

hicieran presumible el trato carnal con otro individuo. Sin embargo, se ha considerado muy general la disposición prohibitiva de este artículo, pues en el caso de que el padre espontáneamente confesara que el hijo de la prostituta es suyo, el juez tendría que rechazar dicha confesión debido a la calidad de la madre.

Cuando ocurran cualesquiera de los casos expresados en el numeral tercero es necesario que exista un principio de prueba nidad.

El artículo 1.701 del Código Civil (Libro IV), corresponde a la prueba de las obligaciones dice:

"Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes (se refieren a la no admisión de prueba testimonial) los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un escrito del demandado o de un representante, que haga verosímil el hecho litigioso,

Así un pagaré de más de ciento sesenta sucres en que se ha comprado una cosa que ha de entregar el deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos se supla esta circunstancia.

Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los Códigos especiales".

Debe pues existir un principio de prueba por escrito para que se pueda sostener el hecho de la paternidad. Por ejemplo, una carta del supuesto padre dirigida a un amigo en la que le da a conocer el nacimiento de un hijo suyo habido en una mujer con quien vive. Sería el mejor principio de prueba por escrito, pues se trata de una declaración del propio seductor.

También se ha propuesto la reforma de este numeral por los mismos miembros de la Comisión, mediante tal cambio han pretendido darle mayor claridad como vamos a verlo: "En el caso de seducción realizada con maniobras dolorosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, promesa de matrimonio y siempre que en cualquiera de estos casos exista respecto a la paternidad una prueba por escrito, en los términos del artículo 1.701".

El numeral cuarto del mismo artículo 19 establece que la paternidad pueda ser declarada judicialmente, cuando el pre-

sunto padre o madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción.

El concubinato también es delito y, según el Código de Enjuiciamientos Criminales, no puede perseguirse de oficio sino a petición de parte interesada.

Ahora bien, a este respecto, el Dr. Francisco Pérez Borja dice lo siguiente:

"El concubinato aunque sea un hecho punible, como comprendido en el Código Penal (arts. 366 y 367) no puede ser sancionado; porque es infracción que no puede ser perseguida de oficio, y las infracciones de esta clase solamente el agraviado puede acusarlas, y el agraviado en el concubinato es la sociedad en el derecho a la moralidad pública; y, por lo mismo, no habiendo persona individualmente agraviada nadie puede acusarlo".

Sin embargo, creo que es una posición extrema pues la sociedad moralmente ofendida tiene su personero en el Fiscal del distrito, a él corresponde acusar en nombre de la vindicta pública agraviada.

Los artículos 366 y 367 castigan el amancebamiento como delito, estos artículos pertenecen al Capítulo V (Del atentado contra el pudor y de la violación-Libro VIII).

Aún cuando el concubinato no es un estado civil, reconocido por la ley antes, por el contrario, merece castigo, según acabamos de anotar; constituye, por decirlo así, una situación de hecho más fácil de probar mediante muchas circunstancias determinantes de ese estado.

Igualmente procuraron cambiar el numeral cuarto dándole mayor flexibilidad y respecto a la presunción de la concepción se remite al Art. 73 del Código Civil. He aquí dicha reforma: "En el caso en que el supuesto padre y la madre, hayan vivido maritalmente durante el tiempo en que la concepción puede presumirse según el Art. 73."

Aún cuando la situación es la misma, en cambio varía al decir: "hayan vivido maritalmente" que no "estado de concubinato notorio". Quizás se propusieron variar la expresión por cuanto concubinato constituye delito, sin embargo creo que siempre se va al mismo fin, pues ¿qué se entiende por concubinato? Se entiende por éso el hecho de llevar vida marital un hombre y una mujer sin haber contraído matrimonio.

El caso contemplado por el numeral quinto, es decir, cuan-

do el supuesto padre ha provisto o participado al sostenimiento y educación del hijo, siempre que se probare que lo hizo en calidad de padre.

