

X Por el Sr. Dn. Carlos Salazar F.\_\_\_\_\_

X Alcance Jurídico y Sociológico de la Legislación de los  
Hijos ilegítimos\_\_\_\_\_



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

(APLICACION AL DERECHO POSITIVO ECUATORIANO)

# INFORME

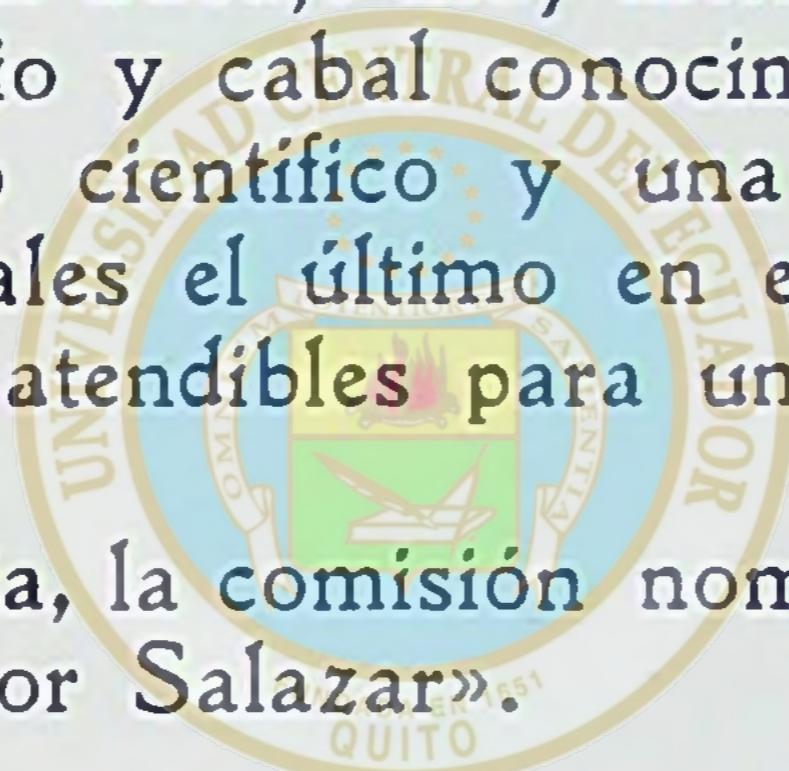
---

Esta Tesis mereció el siguiente Informe de la Comisión nombrada por la Facultad de Derecho, para estudiarla:

«La Tesis intitulada ALCANCE JURÍDICO Y SOCIOLOGICO DE LA LEGISLACIÓN DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS, que el señor Carlos Salazar F. presenta para optar el grado de doctor en Jurisprudencia, es un trabajo muy meritorio, que revela en su autor detenido estudio y cabal conocimiento en la materia.

Adopta método científico y una división adecuada en capítulos, de los cuales el último en especial, contiene sugerencias en extremo atendibles para una racional reforma de nuestra legislación.

En consecuencia, la comisión nombrada por usted aprueba la Tesis del señor Salazar».



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

(f.) J. M. Pérez E.

(f.) Miguel Angel del Pozo V.

(f.) Luis F. Chávez.

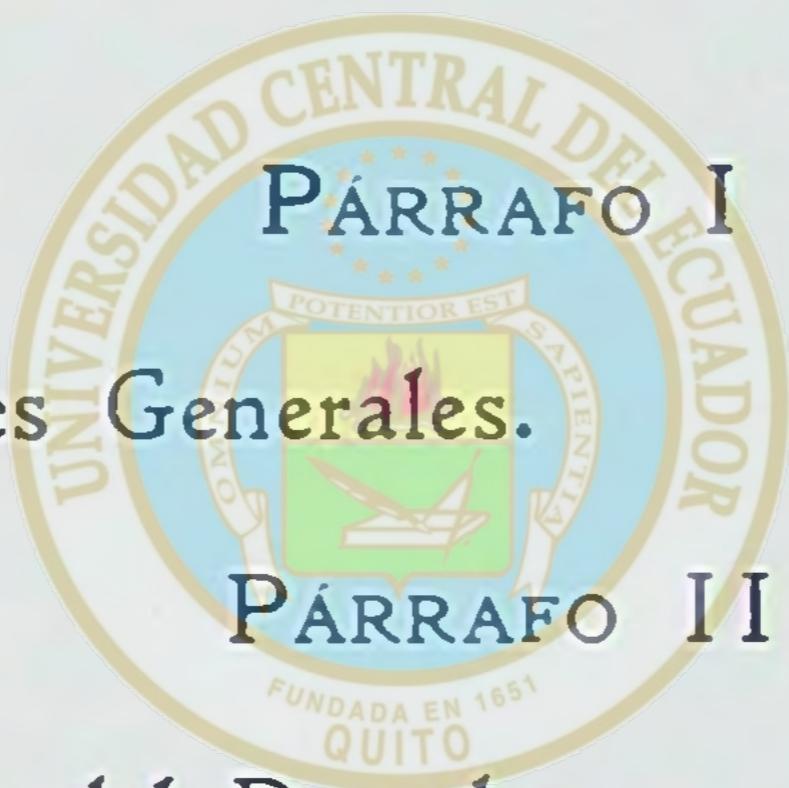
## CAPITULO I

Los HIJOS EN LA HISTORIA.  
Investigación general y aplicada a las legislaciones.

## CAPITULO II

El sistema de los hijos ilegítimos en la Legislación Ecuatoriana, y el alcance jurídico y sociológico de la última Constitución Política.

Consideraciones Generales.



El fundamento del Derecho.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

### PÁRRAFO III

La protección del Matrimonio.

### PÁRRAFO IV

El sistema Ecuatoriano de los Hijos Ilegítimos.

### PÁRRAFO V

Esbozos de una Reforma.

## INTRODUCCION

La Constitución Política dictada por la Asamblea Nacional de 1928-29, nos ha sugerido esta Tesis.

Cautivados por la amplia declaración de los derechos de los hijos ilegítimos, entre los que se cuenta la investigación de la paternidad, hemos aventurado una empresa tal vez superior a la medida de nuestra preparación y conocimientos en materia de suyo tan complicada y difícil como es la que se encierra en el vasto campo de las relaciones de paternidad y filiación ilegítimas.

Las restricciones de nuestro Código Civil en lo tocante a dicha materia, y el abandono en que la ley deja a la inmensa masa de los desheredados de la vida, carentes de estado civil y de fortuna, víctimas irredentas de la pasión humana irresponsable, nos ha hecho pensar sinceramente en una forma posible de realizar la justicia con respecto a dichos hijos, apoyándonos de preferencia en la declaración constitucional que ha honrado sobremanera a nuestra última Asamblea, y que constituye ÁLA deseada oportunidad para rectificar de una vez los errores de una legislación que va quedando atrás en la evolución social.

No creemos, desde luego, que este esfuerzo resuelva la difícil cuestión. Sólo esperamos que el juicio de los señores Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, acoja la sinceridad del empeño y vea en estas páginas únicamente la inquietud que ellos supieron despertar desde su cátedra.

## CAPITULO I

### LOS HIJOS EN LA HISTORIA

#### Investigación general y aplicada a las legislaciones

No creemos del caso intentar un estudio completo de la familia en su evolución histórica; pues, preclaros sociólogos han aportado ya un valiosísimo contingente al respecto. Solamente anotamos que el problema del origen de la familia —así como el de la sociedad, del Estado y de las otras formas de agregación estructural humana— supone el del origen del hombre, envuelto aún en la nebulosa de los tiempos primitivos. En este campo batallan las teorías de la creación y de la evolución: la fe y la ciencia. Ellas se encuentran frente a frente, y si la primera no ha podido en el transcurso del tiempo sostener los textos sagrados, porque los progresos de la investigación científica los han contradicho cada vez más; la segunda no ha dicho tampoco la última palabra.

Verdaderamente el análisis de todo origen, parece que escapa a la potencia intelectiva humana; pero como la inteligencia actúa involucrada en la luz de la lógica, tiende a investigar las causas últimas de los procesos reales cognoscibles, hilvanando de ordinario en las sombras de la conjetura algo así como el principio de una explicación racionalista, por la exigencia del equilibrio entre el YO, profundamente comprensivo y la vida.

Como quiera que haya, pues, surgido el hombre, la familia no hubo de ser consecuencia inmediata de su existencia, aún cuando se diga que la primera oposición —la del sexo— hubo de resolverse en una sociedad rudimentaria compuesta de los que intervenían en la relación. Pero esa oposición debe necesariamente interpretarse por una pasajera y accidental unión que no podía acarrear forma alguna de convivencia social, estructural o institucional. Una convivencia semejante, estabilizada y permanente, debió ser resultado de una lenta

evolución de los sentimientos y de una variación de las formas de vida que exigía, como una consecuencia, la centralización de la actividad en un grupo al rededor de dos nociones: el patrimonio y la autoridad. Podemos, pues, inferir que el periodo salvaje del nomadismo, no podía compadecerse con una organización más o menos estable de las uniones; al contrario, debió corresponder a una poligamia acentuada en la que la madre, directamente vinculada a sus hijos por el hecho de la maternidad, venía a ser como el núcleo central de una sociedad rudimentaria. Este periodo no es otro que el patriarcado que va eliminándose a medida que el hombre, cultivando la tierra, se torna sedentario, y necesita algo así como un exclusivismo en las relaciones genésicas. En este momento nace la autoridad sobre la agregación conjunta de la mujer o mujeres y los hijos; la casa viene a ser la reunión permanente de ellos bajo la autoridad del jefe sin excluirse, todavía, el comercio sexual incestuoso de consanguíneos en línea recta y de colaterales. En este periodo surge la religión fetichista, que integra gran parte de las normas de la asociación.

El patriarcado supone, pues, una regularización en las uniones, totalmente esporádicas al principio, autoridad del padre y noción del patrimonio.

Progresivamente esta forma de convivencia conducía a los dos tipos de familia que los tratadistas han llamado *punalúa* y *síndiásica*, a base de eliminación de ciertas formas de uniones.

Notemos, desde luego, que la poligamia, aún en pueblos modernos, puede verse estimulada por ciertos factores entre los que se cuentan de preferencia las costumbres, la religión y el factor económico. Pero dichos pueblos pertenecen, por este carácter, a un estado inferior de la evolución social.

La unión monogámica que se compadece plenamente con el fin del hombre, y que está destinada a salvar, en forma noble, las dos fundamentales oposiciones del sexo y la edad, supone una evolución moral trascendental; y por ello, y por edificarse sobre bases puramente afectivas, ha sido reconocida y amparada por la ley, la que ha encuadrado dicha unión en las normas de un contrato institucional.

De aquí que, solamente en el momento en que la ley reconoció la unión monogámica, pudiendo hacer con ella una institución de fines propios y fundamentales, sólo ahí, decimos, pudieron distinguirse los hijos en diversas categorías.

Semejante distinción no pudo existir en los tiempos primitivos de la evolución social: no en el matriarcado, porque todos los hijos de la madre se agregan a ella, y tienen todos la misma categoría; tampoco en el patriarcado, porque los hijos, aunque procedentes de diversas mujeres (en el estado poligámico), hermanos de madre, se agregan naturalmente a la sociedad patriarcal. Solamente dentro de la unión monogámica, reconocida y amparada por la ley y con los caracteres propios de institución de derecho privado, aparece notoriamente la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

La ley, pues, comprendiendo que la convivencia monogámica cumple altos fines sociales, no ha tenido menos que legislarla en relación con la moral y con el fundamento intrínseco de la institución. Entonces, aparece claramente una notable diferencia entre los hijos: unos que proceden de la institución, y otros que proceden de una forma de unión libre.

Tenemos, pues, la siguiente conclusión: descartada la posibilidad de diferenciar los hijos dentro de las primitivas organizaciones sociales, por la no existencia de una forma de unión reconocida y amparada por la ley, todos ellos tienen igual filiación.

La diferencia empieza a acentuarse en la legislación mosaica; cobra todo su valor desde el Cristianismo que instituyendo el matrimonio monógamo, eleva la dignidad moral del hombre y la mujer, y distingue los hijos legítimos de los ilegítimos. Pero no solamente la religión contribuye a ello, sino y de preferencia, la ley civil; pues el matrimonio, en cuanto interesa a la sociedad y al derecho, entra plenamente en la ley del Estado: la religión tiene fines ultrahumanos; la ley tiene fines de realización concreta, en cuanto ellos se cumplen en la vida misma.

El Génesis, la gran base del Pentateuco Mosaico, habla de la necesidad de la mujer única; sin embargo, Moisés hubo de tolerar la poligamia e igualar los hijos de concubinato con los de unión legítima, porque, ante todo, era necesario hacer primar la tradición de la raza israelita que soñaba en conquistar el mundo, y que, por lo mismo, tenía que propender al aumento de la población. Este mismo concepto podemos extenderlo a los demás pueblos de Oriente, especialmente a los que siguieron la religión de Mahoma, cuyo libro sagrado limitaba el número de concubinas que podía tener cada hombre.

