En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolorosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, promesa de matrimonio y siempre que en cualquiera de estos casos exista un principio de prueba por escrito, en los términos del Art. 1.701, respecto a la paternidad;

4º—En el caso en que, el presunto padre o madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y

5º—En el caso en que, el supuesto padre ha provisto o participado al sostenimiento del hijo, siempre que se probare que lo hizo en calidad de padre.

Las disposiciones de los números 2º, 3º y 4º de este artículo se aplicarán cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate, y aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido juicio criminal al respecto”.

Vamos a examinar cada uno de los casos propuestos en el artículo copiado.

Nos parece que el primer caso no ofrece mayor dificultad porque si bien el supuesto padre es requerido judicialmente por el hijo, en cambio, su reconocimiento tiene carácter de voluntario. En tal caso ya no cabe otra medida porque a confesión de parte relevo de pruebas.

El segundo caso ofrece serias dificultades pues se trata de situaciones que constituyen delitos: el raptó, violación o detención o secuestro personal están castigados por nuestro Código Penal; el primero, esto es raptar, a una mujer mayor de 16 años, que consiente en su raptó y sigue al raptor se castiga con uno a cinco años, pena característica del delito si la raptada es menor de 16 años, la pena es de 3 a 6 años de reclusión menor. La violación es considerada por la ley como delito mientras no

intervengan circunstancias agravantes que la vuelvan crimen. Entre las circunstancias agravantes están comprendidos: los medios de que se ha valido el delincuente, la edad de la víctima, la calidad personal del delincuente y los resultados de la violación.

La detención o secuestro también están consideradas por las leyes penales ecuatorianas como delitos.

Ahora bien, después de lo que acabamos de decir se comprende en los casos mencionados en el numeral segundo del artículo 19 es claro que habrá suma dificultad para establecer la paternidad judicialmente puesto que tal relación se ha originado en delitos castigados por la ley penal. Buen interés traerles gran responsabilidad civil y penal, es verdad que por el hecho del reconocimiento la sanción punitiva dejará de ser, pero quien contrarresta, en cambio, el escándalo social que tales hechos producen. Aún cuando en el inciso final del mismo artículo se insiste en que las disposiciones de este numeral (así como las del 3º y 4º) se aplicarán sin atender a la edad de la mujer de que se trate sea que el hecho alegado constituya o no infracción, siempre la ley encontrará escollos difíciles de vencer en los casos de oposición por parte de los directamente responsables.

Las legislaciones han convenido en admitir la investigación de la paternidad cuando se trata de raptos, violación o estupro pues en tales casos es una medida justa que tiene por objeto reparar una infamia, obligando al autor a la responsabilidad de su obra.

No está demás advertir que el numeral motivador de estas líneas ha sido reformado por la Comisión del Congreso. Según ella debe decir: "En los casos de raptos, violación o privación de la libertad en cualquier forma, siempre que hubiera sido la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante la detención o privación de la libertad".

Siguiendo con nuestras observaciones, a continuación damos noticias de algunas legislaciones extranjeras en lo que se refiere a la investigación de la paternidad cuando ha mediado raptos, secuestro o violación.

Según el sistema empleado en Inglaterra, la parroquia a que pertenecen la madre y el hijo están en el deber de efectuar la investigación, sin que los directamente interesados

puedan ejercer ningún derecho. Es un hecho que se efectúa por el ministerio de la ley.

El artículo 163 del Código Penal austriaco establece lo siguiente: "Los que están convictos de haber tenido comercio carnal con la madre de la prole durante un espacio de tiempo, a contar del cual hasta el parto; no hayan transcurrido menos de seis meses ni más de diez, como los que lo confiesen también extraoficialmente se presumirán que son los padres de la prole".

Según la definición del numeral segundo del artículo 19, que motiva estos comentarios, para establecer la paternidad es necesario que se pruebe haber sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro, conseguidas las pruebas de ese hecho sería fácil declarar la paternidad ilegítima.

El caso contemplado por el numeral tercero también constituye delito castigado por el Código Penal, concurriendo, además, las agravantes de maniobras dolorosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio, etc.

De todas maneras existe un hecho delictuoso que origina el vínculo, de ahí que, como decíamos al ocuparnos del numeral anterior, los culpables procuran por todos los medios rehuir la responsabilidad por el escándalo social que tales cosas necesariamente producen.

Al mencionar las leyes penales no quiero decir, como claramente supongo se desprenderá de mis razonamientos, que el sujeto tema a las sanciones que tales hechos merezcan sino a la curiosidad malsana que siempre tales circunstancias se desarrolla.

Tampoco se nos ocultan las dificultades que puedan presentar indagaciones de este género, expuestas siempre a la audacia de aventureras y mujeres sin honor que pretenden introducirse en los hogares, sembrando el desconcierto; en consecuencia, está descontado de que esa autorización no se concederá, por ningún motivo, a los hijos llamados *mánceres*, esto es, aquellos que nacen de mujeres públicas.

Por eso el Art. 20 del Proyecto prohíbe que en estos casos se acepte la demanda si se prueba que durante el período legal (la Comisión creyó conveniente que se diga "tiempo en que se presume legalmente") de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que