Uno de los auxilios indispensables que se otorga a la niñez es el sostenimiento y luego la educación, nadie mejor llamado a esta obra que el padre y si en forma notoria ha prestado tal asistencia al hijo que se reputa suyo no queda duda de que existe relación de paternidad ilegítima reconocida tácitamente; pues no se explican de otra manera esas atenciones que acarrearán responsabilidad a quien las efectúa. Con todo, para evitar situaciones delicadas, sería necesario que se especifique que el hecho de haber prestado ayuda a un niño y haberlo educado sea en la propia casa del que pase por padre ilegítimo del supuesto hijo, pues podrían presentarse serias dificultades porque el sólo hecho de prohijar a un menor no constituye presunciones de paternidad. Cuando el hijo es criado y educado en el mismo hogar del padre, conoce el vecindario este hecho y es presentado el hijo ilegítimo en calidad de tal ante la sociedad, en ese caso la posesión notoria de un estado civil, aún no aceptado por la ley, significa antecedente valioso para que el juez pueda decidir sobre las relaciones de sangre que median entre el padre ilegítimo y el hijo que pasa por suyo. Es evidente que en este caso la investigación no puede ofrecer mayores dificultades supuesto que el individuo que ha tomado por otros tales cuidados tuvo el deseo de reconocer su paternidad ilegítima.

En el Informe se propuso la modificación del inciso segundo del numeral quinto en la forma siguiente: "Las disposiciones de los números 2º, 3º y 4º de este artículo se aplicarán no obstante cualquiera resolución que se hubiere dictado en materia penal, sobre el hecho alegado; y aún cuando no se haya seguido, o estuviere pendiente el juicio criminal al respecto". Como se notará existe una alteración notable respecto al texto del Proyecto, pues más claro resulta este inciso ya que las disposiciones de los Nos. 2, 3 y 4 se mantienen sobre cualquier consideración de otro orden. No importa, tampoco, que el hecho que origina la relación jurídica haya sido castigado, y aún cuando el respectivo juicio estuviere pendiente. El Código Civil en el Título XVI regla las pruebas del estado civil, reconociendo dos situaciones: estado civil probado mediante documentos y posesión notoria del mismo.

Al hablar del estado civil de padre o madre o hijo natural

(en caso de efectuarse la reforma debería decirse ilegítimos) indica dicho Código que se probará por el instrumento que al efecto hayan otorgado ambos padres, o uno de ellos; pero como ahora se pretende establecer la investigación de la paternidad, el Proyecto completa la disposición a que hemos hecho referencia, estableciendo que, "el estado civil de padre o madre o hijo ilegítimo deberá probarse por el instrumento que al efecto hayan otorgado ambos padres o uno de ellos, o por la sentencia inscrita, en el caso de sentencia judicial, inspección que deberá hacerse en un libro especial que se llevará en la Oficina de Registro Civil".

Por el Art. 21 del Proyecto se establece la forma de investigar la paternidad y a quien corresponde ese derecho. He aquí dicho artículo:

"La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo. Durante su impubertad, la madre ilegítima, aún menor, que no fuere casada, puede intentarla, compareciendo por sí sola al juicio. Necesitará del asentimiento del hijo adulto para ejercer tal acción, a falta de madre ilegítima o si ésta hubiere fallecido, fuere casada, estuviere en interdicción o demente, la acción podrá intentarse, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador ad-litem.

Si fuere adulto, menor de dieciocho años, la acción podrá intentarla el curador general, un curador especial o un curador ad-litem, los que procederán con asentimiento del hijo; y si éste fuere demente o sordo-mudo no será necesario su consentimiento".

Según este artículo la investigación de la paternidad siempre corresponde al hijo, distinguiendo si es menor, adulto, incapacitado y si tiene o no madre.

1º—Siendo impúber el hijo corresponde la acción a la madre ilegítima (aún menor) que no fuere casada;

2º—Siendo el hijo adulto, necesita la madre consentimiento de aquél para intentar la respectiva acción;

3º—Si no existe la madre y el hijo es impúber, corresponde la acción a un tutor, curador especial o curador ad-litem;

4º—Si el hijo fuere menor de dieciocho años la acción podrá intentarla el curador general, o bien un curador especial o un curador ad-litem, siempre, previo consentimiento de dicho menor; y

59—Si el hijo, teniendo la misma edad indicada en el numeral anterior, fuese demente o sordo-mudo la acción corresponde a los mismos guardadores, pero sin el consentimiento.

Según el Informe el artículo 21 que acabamos de examinar debería decir: "La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo. Durante su impubertad, la madre ilegítima, aún menor, que no fuere casada, podrá intentarla compareciendo, por sí sola al juicio. Si el hijo fuere menor adulto necesitará la madre de su asentimiento para ejercer esta acción.

A falta de madre ilegítima, o si ésta fuere casada, demente o sordo-muda, la acción podrá intentarse, aún cuando no se hubiere decretado la interdicción, si el hijo fuere impúber, por el tutor o curador especial o un curador ad-litem".