El milagro griego, el sentido del arte, de que nos habla Renán, trascendió al Estado antes que a la familia. La política fué una estética; había que edificar la ciudad con la quietud del ensueño y buscar las normas de la vida colectiva, de la misma manera que se buscaba el símbolo de la belleza en la pureza de la linea. La perfección comenzaba, pues, de arriba, del todo antes que de la parte, de la ciudad antes que de la familia. Por ello se explica el notable desarrollo de las disciplinas políticas, especialmente en Aristóteles, antes que el desarrollo del derecho civil. El hombre, entonces, no era hijo legítimo ni ilegítimo, porque era hijo de la República.

Los historiadores no nos relatan nada definido acerca de las instituciones griegas de derecho privado.

El destino reservó a Roma la ardua tarea de la ley y del derecho. Ningún pueblo, en efecto, más apto para cumplir esta sublime misión que ha trascendido a todos los siglos y a todos los pueblos. Su disciplina y su sentido de organización le hicieron representar una finalidad muy alta en el mundo antiguo. Cada raza teje su destino a través de la historia, ha dicho Le Bon.

En este pueblo que dominó con las armas de sus legionarios y con el influjo de su carácter una gran porción de humanidad, la familia se apoya exclusivamente sobre la autoridad paterna, fundada no en la voz de la sangre, sino en la voz de la ley. Las justas nupcias, convierten a la mujer en hija del marido y en hermana de sus hijos.

La expresión de este poder es el *in manu*; la fuerza autoritaria sobre los hijos se apoya en el *in potestate*. Ambos conceptos contribuyen esencialmente a la diferenciación de los hijos. El criterio puramente legal que excluye toda vinculación de la sangre, hace imposible una existencia jurídica de hijos ilegítimos. El padre ilegítimo no puede introducir sus hijos en el hogar; y para impedir que, por medio de la adopción, se burle la ley, aquella no es válida sin la venia del comicio.

Estos primeros tiempos fueron vencidos por la corrupción de las costumbres; el *consortium omnis vitae*, quedó al capricho de los hombres; al orden sucedió la anarquía interna de la familia; a la disciplina, la disolución. El concubinato escandaloso y el aspecto cortesano y galante de la vida, atacaron en su base misma el fundamento de las justas nupcias; entonces, empezó la relajación de la disciplina que hizo del

pueblo romano uno de los más grandes cultores de la humanidad.

La ley hubo de empeñarse en contener la crisis: se sancionó el adulterio; y, para regular la situación de los hijos no provenientes de nupcias, se legalizó el concubinato por las leyes Julia y Papea de Augusto. Los hijos de concubinato, se colocaron siempre en mejor condición que los *spuri* o de *nefando coitu nati*. La concubina quedaba, entonces, en igual situación que la mujer legítima, y hasta su nombre: *vix conyux*, revelaba su estado legalmente favorecido.

Los hijos procedentes de concubinato se llamaron naturales en la legislación del Bajo Imperio; y si respecto del padre no tenían vinculación jurídica, respecto de la madre no se diferenciaron de los legítimos. Pero, si la alegación de derechos con respecto al padre no era posible, en cambio, el concubinato, según Ortolán, podía contribuir al esclarecimiento de la paternidad. Tratándose del derecho sucesorio, el padre no estuvo obligado a testar en favor del hijo ilegítimo, pero pudo asignarle como a extraño e instituirle heredero; tocante a la madre, no hubo diferencia entre los hijos. El Senado-Consulto Orfitiano, estableció únicamente el requisito de la ciudadanía romana del hijo.

Notemos, sin embargo, que si la ley había reconocido el concubinato, para asegurar la situación de los hijos y para neutralizar el desenfreno de las costumbres, en cambio, aquél coexistía muchas veces simultáneamente con el matrimonio legítimo de ambos padres o de uno de ellos, lo que era, indudablemente, una palmaria contradicción con las leyes que se dictaron para castigar el adulterio.

Cuando el Cristianismo, triunfante ya, a pesar de los terribles edictos de persecución, fué aceptado como la moral pura y elevadora de la vida, una legislación distinta debía corresponder a esa moral.

En efecto, elevado el matrimonio a la categoría de sacramento, fué necesario ver en él, no sólo la unión material de los sexos, sino y de preferencia, el objeto animico fundamental de una institución que aspiraba, por la austeridad y la virtud, a realizar los más altos fines humanos. Aparece, por consiguiente, una notable diferencia entre los hijos, dentro ya de la legislación, ya que, como dijimos antes, fué empeño de los emperadores cristianos, poner la ley en armonía con la nueva religión. Efectivamente, se establece, para algunos hi-

jos ilegítimos, el beneficio de la legitimación por el matrimonio posterior, fundado en los mismos principios que más tarde sirvieron a los gestores del Código de Napoleón para sostener este beneficio, en nombre de la moralidad de las costumbres, dando a los individuos que habían vivido en el desorden, una garantía rectificadora del pasado.

Constantino limitó el beneficio a los hijos naturales de concubina existentes a la fecha de la ley; y el Concilio de Trento, aclaró plenamente las calidades del concubinato para que éste no coexistiera con el matrimonio legítimo de uno o ambos de los padres. Esta coexistencia determinaba, para los hijos, la calidad de adulterinos cuando se violaba el principio del Concilio: «No se permite sino una mujer legítima o una concubina».

Tratándose de los adulterinos, éstos no tuvieron beneficio alguno.

El segundo Concilio de Trento, no sólo que olvidó la situación de ellos, sino que desmejoró a los mismos naturales. Los adulterinos y los incestuosos —sea el incesto del derecho de gentes o del derecho civil— quedaron fuera de la ley. Nada hicieron los emperadores en este aspecto.

Entre los germanos, es muy elevado el concepto de la mujer; y sus instituciones merecen absoluto respeto, teniendo el matrimonio, por consiguiente, todas las garantías de la ley. El adulterio era considerado como crimen atroz, realicelo la mujer o el marido. Todo hijo nacido fuera de matrimonio, por tanto, quedaba relegado al olvido; pues los germanos no conocieron ni el beneficio de la legitimación.

Las instituciones de la Edad Media fueron demasiado anárquicas. Influencias especialmente religiosas, motivaron una falta absoluta de unidad en las leyes; habían tantas soberanías como señores feudales; cada castillo o fortaleza representaba una autoridad distinta y una distinta ley. En todo el curso del desenvolvimiento del medioevo, vemos predominar el privilegio de la nobleza cuya autoridad indiscutible se sustentaba en el dominio de la tierra. Este privilegio se extendía a los hijos ilegítimos, cualesquiera que fueren: simplemente bastardos o de punible ayuntamiento, pero solamente tratándose de la nobleza y del señorío; pues no era lo mismo ser un bastardo plebeyo o un bastardo noble. El primero nacía necesariamente siervo en los dominios del señor, y éste le sucedía en sus bienes. Semejante diferencia persiste en Fran-

cia hasta Enrique IV, quien igualó la situación civil de los bastardos.

Antes de concretarnos a estudiar el desenvolvimiento del derecho francés, en lo tocante a los hijos, estudio de suma importancia en cuanto dicho derecho revela un completo proceso evolutivo hasta la época presente, digamos pocas palabras acerca del sistema jurídico español, propiamente medieval, en su primera fase histórica.

Si al principio las leyes godas fueron demasiado exigentes con los hijos ilegítimos, como inferimos de las disposiciones del Fuero Juzgo, más tarde, por las Leyes de Partida, el concubinato fué reconocido como en el Derecho Romano. La ley 1<sup>a</sup>. del Título V, Libro X de la Novísima Recopilación (antigua ley XI de Toro), precisó claramente los caracteres del hijo natural: procedente de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento, podían casarse sin dispensa y justamente, mediando el reconocimiento previo del padre al hijo, y siendo, además, necesario que aquél haya tenido a la madre en su casa.

Analizando este contenido, tenemos:

Que la ley citada atendía a la concepción o al nacimiento para calificar al hijo. De aquí que muy bien podía darse el caso de un hijo que, habiendo sido concebido cuando uno de sus padres o ambos estaban casados con otras personas, quedase, sin embargo, dentro de la ley, por haber, al tiempo del nacimiento, desaparecido el impedimento, por ejemplo, por la muerte del cónyuge legítimo del padre al que se refiere el impedimento al tiempo de la concepción. Tal hijo era, pues, natural, porque sus padres, al tiempo del nacimiento, no tenían impedimento para casarse sin dispensa y justamente. Esta es la consecuencia directa de un error de apreciación en la calidad del hijo, dentro de la ley a que nos referimos.

En este mismo sistema se permitió la investigación de la paternidad, excepto en lo tocante a los hijos procedentes de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento, estaban impedidos de casarse.

El derecho de investigar la paternidad, lo deducimos de los hechos que debían ser objeto de prueba, como eran: 1º. El hecho de que el padre haya tenido la mujer en su casa; 2º. Que ella haya sido una sola, etc. Luego, si por un lado el alcance de la ley (que atendía a la concepción o al nacimiento) podía favorecer a los adulterinos, dándoles la ca-

lidad de naturales; por otro, aquéllos no podían investigar la paternidad ni ser reconocidos.

El hijo natural fué llamado a la sucesión de la madre, concurriendo con los legítimos, sistema que se alteró por la Nueva Recopilación que llamó a los naturales, sólo a falta de legítimos. Además, dichas leyes excluyeron totalmente de la sucesión de los padres a los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y mandaban que se entienda por tal, cuando la madre mereciese por semejante ayuntamiento, pena de muerte natural, excluyéndose, según esto, los hijos incestuosos y sacrilegos, ya que, por los ayuntamientos de que tales hijos procedían, la madre no merecía pena de muerte natural. Los hijos de padres clérigos no tenían ningún derecho a la sucesión de éstos, ni podían recibir nada de los parientes paternos, ni en vida ni para después de su muerte. Esta legislación de un tradicionalismo propiamente medioeval, regía al tiempo de la emancipación de las colonias americanas, las cuales formaron sus propios cuerpos de leyes, sin perder, desde luego, totalmente, la influencia de semejante derecho que estaba incorporado en la costumbre y en la práctica, y que el largo tiempo de la dominación, había aclimatado considerablemente.

Hoy dicho derecho no informa el sistema español moderno emancipado ya de las antiguas normas, como veremos más luego al estudiar el derecho de los hijos en el Código vigente.

### ¿Cuál fué el derecho prerevolucionario francés?

En los últimos siglos que preceden a la gran revolución de 1789, la investigación de la paternidad y maternidad se admite plenamente. Se aplica el antiguo distico de Loysel: «Quien ha hecho el hijo, debe alimentarlo». La demanda en declaración de la paternidad, puede emanar sea del hijo, o de la madre en su propio nombre o en el del hijo. ¿Qué pruebas se ponían en práctica? La madre natural era creída bajo su simple afirmación, cuando ella designaba el autor del embarazo, por aplicación de la máxima tradicional: «Creditur virginis dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo proegnantem esse»; máxima que, desde luego, no tuvo jamás un alcance tan absoluto.

La prueba comprendía todos los medios por los cuales el magistrado llegase al convencimiento del hecho; y si la paternidad se establecía, el demandado tomaba a su cargo el sos-

tenimiento del hijo. El único efecto de la declaración de paternidad, era, pues, el de los alimentos, ya que el hijo natural no tuvo, entonces, ningún derecho sucesorio. El demandado podía oponer a la demanda la *exceptio plurium*, o sea, la prueba del hecho de haber la mujer tenido, al tiempo de la concepción, relaciones culpables con otro individuo. Pero, en concepto de algunos tratadistas que han estudiado detenidamente el derecho prerevolucionario francés, en los últimos tiempos de la monarquía, cuando se invocaba la *exceptio plurium*, los tribunales, de preferencia, se atenían a la declaración de la madre, y en la mayoría de los casos, tal excepción no tuvo valor alguno.

La legislación de la Revolución, es totalmente distinta.

El 7 de marzo de 1793, pocos años después de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, la Convención encargó al Comité de Legislación que preparase un Proyecto sobre los hijos ilegítimos. El redactor de este Proyecto, fue Cambaceres; he aquí algunas de sus opiniones: ¿Es posible admitir dos especies de paternidad? ¿Es justa la diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos? Después de plantear estas cuestiones, terminaba manifestando que se colocara en la ley a los hijos ilegítimos de personas libres, en el mismo rango que los legítimos, dejando en favor de estos últimos garantías mayores, con el propósito de favorecer la institución del matrimonio.

Por Decreto de 4 de junio de 1793, la Convención Nacional, después de haber declarado que aquél que no conoce a sus padres, así como el que los ha perdido, sería llamado huérfano, indicaba que los hijos nacidos fuera de matrimonio, sucederían a su padre y madre en la forma que sería posteriormente determinada. Esta determinación fué hecha por un decreto posterior de 12 brumario, año 11 (noviembre 2—1793). El primer proyecto presentado al respecto, fué rechazado, y la Comisión de Legislación encargó la redacción de otro nuevo; hasta tanto, la Convención dictó la Ley de 18 Brumario, año 11, cuyas principales disposiciones pueden comprenderse en los siguientes aspectos:

1º. Reconocimiento de la igualdad de los hijos, en lo referente al derecho sucesorio.

2º. Exigencia de probar el estado, con objeto de hacer efectiva esta igualdad, especialmente en lo tocante a la sucesión del padre y madre simplemente ilegítimos, refiriendo este

último concepto a la libertad de los padres al tiempo del nacimiento del hijo. La prueba no podía ir más allá de una demostración de los cuidados prestados al hijo, relativamente a crianza y educación.

3º. Efecto retroactivo de la ley en lo tocante a los derechos sucesorios, sobre las sucesiones abiertas posteriormente al 14 de julio de 1789 (la ley que analizamos es de setiembre de 1793).

4º. No gozaban de estos derechos aquellos ilegítimos, cuyo padre o madre, al tiempo del nacimiento del hijo, estaban ligados con lazo matrimonial, pero la ley daba a éstos, a título de alimentos, la tercera parte de los bienes que les hubiera correspondido de nacer en matrimonio.

Aparte de otras observaciones, notemos particularmente en que no es absolutamente científico el criterio de analizar el estado de los padres al tiempo del nacimiento del hijo, para juzgar la calidad de éste. El acceso a la mujer puede considerarse como el hecho inicial fisiológico de la concepción; o más bien dicho, en la generalidad de los casos, el acceso es la concepción. Este hecho, de haberse realizado cuando los padres no tenían impedimento, y hubieran podido, entonces, casarse, puede entrar de plano en el derecho por medio del reconocimiento o legalizarse por el matrimonio posterior de los padres.

Si de dos personas, padre y madre casados, uno de ellos o ambos mantienen una relación extraña a la que deben guardar con su marido o mujer, al tiempo de la concepción, éste y no otro hecho es el que precisa la calidad del hijo que provenga de semejante unión. Lo ilícito del ayuntamiento se ha de mirar, pues, no a la fecha del nacimiento del hijo, sino a la de su concepción, porque de este hecho original —fundamental— se desprenden todas las consecuencias posteriores; y en el momento de realizarse, se ha de mirar el estado o calidad del hombre y mujer que en dicho acto intervienen. Si ambos, por ejemplo, son casados con otras personas al tiempo de la concepción extramatrimonial, claro que solamente en ese momento aparecen la ilicitud del acto y el dañado ayuntamiento.

Si al contrario nos atuviéramos a la fecha del nacimiento, estaríamos basándonos en el fin del proceso fisiológico, antes que en su origen, y se dejaría sin sanción, por otro lado,

el hecho ilícito que está determinado por el acceso que conduce directamente a la concepción.

Hay, por consiguiente, un solo hecho originario del que se desprenden todas las consecuencias: la concepción. Sólo al tiempo de ella cabe averiguar la libertad del padre o madre para precisar la calidad del hijo; y la ley, no puede menos que basarse exclusivamente en este criterio para juzgar todas las consecuencias posteriores que de la unión se originan.

Cuando la ley que analizamos, no reconoció derechos para los ilegítimos cuyos padre o madre, al tiempo del nacimiento, estaban casados con otras personas, sancionaba, indudablemente, el hecho inicial de la concepción, que podía muy bien realizarse en el estado de libertad, y sin haber ningún impedimento entre los padres.

Supongamos un individuo libre que vive en concubinato con una mujer libre, durante tres meses, al cabo de los cuales contrae matrimonio con otra persona; seis meses después, nace un hijo de la primera relación. El hijo es adulterino, según la ley de 18 Brumario, año 11, y muchos comentadores, porque nace al tiempo en que su padre estaba ligado con lazo matrimonial. Este mismo ejemplo podemos aplicarlo en diversas condiciones, y hasta podemos imaginar que la primera relación sólo hubiese durado el día del acceso a la mujer y que una vez casado, el individuo no volviese a tener jamás accesos a la primera mujer. He aquí cómo resulta absurda la calificación de adulterino al hijo, tomando como criterio la situación de los padres al tiempo del nacimiento.

Estos hijos tenían la tercera parte de lo que les habría tocado, si hubieran nacido legítimos. Este favorecimiento no atacó en nada los derechos de los hijos legítimos. Los demás ilegítimos, entraban en la familia legítima; y se les igualó, en lo tocante a los derechos sucesorios, con los legítimos. Esto era, pues, la consecuencia lógica de la acción directa de la filosofía del siglo XVIII, perfectamente interpretada, en lo tocante a los hijos, por las siguientes palabras de Cambaceres: «Todos los hijos tienen el derecho de suceder a aquéllos que les han dado la existencia. Las diferencias entre los hijos establecidas, son efecto del orgullo y de la superstición. Esas diferencias son ignominiosas y contrarias a la justicia. En un régimen que tiene por base la libertad, los individuos no pueden ser víctimas de las faltas de sus padres».

Pero el derecho de investigar la paternidad, plenamente tolerado hasta entonces, fué expulsado de la ley en nombre de la libertad y de la garantía de la familia legítima. Así, el protecciónismo a los ilegítimos, fué meramente teórico. Había por un lado, la declaratoria del derecho, y por otro, la imposibilidad de hacerlo efectivo; pues, según la ley que analizamos, no le era siempre fácil al hijo demostrar el cuidado y la crianza continuos, respecto del padre, para recoger el beneficio de la sucesión, y peor todavía, tratándose de los hijos de dañado ayuntamiento. Quienes podían presentar la prueba del estado, eran indudablemente, los simplemente ilegítimos, y la ilegitimidad simple, como hemos dicho ya, se precisaba por la libertad de los padres al tiempo del nacimiento del hijo; esto es, por no haber entre ellos impedimento alguno para el caso de querer contraer matrimonio.

El hijo adulterino, determinada esta calidad por el estado de los padres al tiempo del nacimiento, no podía presentar la prueba del estado: 1º. Porque le estaba prohibido; 2º. Porque de haberle estado permitido, le habría sido más que imposible comprobar que su padre le cuidó, educó y crió, porque el cuidado y la crianza suponen precisamente incorporación del adulterio en la familia legítima del padre.

En consecuencia, si esta ley asignó a los hijos de dañado ayuntamiento la tercera parte de lo que les hubiera correspondido al nacer en matrimonio, les quitó, por otro lado, la posibilidad de la prueba del estado; y como no podían investigar la paternidad, esta ley no resolvió gran cosa en materia de filiación ilegítima.

El profesor Brun, dice así en su libro: «La investigación de la Paternidad»: «Se puede resumir la legislación revolucionaria diciendo que en principio, la investigación de la paternidad estaba prohibida, excepto en tres casos: venia o asentimiento resultantes de un reconocimiento auténtico, de escritos privados y de la posesión del estado. Después de haber reconocido los derechos sucesorios de los hijos naturales, la Convención se había mostrado demasiado exigente sobre la calidad de las pruebas».

Es explicable esa restricción, si se toman en consideración dos aspectos: la esencia ideológica de la revolución y el conocimiento del pasado, especialmente en lo tocante a los abusos que el derecho anterior produjo en relación con la facultad ampliamente permitida de investigar la paternidad.

La Revolución, en efecto, significaba libertad, y en nombre de ella, no era posible permitir que se hiera el fundamento del hogar, llevando al tapete de las discusiones públicas el honor de las personas. Había, pues, que evitar todo recurso legal que tendiera a poner de relieve las debilidades humanas, produciendo serios trastornos en la familia, quebrantando la fe conyugal, y hasta haciendo del derecho de investigación, una fuente de comercio lucrativo.

Sin embargo, es preciso decir que toda revolución tiene un primer momento de exaltación, y que, dentro de ella, no es posible exigir ni a los legisladores ese admirable sentido de conciliación entre la declaratoria viva que es el principio jurídico inmutable, y la realidad humana. No pensaron los legisladores de la Revolución, en que la posibilidad del abuso no es causa suficiente para negar la existencia de un derecho, fundado como el del hijo con respecto al padre, en una ley natural. Es menester, por ello, pensar una vez más, en el diáfano pensamiento de Víctor Hugo: «La labor de los sabios, es hacer penetrar lenta y pacíficamente el derecho en el hecho, amalgamar la idea pura con la realidad humana». Y sobre todo creemos que el único camino de realizar la justicia, es el de la bondad, y bondad debe haberla en la ley que regula la vida humana con todas sus imperfecciones y defectos.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Y entremos ya en el famoso Código de 1804, en el cual se esboza la silueta del genio, del hombre polifásico del siglo XVIII, audaz guerrero que asoló la Europa por un buen lapso de tiempo y cayó en Waterloo frente a Wellington.

Pero cuando se habla de la caída de Napoleón, es preciso referirse a su caída de guerrero, esto es, al simple y necesario desplazamiento de la fuerza. Su verdadera y hasta hoy efectiva dominación, hubo de llevarse a cabo por otro camino que el de la fuerza, encarnando el símbolo de la gloria en un código, antes que en una bayoneta. Entonces fué cuando el hombre se proyectó a través de los siglos por esa característica común que tienen todas las obras del espíritu: resistir a las catástrofes y a las grandes crisis morales de hombres, pueblos e instituciones.

Recordemos las principales disposiciones relacionadas con el derecho de los hijos:

1º. Beneficio de legitimación por matrimonio posterior para los hijos naturales nacidos fuera de matrimonio, previo

el reconocimiento, anterior o en el acto mismo de la celebración (art. 331).

2º. Prohibición de reconocer a los hijos procedentes de uniones incestuosas o adulterinas (art. 335).

3º. Prohibición de investigar la paternidad, excepto en el caso de rapto, cuando haya correspondido la concepción al tiempo en que aquél se hubiera verificado. El raptor, entonces, podía ser declarado padre (art. 340).

4º. Prohibición a los hijos de verificar investigación alguna sobre su procedencia, así con respecto al padre como a la madre, cuando dichos hijos sean incestuosas o adulterinos (art. 342).

5º. Los hijos naturales no son herederos, sino cuando hubiesen sido reconocidos (art. 756).

6º. La ley no concede a los hijos adulterinos e incestuosos sino los alimentos (art. 762).

7º. Dichos alimentos se regulan en proporción a las facultades del padre o madre y del número y calidad de los herederos legítimos, desapareciendo el derecho, por parte de los adulterinos e incestuosos, de presentar reclamación alguna contra la herencia del padre o madre, cuando éstos hubiesen hecho aprender a dichos hijos un arte mecánico, o les hubiesen asegurado en ÁREA HISTÓRICA los alimentos (arts. 763 y 764).

8º. Obligación de reparar el daño de cualquier naturaleza que sea, impuesta contra aquél por cuya culpa ha sucedido (art. 1.382).

9º. Responsabilidad de los daños que se hubiese causado, no sólo por un hecho propio, sino también por negligencia o imprudencia (art. 1.383).

Recordamos únicamente las disposiciones del Código que determinaban la situación de los hijos ilegítimos, y también aquéllas, como las relacionadas con los daños, dentro de cuyo sentido y alcance la jurisprudencia de los tribunales procuró, como veremos luego, atemperar el rigor de la ley.

El orden público, decía Bigot Preameneu, al referirse a la legitimación, está interesado en que el hombre y la mujer que viven en el desorden, tengan un medio de evitar uno y otro de estos dos escollos, cuales son: el separarse por disgusto o continuar en un comercio ilícito. La ley brinda a tales personas con las preciosas ventajas de una unión santa

y respetable para que pasen a formarla. (Curso de Legislación.—Discursos del Código de Napoleón.—Tomo I, pág. 294).

También decía: «....el mismo interés moral que ha hecho admitir la legitimación por subsiguiente matrimonio, se opone a que tenga lugar si los hijos no han nacido de padres libres. Los frutos de adulterio e incesto, jamás podrán asimilarse a los de un himeneo legítimo» (obra citada).

La legitimación fué establecida ya por el Derecho Romano. El Derecho Canónico francés, sostuvo también que la eficacia del matrimonio, legitima a los hijos procedentes de los esposos antes del establecimiento de la institución.

El código francés de 1804, extendió este beneficio a los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero no tomó en cuenta los hijos concebidos antes y nacidos dentro de la institución que posteriormente la hayan establecido sus padres, respecto a los cuales el matrimonio posterior produce *ipso jure* la legitimación. La considerada por el Código francés, es también una legitimación *ipso jure*, o más bien dicho, el uno de los dos casos que establece nuestro código, y exige el reconocimiento de los padres antes del matrimonio o en el acto de su celebración.

El artículo 335 expresa que el reconocimiento no puede tener lugar en provecho de los hijos procedentes de ayuntamiento dañado; y siendo este reconocimiento requisito esencial para la legitimación, el matrimonio subsiguiente de los padres no produce la legitimación de tales hijos.