La redacción más o menos es la misma del Proyecto, añadiendo para la madre otra incapacidad: la sordomudez. Además en el Proyecto consta este inciso como parte integral de la primera parte del Art. 21; el inciso segundo pasa a tercero, añadiéndole para mayor claridad después de la palabra "si" el vocablo "hijo".

Se ha destinado un artículo especial (22) en el Proyecto para concederle al hijo mayor de dieciocho años la investigación de la paternidad, derecho que puede ejercerlo por sí solo, presentándose en juicio.

El Art. 23 del Proyecto concede a la mujer el derecho de investigar la paternidad, pero me parece mal redactado y aún pleonástico, conforme se desprende de la transcripción que enseguida efectúo:

"La hija MUJER casada podrá por sí sola intentar la acción y presentarse en juicio; y si la intentare el marido necesitará el consentimiento de la mujer, y en caso de demencia o sordomudez de ésta, el del juez".

Ha debido establecerse primero la regla y después la excepción. El sentido de la disposición, a mí entender, es el siguiente:

La mujer sea soltera o casada puede por sí sola intentar la acción y presentarse en juicio, esto como regla general; cuando es casada, el marido está facultado para proponer la acción, pero previo consentimiento de su mujer, más siendo ésta incapaz por demencia o sordomudez el juez suple dicho consentimiento.

El artículo 24 del Proyecto dice así:

"La acción concedida en el número 1º del artículo 19 podrá intentarse durante la menor edad del hijo y en los dos años subsiguientes al cumplimiento de su mayor edad, en caso de ser varón, y si fuere mujer soltera hasta cinco años después de haber cumplido su mayor edad.

Las acciones de los números 2 y 3 deberán intentarse, bajo pena de caducidad, en los dos años siguientes al parto o en los dos posteriores al cumplimiento de la mayor edad del hijo.

Respecto a los casos 4 y 5, la acción podrá intentarse hasta la expiración de los dos años siguientes a la cesación del *concupinato*, o de la participación del presente padre en el sostenimiento y educación del hijo".

Este artículo establece las prescripciones respecto a la acción concedida por el Art. 19 del Proyecto.

De suerte que el hijo menor en cualquier época durante su menor edad puede intentar la acción judicial de que nos ocupamos; pero una vez cumplida su mayor edad (21 años) sólo tiene ese derecho hasta dos años después; en cambio, tratándose de la hija el plazo de prescripción se prolonga más, pues entonces son cinco los años que la ley le concede.

Llama la atención esta última diferencia pero parece que la idea legal ha sido de proteger más a la mujer; es cosa corriente que los hombres en nuestro país tengan mayores facilidades para desenvolver su actividad, pudiendo bastarse a sí mismos; las mujeres, si no se han casado, tienen que vencer muchos obstáculos para conseguir una posición ventajosa.

También se indican las prescripciones, en los casos de rapto, violación, detención o seducción, para intentar la investigación de la paternidad, distinguiendo las épocas en que pueda intentarse dicha acción: dos años después del parto o dos años contados desde la mayor edad del hijo.

En cuanto a los casos 4 y 5 del artículo 19, es acertada la forma como deben entenderse las prescripciones establecidas por la ley.

Ahora ponemos a continuación las sugerencias propuestas por la Comisión informante de la Cámara de Diputados respecto al artículo 24 y ellas consisten en cambiar dos años por tres y suprimir del inciso primero desde "Si fuere varón, etc.", en cuyo caso el tiempo de prescripción queda igual para hombres y mujeres. No sabemos el motivo de este cambio, quizás han querido tener en cuenta las condiciones igualitarias que para

ambos sexos establecen nuestras leyes en el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Igualmente modificaron el tiempo de prescripción señalado en el segundo inciso del Art. 24, estableciendo tres en lugar de dos.

En el inciso tercero del Art. 24 han sustituido el término "concubinato" por "vida marital", de acuerdo con igual cambio efectuado en el Art. 21 del Proyecto, cambio del cual ya nos hemos ocupado.

Hasta aquí hemos indicado todo el procedimiento para la investigación de la paternidad, a partir del Art. 25 todas las disposiciones se refieren a la declaración de la maternidad.