Para analizar este aspecto, tomemos como punto de partida la situación de los padres al tiempo de la concepción del hijo. Si ellos son libres, esto es, si no están vinculados por lazo matrimonial u otro impedimento con otras personas, los hijos pueden ser legitimados por el matrimonio subsiguiente, previo el reconocimiento al hijo nacido. Si a la fecha de la concepción del hijo, ambos o uno de los padres han estado casados con otras personas, el hijo es doble o simplemente adulterino; o si han sido parientes impedidos, el hijo es incestuoso. En este caso, los padres se unieron sin matrimonio, porque no podían contraerlo. El parentesco que en el Código a que nos referimos, es un impedimento para el matrimonio y, por consiguiente, el que establece la calidad del hijo, está determinado en los artículos 161 a 164, y es el siguiente: 1º. Matrimonios entre consanguíneos en línea recta en todos los grados; 2º. Entre consanguíneos colaterales en

segundo grado; 3º. Entre consanguíneos colaterales en tercer grado, excepto cuando el gobierno hubiere levantado la prohibición; 4º. Afinidad en línea recta en todos los grados; y 5º. Afinidad colateral en segundo grado.

Para estos hijos, el Código de 1804 no estableció el reconocimiento ni la legitimación por matrimonio posterior, ya que ésta supone necesariamente aquél.

Con respecto a la investigación de la paternidad, los expositores del Código la combatieron, fundándose precisamente en los desmanes a que dió lugar su ejercicio en la antigua legislación. Por ello, el mismo Preameneu consideró tal derecho como el azote del Estado; y se mantuvo en todo su alcance y valor, la prohibición impuesta por el artículo 340.

El Código de Napoleón ha sido uno de los más grandes monumentos jurídicos de la humanidad; su influencia, así como la del Derecho Romano, ha sido básica en todas las legislaciones. Pero, en relación con los hijos naturales, es necesario reconocerlo, dicho Código estuvo lejos de realizar la justicia, circunstancia que pudiera quizá explicarse, como dijimos antes, por la necesidad ideológica de la revolución de 1789, frente al conocimiento de la crisis social que produjo en los últimos tiempos de la monarquía el ejercicio irrestricto del derecho de investigar la paternidad. No siendo la libertad, libertinaje, ni la igualdad jurídica, argumento suficiente para permitir que se ataque el fundamento mismo de la sociedad, los elevados expositores del código prohibieron dicho derecho, restringiendo su ejercicio únicamente al caso de rapto, sin tener en cuenta la existencia de otros hechos que, así como el rapto, pudieran dar lugar a una presunción de paternidad. Tal sistema, combatido desde largo tiempo, ha informado una evolución rectificadora de los errores del viejo código de 1804, que ha honrado sobremanera a Francia y a sus gestores, y cuyo proceso vamos a recordarlo más adelante, en lineamientos generales, por la extremada importancia que reviste para el objeto de esta Tesis.

El artículo 340, nos holgamos en decirlo, constituye ya dentro de la legislación francesa, un mero recuerdo histórico. Semejante disposición no podía quedar en pie, dentro del sistema jurídico del pueblo gestor de la gran revolución de 1789, que, en concepto de Victor Hugo, creó al hombre por segunda vez, dotándole de una segunda alma: el derecho. Esa Revolución supone algo más que una nueva política: es la

primera declaratoria universal de una igualdad: la igualdad ante la ley; algo así como el antecedente formidable de otra declaratoria que se exige ya: la de la igualdad ante la vida, que será, a no dudarlo, la significación del fenómeno sociológico más grande de los tiempos por venir.

La ley modificatoria del artículo 340, promulgada el 17 de noviembre de 1912, es como la coronación de un largo proceso en pro de la justicia. Resultado de una labor constante, como no podía ser menos, tratándose de un pueblo nacido para la libertad y el derecho.

En fin, la perseverancia de algo más de treinta años, convirtió en halagadora realidad los laudables esfuerzos de Beranger y Rivet, apoyados por la opinión pública orientada por la labor de altas mentalidades nacionales que sostenían la necesidad de la reforma.

Dentro de la literatura, no faltaron sólidos prestigios que estereotipaban en sus libros la vida real de los hijos naturales desheredados y anónimos. Alejandro Dumas hijo y Francois Coppé, denuncian la iniquidad legal; en igual forma proceden muchos dramaturgos y romanceros; hombres de todas las opiniones y creencias, se conjuran contra la ley injusta y defienden la necesidad de una reforma. He aquí algunos caballeros armados de esa lucha redentora: Víctor Hugo, Litré, Jules Simon, Louis Blanc, Jules Favre, Legouvé, etc. La misma Facultad de Derecho de París, se asoció al movimiento rectificador en 1868 y 1884.

Muchas eran, efectivamente, las causas por las cuales no debía conservarse el precepto prohibitivo de investigar la paternidad. Asomaba semejante precepto como inexplicable en el código que mantenía las disposiciones de los artículos 1.382 y 1.383. Como muy bien lo dice Brun en su obra «La recherche de la paternité» (obra ya citada, pág. 18), es inconcebible que el legislador de tales artículos lo fuese a la vez del 340. Efectivamente, el artículo 1.382, cuyo contenido recordamos ya al resumir las principales disposiciones del Código en lo tocante a los hijos, al igual que el 1.383, tiene una extensión protecciónista que puede muy bien abarcar hasta los objetos inmobiliarios, los animales, los vegetales, etc. y parece absurdo, por consiguiente, que habiendo otorgado la ley su protección a tales seres, no la hubiese otorgado igualmente a la mujer y al hijo; aún más, en semejante restricción, aparecía claramente uno de los más serios peligros sociales, ya que, como lo dice

el autor citado, esos hijos abandonados y sin nombre, fruto exclusivo de la pasión irresponsable, no podían menos que ser los soldados del vicio y del crimen.

Los partidarios del código han sostenido algunos argumentos en contra de la reforma. El primero de ellos ha sido, y lo es en todo tiempo, el del escándalo. Se ha creído que una declaratoria del derecho de investigar la paternidad, sería nada menos que una vuelta a los abusos que se produjeron en el antiguo régimen, esto es, un retroceso. Los tratadistas y pensadores que no han visto en ese derecho el espantajo del escándalo, han estado conformes en creer que una efectiva reglamentación en su ejercicio, con el establecimiento de fuertes sanciones para castigar la mala fe, cortaría de plano el abuso.

Otro de los argumentos en contra de la investigación, ha sido el del respeto debido al matrimonio. Semejante preocupación, no puede ser ya básica. El progreso de la Filosofía del Derecho, el avance de los sentimientos y las nuevas orientaciones de la vida, vibraron en las admirables palabras de M. Rivet, en una sesión del Senado, en junio de 1910, palabras cuyo sentido jurídico resuelve, en nuestro concepto, definitivamente la cuestión. Helas aquí: «El matrimonio, por más respectable que sea, no es fin en la ley natural; no es más que una forma de organizar la familia, y familia puede haber aún fuera de la reglamentación del matrimonio. El verdadero fin de la ley natural es el de asegurar a la mujer la protección, y al hijo la vida; y como no podemos obligar a la formalidad del matrimonio, es menester, a lo menos, imponer al hombre que no quiere ligarse con los lazos de la institución, los deberes de la naturaleza, forzándole a cumplirlos».

Se ha invocado también en contra de la reforma, la dificultad de la prueba; pero este argumento, efectivo si nos referimos a la prueba fisiológica, no lo es en cuanto a la presuncional, fundada en hechos concretos y reales. Si dentro del matrimonio, la paternidad y la filiación se establecen por una mera presunción, sin que la ley exija prueba fisiológica, ¿por qué tratar de exigirla en las uniones extramatrimoniales? Tan evidente ha sido esta consideración, que la mayor parte de los países civilizados de hoy día, han aceptado en sus códigos el derecho de investigar la paternidad, favoreciendo así a los hijos ilegítimos.

A pesar del sentido rígido del artículo 340 del código francés de 1804, la jurisprudencia progresivamente introdujo ciertos correctivos que flexibilizaron el absolutismo de la disposición prohibitiva.

¿En qué se fundó la jurisprudencia para llegar a este resultado? No pudo menos que fundarse en los preceptos legales que determinaban dentro del mismo código, la regularización de los daños y perjuicios y los requisitos necesarios para intentar las acciones respectivas. Veamos los criterios en los que se apoyaron los tribunales para librarse los rigores de la ley y poner de acuerdo la voz de la justicia con la exigencia de la opinión.

En lugar de dirigirse a los jueces para que éstos declaran que el seductor era el padre de un niño, lo que habría, indudablemente, sido contrario al texto del artículo 340, la mujer seducida podía fundar su demanda en el artículo 1.382, esto es, podía pedir que su seductor sea condenado a una indemnización pecuniaria como reparadora del daño material y moral, ocasionando tanto por el hecho de la seducción, como por el embarazo y el parto consecutivos.

Sí bien la Corte de Casación había declarado en 1806 y 1808 que la prohibición de investigar la paternidad no permitía a los jueces acoger esta clase de demandas, algunos tribunales y cortes de apelación, las admitían solamente cuando se fundaban en la seducción acompañada de la promesa de matrimonio. La misma Corte de Casación hubo de confirmar esta jurisprudencia por primera vez en 1845; pero hasta 1864 puede decirse que la jurisprudencia no había tenido ocasión de admitir la acción de daños de la mujer, más que en el caso de seducción con promesa de matrimonio; posteriormente a esta fecha, la acción pudo intentarse fuera de toda promesa.

Pero, el concepto de la seducción es demasiado elástico; pues no toda seducción, dentro de un criterio estrictamente jurídico, puede fundar la acción de daños, ya que habrán casos en que, por las circunstancias en que aquélla se produzca, no habrá lugar de establecer la responsabilidad individual unilateral del hombre, sino más bien una complicidad recíproca. Por ello, muchos tratadistas han emprendido en un estudio verdaderamente psicológico de la seducción, que no ha podido menos que trascender en las resoluciones de los tribunales.

Veamos sobre qué seducción aceptaron éstos la acción reparadora de los daños:

1º. No es suficiente el ayuntamiento entre un hombre y una mujer, si ésta ha consentido libremente. En semejante caso la mujer no puede decirse víctima de un delito del que ella misma es coautora. Este criterio informó muchas resoluciones de varios tribunales que sería ocioso citarlos;

2º. Solamente es aceptable la acción cuando la seducción ha sido precedida de maniobras dolosas o de una coacción moral. Hay coacción moral de parte del seductor, cuando éste, con respecto a la mujer, ha tenido una notoria superioridad, en razón de la fortuna, de la edad o de la posición social, etc. Hay maniobras dolosas, por ejemplo, en la promesa de matrimonio, siempre que en virtud de ella se hayan ocasionado las relaciones íntimas de las que es resultado un embarazo.

La promesa de matrimonio probada por escrito, no podía ser invocada como motivo de seducción, dejando, por tanto, el daño a cargo del seductor, sino cuando ha precedido a la relación ilegítima y ha sido el medio seguro de llegar a ella.

Ahora bien, dentro de este concepto, el doctor Luis Rigaud, en su obra: «La recherche de la paternité.—Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure», pág. 29, pregunta: «¿Cómo los jueces pueden declarar que se ha causado un daño a tal mujer, sin declarar al mismo tiempo quién es el padre del niño que dicha mujer lleva o del que está embarazada?». O, en otros términos, decimos, el ejercicio de la acción para reparar los daños, prescrita por el artículo 1.382, no envolvería necesariamente una investigación de paternidad?

La Corte de Tolosa, en una sentencia de 28 de noviembre de 1862, dirimía en los siguientes términos la dificultad: «No puede confundirse, en efecto, la acción investigatoria de la paternidad, en el sentido del artículo 340, con la acción de daños fundada sobre el perjuicio material y moral que ha podido resultar de las relaciones íntimas entre el seductor y la persona seducida, o sea de las consecuencias del embarazo y del parto; en atención a que la una de estas acciones da por resultado establecer las relaciones de paternidad y filiación de que nacen los derechos y deberes respectivos, fundados en un nexo legal; en tanto que la otra (la de daños), se queda en los límites de un debate judicial sobre los elementos de aprecia-

ción para determinar la gravedad del perjuicio y la medida de la reparación».

He aquí diferenciadas las dos acciones, diferencia esencialísima dentro de la práctica del derecho, para no dar al artículo 1.382 un alcance contradictorio a lo dispuesto en el artículo 340, alcance que habría podido ser tachado de ilegal.

Igualmente, Demolombe distinguió las dos acciones: en la que se dirige a investigar la paternidad, actúa solamente el hijo sin la madre; en la de daños actúa solamente la mujer sin el hijo. Por la naturaleza de los intereses que se discuten, aparece también una notable diferencia: la acción investigatoria de la paternidad no concierne más que al estado civil del hijo; la de daños nada tiene que ver con el estado, puesto que no concierne más que a la reparación de los daños sufridos por la mujer.

Dentro de estas consideraciones, los tribunales cuidaron de no aceptar demandas que envolviesen una declaración de paternidad; y aún más, resistieron siempre a englobar en la evaluación de la indemnización, las cargas resultantes de la maternidad, como puede verse en una sentencia de la Corte de París dictada en 16 de marzo de 1892, con motivo de una demanda en que se pedía, por un lado, la reparación del perjuicio por la deshonra ocasionada a una mujer; y por otro, la obtención de una pensión para el hijo. El tribunal aceptó la primera parte y rechazó la segunda, fundándose en que se relacionaba con una cuestión de paternidad y que, por consiguiente, caía dentro de la prohibición del artículo 340. Esta jurisprudencia varió posteriormente de opinión, poco tiempo antes de la reforma de 1912.

Está por demás decir que la jurisprudencia que venimos analizando, no aprovechó en nada a los hijos adulterinos e incestuosos, ni tampoco a las madres que hubiesen incurrido en un ayuntamiento semejante; pues, para éstas era del todo imposible probar, por ejemplo, el hecho de la seducción por promesa de matrimonio o de otra manera, porque toda seducción precisamente supone menor edad, inexperiencia, honestidad, etc., como muy bien lo afirma Ciembali en «La Nueva Fase del Derecho Civil».

Sin embargo, por otra vía, un compromiso escrito del seductor de atender a las necesidades de la madre y del hijo (*engagement*), podía muy bien favorecer a éste aún siendo de dañado ayuntamiento.

Rigaud, dice: «La ley que defiende al padre de reconocer su hijo adulterino, no se opone a que, en provecho de éste, se suscriba un compromiso que no supone bajo ningún concepto, reconocimiento» (Obra citada). Lo mismo puede sostenerse respecto del incestuoso.

Esta fué otra de las formas laudables por las cuales la jurisprudencia debilitaba, siquiera en parte, la disposición del artículo 340 del Código.

Por lo demás, el único caso de investigación permitido en dicho artículo era, como dijimos ya, el de rapto, cuando la concepción hubiese correspondido al tiempo en que aquél fué verificado; caso demasiado restringido, si se tiene en consideración otra clase de hechos que, al igual que el rapto, serviría para fijar una presunción de paternidad ilegítima.

La opinión seguía, en tanto, laborando incansablemente por la reforma; y el 16 de febrero de 1878, se presenta por primera vez ante el Parlamento, un Proyecto suscrito por cuatro legisladores de diversos credos políticos, pero animados por la misma idea humanitaria. Estos legisladores son: René Beranger, de Belcastel, Foucher de Careil y Schoelcher. He aquí el texto del proyecto modificadorio del artículo 340:

Art. 1º. Prohibese la investigación de la paternidad, excepto en los casos: 1º. de rapto, violación o seducción, cuando su época se relacione con la de la concepción. 2º. de posesión de estado en las condiciones previstas por el artículo 321 del Código Civil.

Art. 2º. La acción investigatoria de la paternidad no puede ser intentada mas que por el hijo o en su nombre, y prescribe en seis meses a partir de su mayor edad. No puede ejercerse durante la menor edad, sino previa venia favorable del Consejo de Familia y la designación de un tutor ad hoc, encargado de representarle en la instancia.

Art. 3º. Debe ella, someterse al cumplimiento de las formalidades prescritas en materia de separación de cuerpos, por los artículos 875, 877, 878, párrafos 1º. y 2º., y 879 del Código de Enjuiciamiento Civil.

Art. 4º. La prueba de testigos no es admisible más que en las condiciones del artículo 323, y bajo reserva de la prueba contraria, conforme al artículo 324».

El Senado rechazó este Proyecto por 183 votos contra 61, en la sesión del 10 de diciembre de 1883, a pesar de la forma mesurada y equitativa en que fué presentado por Be-

ranger y sus colegas, lo que prueba que en el espíritu de los legisladores, no se acentuaba todavía la necesidad de la reforma, sea por un extremado respeto al código de 1804, o por un temor de regresión a los abusos que produjo antes el derecho de investigar la paternidad, abusos que fueron tétricamente descritos por los expositores.

A pesar de ello, el espíritu nacional del pueblo obligaba a persistir cada vez más en el empeño laudable de la reforma; y así, en mayo de 1883, el diputado Rivet, a quien se le puede considerar como el apóstol de la rectificación de los errores del código en lo referente al derecho de los hijos naturales, presentó una proposición encaminada a derogar el artículo 340, admitiendo la investigación de la paternidad. A este proyecto no le tocó su turno en la discusión.

En junio de 1890, Rivet repite su proposición, concretada en el siguiente texto:

«Art. 1º. Se admite la investigación de la paternidad, siempre que haya pruebas escritas, hechos constantes o testimonios suficientes.

Art. 2º. Si el padre reconocido rehusa contraer matrimonio con la madre, ésta tendrá derecho de reclamar los daños y los alimentos para el hijo.

Art. 3º. La mujer puede declarar su embarazo, designar al padre y comenzar su acción, tres meses antes del parto.

Art. 4º. Durante la menor edad del hijo, la acción investigatoria de la paternidad toca a la madre o al tutor.

Art. 5º. Esta acción prescribe en seis meses, a contar desde la mayor edad del hijo.

Art. 6º. No se admitirá la acción a una mujer mayor de 25 años contra un menor de 18.

Art. 7º. Las reivindicaciones de paternidad, reconocidas calumniosas y de mala fe, serán perseguidas y sancionadas con las penas aplicables en materia de difamación.

Art. 8º. Queda derogado el artículo 340 del Código Civil y toda disposición contraria a la presente ley».

La Cámara de Diputados rehusó tomar este proyecto en consideración. Rivet no se desalienta; insiste sobre su proposición en 1895, se la toma en consideración en 1896, enviando el proyecto a una comisión especial, junto con otro presentado por Groussier. La comisión presenta un texto nuevo más preciso que el de Rivet en 1897, conservando el

principio del artículo 340 con muchas excepciones; y fué éste el que se adoptó casi textualmente en la ley de 1912.

En 1903, Sembat, del partido socialista, presentó también una proposición que reglaba la investigación de la paternidad, inspirada preferentemente en la legislación alemana, y en que extendía el beneficio aún a los hijos adulterinos e incestuosos. Pero la paternidad establecida según este proyecto, no creaba un verdadero vínculo de filiación; lo que equivalía a reconocer un derecho restringiendo su extensión lógica; pues, tales hijos, no tenían más que una pensión alimenticia hasta la mayor edad.

Cuando Rivet, el infatigable propulsor de la reforma, va al Senado aúna sus esfuerzos con Beranger, el autor de la primera proposición de 1878. Ambos trabajan tesoneramente hasta conseguir la ley de 1912, última fase del proceso evolutivo en la legislación civil de los hijos naturales.

Veamos ligeramente las vicisitudes intermedias:

Rivet y Beranger presentan en 1905 una proposición derogatoria del artículo 340, que es enviada a la Comisión de iniciativa parlamentaria, la misma que trabaja algo más de tres años y presenta sus conclusiones en diciembre de 1908. El Senado no discute el proyecto sino en junio de 1910. En la sesión del 9 de junio, Louis Martin, defensor de la reforma, lee un magnífico discurso en el cual hace ver claramente la necesidad de incorporar el derecho en la ley, y terminaba manifestando que es preciso dar a cada uno según sus obras, y según su responsabilidad. En este mismo periodo de junio, admiramos la elocuencia y profunda preparación de hombres como Barthou, Jeanneney, Goujon, Girard, Lamarzelle, etc., que brillan tanto o más que los expositores del código de 1804, con el mérito mayor de ser aquéllos los paladines de la justicia y de la verdadera igualdad.

La Cámara de Diputados a la que fué enviado el proyecto, lo somete a la comisión de reformas judiciales, la misma que escoge como Relator a Viollete, cuyo trabajo completo y profundo en la materia lo presenta en la sesión del 27 de febrero de 1911, habiendo sido aprobado sin debate en la sesión del 23 de enero de 1912.

Ligeras adiciones y modificaciones retardaron hasta el 16 de noviembre la votación definitiva de la ley que se publicó en el Diario Oficial el dia 17, después de un esfuerzo constante de algo más de treinta y cuatro años.

## LA LEY DE 1912 Y LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

He aquí el texto de la ley reformatoria de 1912:

«Art. 1º. El artículo 340 del Código Civil queda reemplazado por las siguientes disposiciones:

La paternidad ilegítima, puede ser judicialmente declarada:

1º. En los casos de rapto o violación cuando éstos se relacionen con la época de la concepción;

2º. En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o espousales, si existe un comienzo de prueba por escrito, en los términos del artículo 1.347;

3º. En el caso de existir cartas o cualquiera otro escrito privado, provenientes del presunto padre; y de los que resulte una prueba no equívoca de paternidad;

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

5º. En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado al sostenimiento y educación del hijo en calidad de tal padre.

No será aceptable la acción investigatoria de la paternidad:

1º. Si se establece que durante el periodo legal de la concepción, la madre tenía mala conducta notoria o cohabitaba con otro individuo.

2º. Si el supuesto padre estaba, durante el mismo periodo, sea por ausencia o por efecto de cualquier accidente, en la imposibilidad física de ser el padre del hijo.

La acción no pertenece más que al hijo. Durante su menor edad, la madre aún menor, puede intentarla.

Deberá, bajo pena de caducidad, intentarse en los dos años siguientes al parto.

Respecto a los casos previstos en los párrafos 4º. y 5º., la acción podrá intentarse hasta la expiración de los dos años siguientes a la cesación del concubinato o de la participación del presunto padre en el sostenimiento y educación del hijo.

A falta de reconocimiento por la madre, o si ella ha fallecido o está en interdicción o ausente, la acción se intentará en conformidad a las disposiciones del artículo 389.

Si la acción no se ha intentado durante la menor edad del hijo, se la podrá intentar durante todo el año siguiente a su mayor edad.

«Art. 2º. Al artículo 39, parágrafo 1º. de la ley de 29 de julio de 1881, se añaden las siguientes palabras:.....» así como los debates de los procesos en declaración de paternidad».

«Art. 3º. El parágrafo 2 del artículo 400 del Código Penal, se completará con la siguiente disposición:

La misma pena podrá ser aplicada por el tribunal civil sorprendido con una demanda en declaración de paternidad, al demandante de mala fe. La interdicción de cinco años a lo menos, y de 10 a lo más, para un radio determinado, podrá pronunciarse para otro en este último caso.

«Art. 4º. La presente ley es aplicable a Argelia y a las otras posesiones francesas.

El poder local, al promulgar la ley, tendrá nada menos que el derecho de manifestar que ella no se aplicará más que en el solo caso en que la madre y el padre presunto, sean de nacionalidad francesa o que pertenezcan a la categoría de extranjeros asimilados a los nacionales franceses».

Como se ve, esta ley contenía adiciones a la de julio de 1881 y al artículo 400 del Código Penal.

Con respecto a la primera, la adición debía hacerse al parágrafo 1º., esto es, a aquél que prohíbe dar cuenta o hacer ostensibles los procesos de difamación en que la prueba de los hechos difamatorios no ha sido autorizada. La reforma extendía la prohibición también a los debates de los procesos en declaración de paternidad. Brun dice al respecto: «... parece necesario que el legislador quite sobre este punto, todo poder de apreciación a los tribunales, y prohíba la publicación y el comentario de los debates que, por escandalosos y algunas veces violentos, exigen que se guarde cierta discreción con respecto al padre y al hijo». (Obra citada).

La reforma del artículo 400 del Código Penal, comprende igualmente la sanción al demandante que de mala fe intentare una acción investigatoria de la paternidad.

La mayor parte de los juristas y comentadores están de acuerdo en que la ley de 1912 tiene un valor disciplinario de las costumbres, porque tiende a restringir precisamente el lado

bestial de la pasión humana acentuando la responsabilidad del individuo con respecto a la vida de la que es agente generador directo, voluntario y libre.

## LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A 1912 Y LA LEY NUEVA

¿Se mantuvo vigente la jurisprudencia anterior a 1912, respecto a la cual dijimos que constituyó una fuerza efectiva de atenuación del artículo 340 del primitivo Código?

De acuerdo con varios comentadores de la ley de 1912, podemos formular las siguientes conclusiones:

1º. Los trabajos preparatorios de dicha ley, revelan de un modo claro que la jurisprudencia aportó un valiosísimo contingente en la elaboración de ella.

2º. Bajo la vigencia de la ley de 1912, esta jurisprudencia, por consiguiente, no ha perdido su valor ni su autoridad, especialmente en lo tocante a los hijos adulterinos e incestuosos, sobre la doble orientación del artículo 1382, y por la validación del compromiso (*engagement*) de subvenir a las necesidades del hijo.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

3º. La ley nueva ha dejado subsistir en provecho de la madre, e indirectamente en provecho del hijo —cuyo interés durante la menor edad, se confunde con el de la madre— el beneficio de la acción fundada en el artículo 1.382, junto con la acción investigatoria de la paternidad.