No quiero entrar en tantas consideraciones como existen respecto a la investigación de la maternidad, basta exponer los conceptos principales de unos y otros, empezando con García Goyena quien defiende cálidamente las prohibiciones tendientes a evitar que la mujer, víctima de una desgracia, sea entregada al ludibrio público—no otra cosa supone la investigación—pues que si es soltera se la incapacita para contraer matrimonio y si es casada se lleva la vergüenza al hogar con todo el cortejo de calamidades que es de suponer.

Sin embargo, autores no menos reputados que el anterior se declaran partidarios decididos de la medida.

Al efecto Oimbali sostiene que si el principio de la responsabilidad jurídica domina en forma inconsusa cuando se origina un daño de orden material, con mayor razón, debe mantener integérrima su eficacia cuando el hombre es causante de perjuicios materiales y sobre todo morales, dando el ser a quienes, junto con el reconocimiento, se les niega las condiciones mismas de la existencia humana. Según esto un tratadista dice textualmente: "La Ley se convertiría en encubridora miserable de grandes vicios sociales, puesto que al hacer inviolables los pudores de la mujer caída, permitiría que esa misma mujer, aparentemente honrada, manchada con el engaño, un hogar tranquilo y ofendiera, con sus hipocresías, la dignidad de un tercero confiado...."

El Art. 25 dice:

"Si propuesta la demanda para que se declare la maternidad ilegítima, la demandada negare que es suyo el hijo, será admitido el demandante a probarlo, con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo.

La partida de nacimiento en que se declare el nombre de la madre y estuviere firmada por ésta o a su ruego o por mandatario con poder especial, constituirá un principio de prueba por escrito para establecer la maternidad".

Este artículo es más complejo de lo que a primera vista parece. Contiene muchas situaciones jurídicas como vamos a verlo. En primer lugar la ley se coloca en el caso de que la demandada negare el hijo, entonces éste queda autorizado para probar la maternidad ilegítima que reclama, pero no de un modo general; necesita, como la misma ley dice, de testimonio *fehaciente* sobre las cuestiones fundamentales tocantes a la maternidad: el hecho del parto y la identidad del supuesto hijo. Establecidos que sean la relación queda también iniciada.

En el inciso segundo se indica cual debe constituir un principio de prueba por escrito, no se remite al Art. 1.701 del Código Civil como en el caso de la paternidad ilegítima.

Tal principio de prueba estaría constituido, según dicho inciso, por la partida de nacimiento en que se declara el nombre de la madre y estuviere firmada por ésta o a su ruego o por mandatario con poder especial; de tal suerte que en el caso de mencionarse el nombre de la supuesta madre, pero no constar la firma de ella ni de las personas que pueden hacerlo, esa partida no constituye un principio de prueba. Es necesario que no falten las especificaciones dadas para que la partida tenga el valor que la ley le asigna. Sin embargo, se nota un vacío en el inciso, pues se dice que la partida al no ser firmada por la que se menciona por madre puede estarla a ruego de ella, y francamente expresado el asunto de modo tan general daría lugar a que en ningún caso aparezca la firma de la madre sino de otra persona cualquiera, dando margen a situaciones delicadas en nuestra práctica jurídica tan corrompida, por eso supongo que los miembros de la Comisión concretan mejor dicho inciso al agregar después de la expresión "firmada por ésta" las palabras "o si no sabe leer y escribir", ya que de ese modo se determina la causa que incapacita a la madre para no firmar.

La investigación de la maternidad, con todo, me parece mucho más fácil puesto que el temperamento femenino, siempre más delicado en los sentimientos, se muestra deseoso de amparar al ser desvalido que ha llevado en su seno; además la bondadosa tarea de lactar y criar al recién nacido hace que los lazos efectivos sean vigorosos entre la madre y el hijo que por las mismas circunstancias no pueden desarrollarse respecto al

padre, pues, como dice Marañón, el hombre, al engendrar, es como un farolero nocturno que prestamente prende cualquier lámpara y sigue adelante sin preocuparse por los resultados.... A la madre queda la más ruda labor, ella, en definitiva, será la que se enfrente con las consecuencias de su acción, combatiendo contra las adversidades sin que valgan muchas veces las lágrimas derramadas y sacrificios hechos ante la sociedad egoísta que se encoge de hombros.

No niego que existen casos en que motivos de orden privado obligan a ciertas madres desnaturalizadas a ocultar una falta abandonando a su propia suerte a seres desgraciados que en una hora de pasión surgieron a la luz de la vida. Para esos casos creo que la ley tendrá su aplicación severa; para los demás, ya nos lo dice la ley natural, los lazos fuertes de la maternidad están por encima de todos los convencionalismos, las reformas no alterarán en modo alguno el ritmo del amor más puro, más digno: el amor materno.