La acción que emana del citado artículo puede intentarse por la madre en los casos de violación o rapto; pero, esencialmente, en el caso de seducción dolosa, puede ejercerse, ya que, en este sentido, hemos visto antes, la jurisprudencia inspiró a la ley. Este hecho, además, envuelve la acción investigatoria de la paternidad, y tanto ésta como la de daños, pueden ser simultáneas.

Entre ambas acciones hay diferencias notables, en cuanto a requisitos y a procedimientos: la que se dirige a investigar la paternidad, puede ser intentada por la madre en un plazo muy breve; la del artículo 1.382, tiene 30 años.

La primera, cuando se basa en el hecho de la seducción dolosa, exige comienzo de prueba por escrito; la segunda, no

exige esta prueba sino cuando la seducción se ha realizado mediante una promesa de matrimonio.

La acción declarativa de la paternidad no puede intentarse sino cuando el hijo ha nacido; la de daños, no toma esta exigencia en cuenta, ni supone, con respecto a la madre, reconocimiento al hijo o juicio declarativo de maternidad.

La acción investigatoria de la paternidad, no se intenta cuando el hijo ha muerto, porque entonces no existe sujeto activo del derecho; la de daños, es independiente de la existencia o no existencia del hijo, porque esta acción considera a la mujer como ser que ha sufrido, a la manera de cualquier otro, un daño moral o material; aquélla, en cambio, considera a la mujer como madre.

La acción investigatoria de la paternidad, al tenor de los números 1 y 2 del párrafo 2º. de la ley de 1912, sería imposible si tendiera a constatar una filiación adulterina.

Refiriéndose a este aspecto y tratando de los hijos adulterinos e incestuosos, dentro del alcance de la ley de 1912, el profesor Albert Wahl, en su obra «La Recherché de la paternité, d'après la Loi du 16 novembre 1912», página 11, dice: «.....La prohibición de investigar la filiación adulterina o incestuosa está escrita en el artículo 342 del Código, y la ley nueva no la ha tocado. Puede ser ésta la ocasión propicia para modificar sobre este punto, el artículo 342 que, como el artículo 335, supone prohibición de reconocer a los hijos adulterinos e incestuosos, cosa ésta que no concuerda con los principios de la legitimación. Los hijos adulterinos pueden, desde la ley de 7 de diciembre de 1907, ser legítimados por el matrimonio de su padre y madre..... Los hijos incestuosos pueden siempre ser legítimados si su padre y madre, a consecuencia de dispensa, llegan a casarse. Sería lógico que en las mismas hipótesis, y siempre que el matrimonio entre la mujer adúlera y su cómplice fuese posible, el reconocimiento y la investigación fuesen admitidos. La proposición se hizo en este sentido en el Senado por M. Louis Martin, pero solamente de una manera parcial.....».

El mismo autor combate la desigualdad del Código de Napoleón al permitir solamente la investigación de la maternidad y negar la de la paternidad. Expresa que los mismos motivos que se tienen para aceptar aquélla, militan con más fuerza tratándose de la paternidad; tanto más que, a consecuen-

cia de la prohibición, la ley se ha puesto exclusivamente contra la madre desfavoreciéndole totalmente ante la vida.

Del estudio de la ley y de las conclusiones de la jurisprudencia, deducimos que de los cinco casos que ella establece para investigar la paternidad, todos, a su vez, pueden también fundar la acción de daños, con excepción del caso cuarto; pues, si la madre sólo alegara este caso (concubinato notorio al tiempo de la concepción), no podría paralelamente intentar la de daños, ya que la jurisprudencia procuró extender esta acción a los casos delictuosos. Pero hemos de notar que si el concubinato notorio continuado, esto es, aceptado por la mujer, por un tiempo más o menos largo, no presta mérito para reclamar daños, por otro lado, es preciso referirse al tiempo en que aquél comenzó, y a sus circunstancias especiales. Así, puede darse el caso en que una mujer ceda por promesa de matrimonio o maniobra dolosa y que posteriormente no le quede otro recurso, especialmente si nos referimos a la escasez económica, que aceptar el concubinato para poder subsistir; si éste funda la acción investigatoria, ¿por qué no podría fundar la acción de daños, desde que ha cesado? La mujer en todo sentido debe verse protegida contra la miseria humana, especialmente cuando ha caído a consecuencia del engaño y cuando ha persistido en el concubinato solamente en cuanto éste podía constituir, para ella, un modo de vida. La cesación del concubinato supone necesariamente un principio de abandono a consecuencia del cual la mujer puede marchar perfectamente hacia la prostitución. Parece, pues, que la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de no aceptar la acción de daños en el caso de concubinato de la mujer, porque quizá ha supuesto que una relación continuada y aceptada por ella, no supone dolo de parte del hombre. De ser así, éste sería el único caso en que la acción investigatoria de la paternidad no es simultánea con la de daños.

En consecuencia, la jurisprudencia de los tribunales anterior a la ley de 1912, fué el alma misma de esta ley, debiéndose a esta circunstancia el que se haya mantenido posteriormente en toda su eficacia.

Para terminar esta ligera revisión histórica del derecho civil de los hijos naturales en la legislación francesa, digamos pocas palabras acerca de los derechos sucesorios:

En el título de las sucesiones irregulares del Código de 1804, encontramos que los hijos naturales no tenían la calidad de herederos, sino cuando hubiesen sido reconocidos. Como los adulterinos e incestuosos no aspiran al reconocimiento, se regían ellos por las disposiciones de los artículos 762, 763 y 764 que hemos recordado antes y que les confieren solamente los alimentos.

La ley de 25 de marzo de 1896, ha quitado ya todo pretexto a los padres para no reconocer a sus hijos, pero no ha realizado la igualdad sucesoria entre la filiación natural y la legítima.

Se ha creido que las restricciones del Código Civil en materia de derechos sucesorales, eran la valla que impedía los reconocimientos.

Con la ley de 1896, no han aumentado dichos reconocimientos, como podemos ver en las estadísticas francesas de los años siguientes.

Es preciso convencerse de una vez por todas que el egoísmo humano puede ser más fuerte que toda ley. El es el único que obliga al hombre a librarse de las responsabilidades y a volver la espalda una vez satisfecha su sensualidad, sin mirar las dolorosas consecuencias que pueden resultar de su animalidad rebelde a entrar en el camino de la justicia y en el marco de las obligaciones a que la ley natural ha sometido toda vida.

Por ello, pedimos y reclamamos energía en las leyes y mayor responsabilización de los hechos.

## ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS Y AMERICANAS

### CÓDIGO ALEMÁN

Ningún sistema más diverso del código francés que el que siguió la legislación alemana en lo referente a los hijos. El Código del Imperio Alemán se promulgó el 18 de agosto de 1896 y estuvo vigente desde el 1º de enero de 1900.

He aquí los aspectos fundamentales de este sistema:

1º. El hijo ilegítimo en las relaciones con su madre y con los parientes de ella, tiene la misma situación jurídica de un hijo legítimo; pero la madre no tiene sobre el hijo el poder paternal (patria potestad), conservando solamente el deber de proveer a sus necesidades y vigilar su persona. Puede, eso sí, por autoridad competente, hacerse confiar la tutela del hijo.

2º. En lo tocante a la paternidad natural, el hijo puede ser objeto de un reconocimiento voluntario o judicial; el primero puede verificarse por un acto auténtico o privado; o puede ser tácito, a consecuencia de haber el padre actuado en el sostenimiento del hijo en la medida fijada por la misma ley (art. 1.708).

3º. Los hijos adulterinos e incestuosos pueden ser reconocidos.

4º. Se admite plenamente la investigación de la paternidad, debiendo el demandante, simplemente, presentar prueba acerca del comercio sexual del padre con la madre, durante el periodo legal de la concepción.

5º. Para el efecto de la investigación, la ley admite una presunción demasiado extensa, como es la de considerar como padre de un hijo natural a aquél que ha cohabitado con la madre durante la época de la concepción, a menos que otra persona haya, en la misma época, cohabitado también con ella; sin que se deba tomar en cuenta esta cohabitación, cuando, según las circunstancias, aparezca manifiestamente imposible que la madre hubiera concebido por efecto de ella (art. 1.717).

6º. Siempre que posteriormente al nacimiento del hijo, éste haya sido reconocido por su padre en un acto auténtico, no es aceptable la excepción de que otra persona hubiera cohabitado con la madre en el tiempo legal de la concepción.

7º. El padre debe pagar a la madre los gastos del alumbramiento, tanto como los del sostenimiento durante las seis primeras semanas siguientes al parto.

8º. Desde antes del nacimiento el juez puede, por decisión provisional, y sobre la demanda de la madre, ordenar al padre el pago inmediatamente después del parto, de la suma necesaria para asegurar el sostenimiento del hijo durante los tres primeros meses.

9º. Si el padre fallece antes del nacimiento del hijo, la obligación pasa a los herederos de aquél, los cuales no pueden descargarse de ella sino pagando al hijo el monto de lo que habría constituido su reserva si hubiera sido legítimo; y

10. Toda renuncia gratuita por parte del hijo de lo que le corresponde por su sostenimiento, es nula.

Dentro de este sistema el hijo natural puede ser legitimado por el matrimonio posterior de su padre y madre, o a consecuencia de una demanda del padre, por una disposición de la autoridad del Estado (arts. 1.719-1.723).

A pesar de la extensión que el Código Alemán dió al derecho de investigar la paternidad, los hijos ilegítimos no tuvieron mejor suerte que en el Código de Napoleón; aquel derecho no conducía a ninguna forma posible de establecer la filiación y sus consecuencias jurídicas, lo que es precisamente el aspecto primordial en una reforma de esta clase.

## LEGISLACIÓN INGLESA



Lehr, en sus «Elementos de derecho civil inglés», nos suministra los siguientes datos acerca de esta materia:

El hijo natural, esto es, el que no procede de matrimonio válido, o ha nacido fuera de matrimonio, tiene la denominación de *filius nullius*. Este no tiene nexo alguno ni con la madre, y su propia sucesión no puede ser recogida mas que por sus hijos o descendientes legítimos si él los tiene. Un acto del Parlamento puede, sin embargo, quitar al hijo esta incapacidad.

El matrimonio posterior de los padres, no legitima al hijo natural.

El reconocimiento voluntario o forzado, sea por el padre o la madre, no eleva al hijo natural al rango y posición de los demás que ellos tengan con el carácter de nacidos dentro del matrimonio. Ese reconocimiento no le da, en consecuencia, mas que una acción en alimentos contra sus padres, y cuyo resultado es demasiado exiguo.

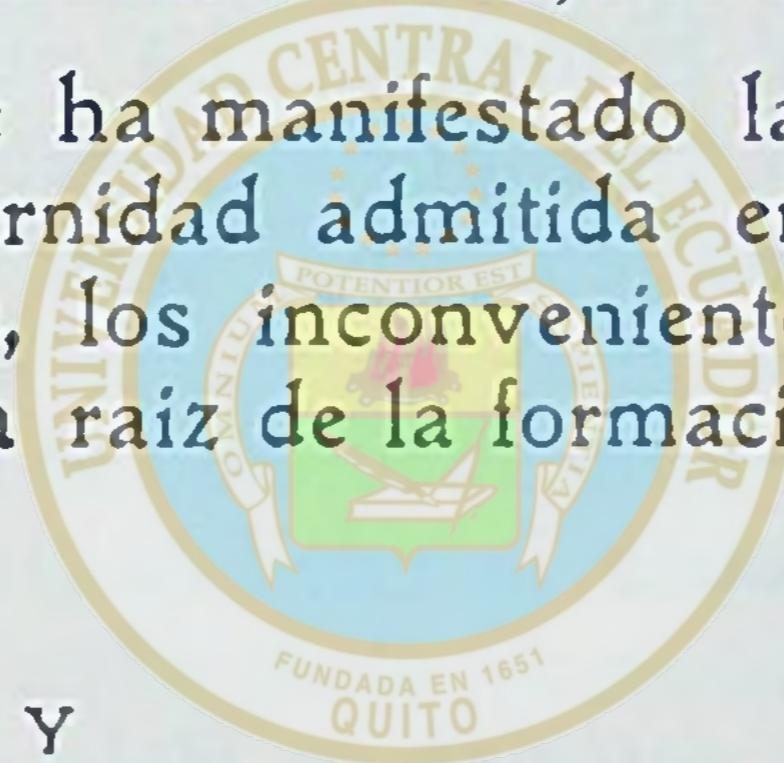
Este rigor de la ley inglesa ha sido morigerado por la extremada libertad que prima en su sistema con respecto a las disposiciones testamentarias.