El artículo 26 del Proyecto está concebido así:

“La acción establecida en el artículo anterior pertenece al hijo. Durante su menor edad o siempre que se trate de un hijo demente o sordo-mudo, la acción se intentará por el padre ilegítimo, o por el tutor o curador general, por un curador especial o por un curador ad-litem designado por él, o en su defecto, por el juez y si no se ha intentado en ese tiempo, podrá hacerlo el hijo durante los dos años siguientes al cumplimiento de su mayor edad.

No podrá intentarse esta acción contra la mujer casada”.

Este artículo, siguiendo el criterio sistemático empleado al reglar la investigación de la paternidad, establece las circunstancias en que puede hallarse el hijo que reclama la maternidad ilegítima y quienes pueden intentar la acción por él, siendo relativa o absolutamente incapaz.

El tiempo en que prescribe la acción es de dos años después de que el hijo cumplió su mayor edad.

Tomando en cuenta que la mujer casada depende del marido, bajo cuya potestad se halla, creyeron, los que formularon el Proyecto, impedir el escándalo en el seno de los hogares prohibiendo que la investigación de la maternidad se intentara contra la mujer casada; pero los miembros de la Comisión, inspirados, sin duda, en principios de avanzada, han sugerido suprimir el inciso segundo del Art. 26, de tal suerte que al

aprobarse el Proyecto, con la supresión indicada, la acción puede intentarse sin duda alguna contra la mujer casada.

Hemos visto hasta aquí las reformas propuestas en lo tocante a sucesión de los hijos ilegítimos e investigación de la paternidad y maternidad respectivamente, pero con sorpresa notamos que nada se ha trabajado para armonizar las trascendentales modificaciones en nuestra legislación civil con la penal.

Sería exponer a la sociedad a una serie ininterrumpida de sorpresas si no se procura poner coto al abuso con severas sanciones en los casos en que una refinada mala fe guía a los que pretenden hacer uso de los nuevos derechos tan liberalmente concedidos. Es indispensable que cuando se compruebe el fraude los autores merezcan fuertes castigos. Sería conveniente que se señalaran en el Código respectivo las penas a que sean acreedores los que proceden por intereses bastardos y soy de opinión, siguiendo a reputados juristas, que se les persiga y castigue con las sanciones establecidas para los casos de *difamación*.

El Dr. Sánchez Román, en su magistral tratado "Estudios de derecho civil", pide que se sometan a responsabilidad penal, incluido dentro del concepto genérico de fraude, a todos los que, en la investigación de la paternidad o maternidad, procedieran comprobadamente de mala fe y sin fundamento racional de prueba.

No penetro en el estudio del conjunto de problemas de carácter internacional privado a que las reformas que se intentan darían origen por no permitirlo ni la índole de esta tesis ni la extensión de la misma. Únicamente con el examen de algunos puntos dentro de ese fecundo terreno habría para brillantes disertaciones jurídicas.

Grande y fundamental es la reforma que se intenta porque ella supone el derrumbamiento de un cuerpo de leyes que por algunas centurias ha regido la vida civil de los ecuatorianos y la iniciación de una nueva etapa social de cuya consistencia no estamos seguros, pues pertenece todavía al futuro y el futuro es una terrible interrogante que se presenta a los hombres de observación.

Sin preparación y sin medios suficientes para examinar en su justo valor jurídico las reformas que se han lanzado al tapete de la discusión, sólo tengo presente el siguiente aspecto: un código es el fruto de la meditación de varias generaciones,

constituyendo un cuerpo de doctrina armónicamente trabado, en consecuencia, para que se produzca el caso se ha menester de mucha cautela en su reforma; así quedará a salvo la sabiduría de sus disposiciones sin perder de vista las necesidades sociales. No me opongo a la reforma, quiero evitar tan sólo la precipitación destructora.

Y ahora una reflexión que, aún cuando parece paródica, encierra una amarga verdad, fruto de la observación de nuestro incipiente medio. Probado está que los Congresos no son mas fundamentales porque siempre a la serena discusión se une la tendencia política cuando no son las corrientes personalistas que matan toda buena iniciativa; por eso es mejor que grupos de juristas efectúen estudios profundos que serán las bases sobre las cuales las legislaturas elaboren las nuevas leyes.