La madre, entre las obligaciones impuestas, debe proveer a la subsistencia de su hijo mientras ella sea soltera, y hasta

que el hijo sea capaz de ganarse la vida. Si la madre, soltera o viuda, carece de los recursos necesarios para proveer a la crianza y educación del hijo, puede dirigirse a los jueces de paz, a fin de que éstos declaren padre del hijo al hombre que ella afirme ser el autor del embarazo. Esta acción puede intentarse durante el embarazo mismo o en los doce meses posteriores al parto, a menos que durante este plazo el padre haya contribuido al sostenimiento del hijo. Es menester, para ello, que el testimonio de la mujer se apoye en otros, o en un principio de prueba por escrito. El presunto padre puede, desde luego, excepcionar la demanda, haciendo uso de todas las pruebas admitidas en lo civil y, particularmente, justificando que, durante el periodo legal de la concepción, la mujer ha tenido relaciones íntimas con otros hombres. Si la paternidad se establece, el Juez puede condenar al demandado a contribuir al sostenimiento del hijo hasta determinada edad.

En este sentido se ha manifestado la ley inglesa; y la investigación de la paternidad admitida en ella no ha tenido, según algunos autores, los inconvenientes y peligros que se anotaron en Francia a raiz de la formación del Código Civil.

CÓDIGOS DE AUSTRIA Y  
DE HUNGRÍA



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

El Código de Austria data del 1º. de junio de 1811. Sus principales aspectos en la legislación de los hijos son los siguientes:

En relación con la paternidad natural, se admite el reconocimiento voluntario y forzado o judicial. La inscripción del nombre del padre en el registro de nacimientos o bautismos, y hecha conforme a las indicaciones de la madre, no hace prueba plena sino cuando dicha inscripción ha tenido lugar con el consentimiento del padre y ha sido confirmada por el testimonio del sacerdote o ministro del culto respectivo o por el padrino con la mención expresa de que el padre es personalmente conocido de ellos.

Si se prueba por uno de los medios previstos en el Código de procedimiento que el padre ha cohabitado con la madre en el intervalo comprendido entre el sexto y el décimo mes

antes del nacimiento del hijo, o que ha reconocido este hecho aun extrajudicialmente, es presumido autor de la concepción.

La legislación austriaca se relaciona mucho con la alemana. El hijo natural no toma el nombre del padre sino el de la madre y tiene el domicilio legal de ésta. En la sucesión abintestado de la madre tiene los mismos derechos que el hijo legítimo, pero no hereda a sus parientes maternos; no tiene tampoco derecho alguno sobre la sucesión del padre.

El padre y la madre tienen que dar a su hijo natural un sostenimiento y educación, en relación con su fortuna, y sin ningún límite de edad; sin embargo, el padre natural no tiene la patria potestad.

Cualquiera que haya seducido a una mujer y procreado en ella un hijo, debe soportar los gastos del parto y cumplir con las obligaciones a que hemos hecho referencia.

Con poca diferencia, estos mismos principios son los que informan la legislación de Hungría. La prueba de la investigación de la paternidad se rige por el derecho común; el padre no puede escapar a una condena, sino en el caso en que presentare la prueba de la mala conducta de la madre. La paternidad declarada, da como resultado el de conferir al hijo una pensión alimentaria hasta la edad de 14 años.

#### SISTEMA BELGA

En abril de 1908, se autorizó en Bélgica la investigación de la paternidad. Antes, primaba en su sistema sobre los hijos el mismo principio restrictivo del artículo 340 del código francés. Se debe esta reforma al famoso proyecto de revisión del código civil, presentado por Laurent, en virtud del encargo que le hiciera el gobierno belga.

He aquí los principales aspectos:

Con respecto a la investigación de la paternidad, se la admitió en los siguientes casos: 1º. Posesión de estado de hijo natural en las condiciones señaladas por el artículo 321; 2º. Rapto, violación, detención, secuestro arbitraria o violenta, durante el período legal de la concepción, sin exigir que, por estos hechos, medie la condena legal respectiva, prevista por el derecho Penal.

La prueba de las relaciones del supuesto padre con la madre, en la época de la concepción, puede apoyarse en actos o escritos emanados del demandado, en el carácter habitual y notorio de esas relaciones, en el atentado al pudor consumado en la persona de una mujer menor de 16 años, en la

seducción a la madre por promesa de matrimonio, maniobras fraudulentas o abuso de autoridad.

Se rechaza la demanda, si media prueba de las relaciones de la madre con otro individuo durante el periodo de la concepción, o de su mala conducta notoria, bajo reserva de los medios de defensa que tenga la madre, lo que no sucede en el derecho francés, en el cual, una prueba semejante contra la mujer, entraña la imposibilidad absoluta de intentar la acción. En lo que toca a su ejercicio, si el hijo ha establecido la posesión de estado, el rapto o la violación, el juicio declarativo equivale a un reconocimiento voluntario; en tal virtud, queda establecida su filiación, y tiene, por ende, derechos sucesorios. Si el hijo establece las relaciones de la madre con el supuesto padre, tiene derecho a una pensión anual, para el sostentimiento y educación, hasta los 18 años. Esta acción en alimentos es personal y debe intentarse en los tres años siguientes al nacimiento o a la cesación de los auxilios suministrados por el demandado, sin necesidad de autorización del consejo de familia. La acción no pasa a los herederos, pero éstos pueden continuar la que estuviere comenzada.

En lo tocante a la madre, en todos los casos en que se admite la investigación de la paternidad —salvo en el de posesión de estado— tiene el derecho de reclamar del pretendido padre, los gastos del parto, así como los de su sostentimiento, durante las cuatro semanas siguientes al alumbramiento, sin perjuicio de los daños cuya indemnización le corresponda, ejerciendo la acción respectiva que puede intentarse en los tres años siguientes al parto.

El Código Belga mejoró notablemente la investigación de la maternidad, con respecto al C. F. Esta investigación fué admitida en los casos de posesión de estado, y cuando el parto de la pretendida madre y la identidad del reclamante con el hijo que ella ha dado a luz, se sustentan en un principio de prueba por escrito o por las declaraciones hechas en la partida de nacimiento.

En lo que concierne a los hijos adulterinos e incestuosos, no puede tener lugar la investigación de la paternidad o maternidad ni la reclamación de alimentos; pero la ley no extiende esta prohibición a los hijos de parientes entre los cuales el matrimonio podía ser autorizado por dispensa.

## CÓDIGO ESPAÑOL

El Código español vigente fué promulgado el 24 de julio de 1889. Se distinguen en su sistema tres clases de hijos: naturales, simplemente naturales, esto es, procedentes de padres no casados, pero que hubieran podido legalmente unirse en matrimonio; espúreos, en los que se comprenden los adulterinos, incestuosos y sacrílegos; y los manceres, o nacidos de una mujer de mala vida, y de los que no es posible saber con certidumbre quien sea el padre natural.

Los de la primera categoría pueden ser reconocidos voluntaria o judicialmente; el reconocimiento voluntario puede hacerse en el acta de nacimiento o en otro instrumento público. Cuando es unilateral, o sea, otorgado por uno solo de los padres, no puede hacerse referencia directa ni indirectamente al nombre del otro parente, bajo pena de multa. El hijo mayor no puede ser reconocido sin su consentimiento; si es menor y si el reconocimiento no se ha hecho en el acta de nacimiento o en testamento, es menester que preceda aprobación del juez o del ministerio público.

Se admite la investigación de la paternidad en los casos siguientes:

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

1º. Cuando existe un escrito indudable, en el cual el parente confiese expresamente su paternidad;

2º. Cuando el hijo ha tenido la posesión constante del estado de hijo natural del pretendido parente, justificada por actos directos del mismo o de su familia;

3º. En caso de violación o rapto, y aplicando las disposiciones del Código Penal, el individuo culpable de estos hechos, es condenado, a título de indemnización, a reconocer al hijo, si su origen no se opone al reconocimiento, esto es, si el hijo no procede de dañado ayuntamiento; pero, en todos los casos debe el parente atender al sostenimiento y educación.

La investigación de la maternidad se autoriza en las mismas circunstancias y, particularmente, cuando se prueba perentoriamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

El hijo natural reconocido, lleva el nombre del reconociente, tiene derecho a los alimentos y al carácter de heredero. A falta de descendientes legítimos y de ascendientes, sucede

en la totalidad de los bienes; en concurso con ellos, recibe solamente una parte tomada de la cuota disponible. Los demás ilegítimos tienen el derecho de exigir a su padre y madre solamente los alimentos necesarios para la subsistencia, instrucción elemental y aprendizaje de una profesión. Este derecho no lo tienen tales ilegítimos, sino cuando la paternidad o maternidad se han establecido por juicio civil o criminal, o si la paternidad resulta de un documento indudable que contenga un reconocimiento expreso de la filiación, o, en lo tocante a la madre, si se ha probado plenamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

## CÓDIGO ITALIANO

Antes de la unificación, primaban varias legislaciones al respecto. Los Códigos de Parma y Plascencia, Modena y las dos Sicilias, prohibían la investigación de la paternidad; otros, como el Lombardo Veneciano, por influencia de Austria, el de Toscana, de los Estados Sardos, y algunos más, la admitían.

La unificación política de Italia, exigió la unificación de la legislación.

El proyecto que del Código Civil presentó el Ministro Pisanelli al Senado, contenía en la disposición del artículo 183 (189 del Código), un precepto semejante al del artículo 340 del Código de Napoleón, con la única diferencia de que, mientras éste admitía la investigación de la paternidad para el caso de rapto, el proyecto del Código Italiano la extendía también al de estupro violento.

Al prepararse dicho Código, no faltaron hombres de verdadero mérito científico que sostuvieron la necesidad de atenuar el rigorismo de la ley francesa, en lo referente a la investigación de la paternidad; y así, Precerutti y Niutta, se manifestaron en el sentido de añadir una excepción por la cual se permitiese investigar la paternidad en el caso de existir un escrito procedente del supuesto padre y en el que se exprese ser tal verdaderamente y del que resultare, además, un conjunto de cuidados prestados al hijo a título de dicha paternidad. Esta propuesta fué aceptada por la Comisión Coordenadora en 1865; mas, por decisión posterior en la que

se dijo que era necesario consultar previamente el estado de la opinión pública, no se llevó a cabo la reforma a pesar de haberse aceptado el proyecto. El artículo 189 no tuvo, entonces, ninguna atenuación.

Resumiendo los principales aspectos de esta legislación, tenemos:

Desde el punto de vista del reconocimiento voluntario, y según el artículo 183, el hijo natural reconocido por uno de los esposos, y adquirido antes de su matrimonio, no puede ser introducido en el hogar común sin el consentimiento del otro esposo, a menos que éste se hubiese adherido al reconocimiento.

Hay lugar a la declaración de paternidad o maternidad, cuando la filiación natural resulta directamente de una sentencia civil o penal; cuando el matrimonio de los padres ha sido declarado nulo; y cuando hay una confesión expresa contenida en un escrito emanado del padre o de la madre.

El hijo natural reconocido lleva el nombre del reconociente y tiene contra éste el derecho de intentar una acción en alimentos, a más de su derecho sucesorio en la herencia del padre y de la madre.

He aquí cómo se regula la sucesión: en concurso con descendientes legítimos, tiene la mitad de lo que le habría tocado de ser legítimo; concurriendo con los ascendientes o el cónyuge, sucede en los dos tercios de la herencia. Si no hay más que colaterales, el hijo sucede en toda la herencia.

El reconocimiento voluntario o judicial está prohibido respecto de los hijos adulterinos e incestuosos.

## CÓDIGO SUIZO

He aquí el código que contiene actualmente muy avanzados principios en materia de filiación natural o ilegítima.

El código federal promulgado en diciembre de 1907, y vigente desde el primero de enero de 1912, sustituyó a las 25 legislaciones cantonales distintas unas de otras y que regían hasta entonces en la República Helvética. Analizaremos brevemente el sistema:

Con respecto a la madre, la filiación del hijo ilegítimo resulta del solo hecho del nacimiento; con respecto al padre, di-

cha filiación debe ser establecida por un reconocimiento o por un juicio. El hijo puede ser reconocido por su padre, y en caso de fallecimiento o de incapacidad permanente de éste, puede serlo por su abuelo paterno. Este poder conferido al abuelo paterno, precisa muy bien el carácter que el legislador suizo quiso dar al reconocimiento; pues éste no se constituye por una simple manifestación de paternidad, ya que esa manifestación no puede menos que hacerse por el autor del hecho. Se trata de la incorporación del hijo en la familia, y entonces se comprende por qué el abuelo paterno, como jefe de ella, tiene el pleno derecho de manifestarse en el sentido del reconocimiento. Esta es una concepción estrictamente romana.

El reconocimiento tiene lugar por acto auténtico o en virtud de una disposición por causa de muerte. El hijo adulterino o incestuoso, no puede ser reconocido.

La acción investigatoria de la paternidad toca a la madre y al hijo. Se intenta contra el padre o sus herederos antes o después del nacimiento, pero a lo más tarde, un año después. La autoridad tutelar nombra un curador encargado de vigilar los intereses del hijo natural desde que se ha informado del nacimiento o desde que la madre ha dado aviso de su embarazo. Este curador está encargado, además, de continuar el proceso si ha intentado la acción a nombre del hijo, y de representarle en los trámites pertinentes.

Una vez terminado el juicio, o vencido el plazo para intentar la acción, el curador es reemplazado por un tutor, a menos que la autoridad juzgue útil y ventajoso colocar al hijo bajo la custodia de la madre o del padre.

La paternidad puede investigarse en todos los casos en que ella es susceptible de establecerse. La ley suiza, en este caso, no determina, como la francesa, situaciones concretas en las que deba apoyarse la acción investigatoria. Los medios de prueba en aquélla, no son más rigurosos que los usados en el procedimiento ordinario. Basta, en efecto, establecer el hecho de la relación sexual para que la filiación surta como una consecuencia inmediata. Hay un solo caso en que la paternidad se presume, y es cuando el demandado ha cohabitado con la madre del hijo durante el periodo de la concepción. Esta presunción cesa cuando de los hechos se desprenden ciertas dudas acerca de la paternidad del demandado. La madre,

además, no puede intentar la acción, si ella tenía mala conducta a la época de ser concebido el hijo.

De todos modos, la acción intentada por la madre, tiende únicamente a obtener del padre algunas prestaciones pecuniarias, las mismas que pueden ser reclamadas, lo mismo si el hijo ha sido reconocido por el padre, si ha nacido muerto o ha fallecido antes del juicio.

El resultado de la acción, si la demanda se ha aceptado, es la indemnización de los gastos del parto, del sostenimiento personal, en las cuatro semanas anteriores y en las cuatro posteriores al nacimiento, y de los otros gastos ocasionados por el embarazo y alumbramiento. También puede la madre obtener una suma de dinero a título de reparación moral, especialmente en tres casos: cuando el demandado le había prometido casarse, cuando la cohabitación se llevó a cabo por un acto criminal o por abuso de autoridad, y cuando la demandante era menor a la época de la cohabitación. Estos principios, vimos ya, representaron alto valor en la jurisprudencia francesa.

La acción del hijo tiende, sea a obligar al padre a las prestaciones pecuniarias, mediante sentencia, o a obtener la declaración de paternidad con las obligaciones y efectos del estado civil que ella entraña. Las prestaciones pecuniarias representan una contribución equitativa a los gastos de sostenimiento y educación del hijo, en consideración a la posición social del padre y de la madre.

En lo referente a la investigación de la paternidad, el juez no puede declararla sino en los siguientes casos: 1º. cuando el demandado había prometido matrimonio a la madre; 2º. cuando la cohabitación ha sido resultado de un acto criminal o de abuso de autoridad. En este último caso, no es necesario que preceda condena penal por el delito; solución ésta que ha sido aceptada por las leyes francesa y belga.

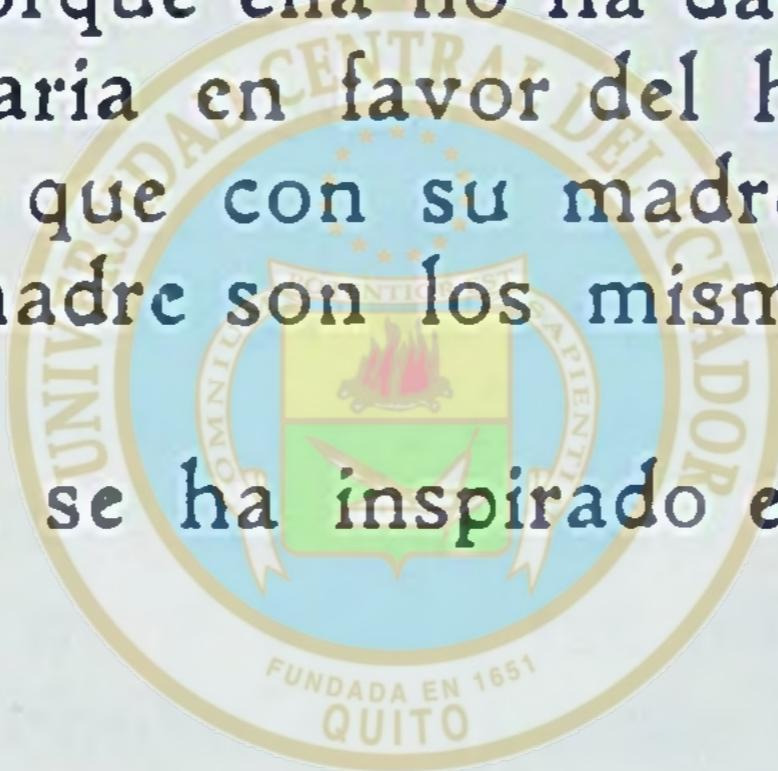
El hijo natural que ha sido reconocido por el padre, voluntariamente o a consecuencia de un juicio declarativo, tiene en la herencia paterna los mismos derechos que un hijo legítimo, excepto en el caso en que él concurra con hijos o descendientes legítimos del padre. En este caso su derecho se reduce a la mitad de la parte que pertenece a un hijo legítimo o a sus descendientes.

¿Cabe investigación de la paternidad intentada por un hijo adulterino? La distinción que al respecto hace el código

suizo, es la siguiente: si la madre estaba casada a la época de la concepción, la acción puede intentarse pero después de que la filiación ilegítima del hijo ha sido declarada por el juez; en otra forma no sería posible la acción, ya que ese hijo se presume legítimo, del marido de la madre. En esta hipótesis, el plazo de la acción se cuenta desde el día en que el hijo ha sido declarado ilegítimo. Una proposición semejante presentó M. Martín, para ampliar la ley francesa; pero el Senado creyó que semejante proposición era atentatoria al principio de que el hijo adulterino no puede ser objeto de un reconocimiento de paternidad natural, voluntario ni judicial.

Si el pretendido padre era casado al tiempo de la concepción, el tribunal no puede declarar la paternidad. Cuando no ha habido lugar a esta declaración, sea porque la acción no se ha intentado, o porque ella no ha dado como resultado sino la prestación pecuniaria en favor del hijo, éste no tiene relaciones jurídicas mas que con su madre, cuyo nombre lleva. Los deberes de la madre son los mismos que si se tratara de un hijo legítimo.

Esta legislación se ha inspirado en los principios del código alemán.



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

## NORTEAMERICA

Existen cuarenta y seis legislaciones diferentes que rigen en cada uno de los estados que componen la república norteamericana. Sería empeño difícil hacer un cuadro de todas ellas con los principios aceptados en materia de filiación y paternidad ilegítimas. Solamente nos es dado sentar las conclusiones generales de algunas de dichas legislaciones.

La investigación de la paternidad no está excluida en el derecho civil norteamericano, pero los modos de intentar la acción son completamente diversos; así, por ejemplo, en el estado de Illinois, el demandado contra quien han resultado cargos suficientes en lo tocante a la paternidad natural, es condenado a prestar una caución que asegure suficientemente su comparecencia a la próxima sesión del Condado respectivo, con el objeto de resolver la cuestión de si es o no el padre del hijo. El demandado puede defenderse por todos los medios de prueba legales, a fin de rechazar los cargos que contra

él se formulen. Si el acusado no presta la caución que haya determinado el juez, éste puede inmediatamente hacerlo apresar.

Otras legislaciones como la de Luisiana, se atienen a la diferencia de razas para permitir o negar la investigación de la paternidad. El hijo de raza blanca no puede dirigir su acción contra un hombre de color; ni un hijo de otra raza, contra un hombre blanco.

También, muchas veces, la investigación de la paternidad queda solucionada por una mera declaración de la madre, concordante con la de otra persona, o por una confesión del padre no contradicha por la madre. Cuando así no se establece la paternidad, pueden usarse todos los medios de derecho para llegar a su determinación. Si el padre o la madre del hijo natural son negligentes en suministrarle el costo de sus necesidades, pueden ser condenados a una multa o a prisión hasta el pago de lo que se haya determinado (Estado de Nevada.—Ley de marzo de 1883).

En el estado de New York, puede investigarse la paternidad y maternidad. Una ley de abril de 1904 ha hecho muy eficaz la obligación del padre y la madre de subvenir al sostenimiento del hijo natural. Cuando el tribunal determina la filiación paternal, fija también el monto de la pensión anual que el padre debe pagar, en concepto de asistencia al hijo. Si la madre es indigente, el padre puede ser condenado a suministrarle un subsidio pecuniario durante la enfermedad y hasta el tiempo del restablecimiento.

El padre y la madre que rehusan cumplir las obligaciones que les compete con respecto al hijo, pueden ser arrestados y presos, en conformidad a lo que dispone el código de procedimiento penal.

## SISTEMAS LATINO - AMERICANOS

Después de la emancipación política de las colonias latino-americanas, hubo de pensarse en la sistematización de las leyes, procurando a la vez, en lo posible, rectificar algunos conceptos tradicionales que habían prevalecido como efecto de la dominación de España, rectificación, desde luego, exigida por la nueva vida de las recientes nacionalidades y por la

necesidad de poner las leyes en relación con el alcance de la filosofía jurídica.

Chile, entre otras repúblicas, tomó la iniciativa de esta labor de formación de un código civil que hubo de informarse en el admirable Proyecto de Bello, quien, en concepto del señor doctor Luis Felipe Borja, fué el legislador de las repúblicas de Sud América; sin que por esto, y como muy bien lo expresa el comentador citado, pueda sostenerse que dicho proyecto y los códigos en él inspirados hayan sido obras verdaderamente libres de los prejuicios de entonces, estando, por lo mismo, adoleciendo de graves errores que deberían cuanto antes ser corregidos, en virtud de las exigencias de la evolución y del progreso de los sentimientos en todo orden de cosas. Esa exigencia se ha traducido ya, en disposiciones legales fundamentales como la de nuestra última Constitución Política que demanda una revisión del sistema de los hijos ilegítimos.

La ley de la evolución, ley universal y necesaria en la que los procesos vitales —institucionales, sociales, etc.— se encuadran como en una relación de causa a efecto, nos explica precisamente que el derecho y su expresión escrita, la ley, tienen su génesis y desenvolvimiento que corresponden igualmente a la variación en el ritmo civilista de la humanidad. El derecho, pues, corresponde plenamente al estado cultural de un pueblo y va progresando a medida que determinados factores de acción social cambian sensiblemente el tipo de una cultura determinada. En virtud de esta ley, y con el mayor respeto para los artífices de obras que pertenecen exclusivamente al pasado, sostenemos la necesidad del autoctonismo en las instituciones, en la medida de la posibilidad; ya que dichas instituciones encarnan las necesidades de un pueblo en un momento de su historia, necesidades que, por otro lado, no son únicas ni fijas, porque informan, como hemos dicho ya, la trama de la evolución y demuestran el efecto del progreso. Las instituciones pueden, eso sí, pecar por deficiencia o por exceso, tomando siempre como índice el estado cultural de un pueblo. Este criterio nos serviría para sostener la necesidad de una reforma integral de nuestras leyes en gran parte tradicionalistas y rutinarias, sin la expresión real de las nuevas formas de vida. Esto, por otro lado, no supone irrespeto a los gestores de las magnas obras, entre los que se encuentra don Andrés Bello, cuyo mérito lo reco-

nocemos. Toda obra es de su tiempo y se justifica porque aquél no pudo ser de otro modo.

Aparte del aspecto anotado, y refiriéndonos al derecho civil, preocupa en alto grado que dicha rama haya sido la menos sensible a la evolución, o que lo sea solamente en largos períodos de tiempo. Gabriel Tarde en su obra «Las Transformaciones del Derecho», explica esta circunstancia manifestando que, en efecto, dicha rama no es campo propicio preferido por los investigadores, a la inversa de lo que sucede en otros órdenes del conocimiento, porque queda de ordinario reservada a una escasa minoría de juristas que, entretenidos en la controversia de la ley y en su aplicación práctica, nada hacen para elevar dicho derecho hasta el nivel que exige el proceso incesante de la vida.

El código Chileno influenció, pues, gran parte de las legislaciones de América, especialmente las del Ecuador y Colombia. Sus fuentes fueron, entre otras, el derecho romano, el francés y las leyes españolas. El rigorismo legal del código francés con respecto a los hijos ilegítimos, se transparenta en el proyecto de Bello, en el código de Chile y, por ende, en el nuestro.

La división de los hijos es más ordenada en el proyecto de Bello que en el código francés, pero los derechos de los ilegítimos son más restringidos en aquél. Así, por ejemplo, el derecho del ilegítimo (que según el doctor Borja compete también a los hijos de dañado ayuntamiento) para citar a su padre ante el juez a declarar bajo juramento si cree ser tal padre, no conduce al reconocimiento, sino únicamente a los alimentos necesarios, a pesar de que el juramento no puede menos que expresar la prueba palmaria de la paternidad natural. En igual forma, los hijos reconocidos como naturales quedan excluidos, con respecto a la sucesión, por los legítimos; cosa arbitraria y del todo injusta. A los hijos de dañado ayuntamiento, don Andrés Bello no los cita sino para definir su situación. En muchos aspectos, pues, el proyecto de Bello quedó muy por abajo del código de Napoleón.

El código de la República Argentina fué sancionado en setiembre de 1869. Con respecto a los hijos, mejoró en parte el sistema empleado por el código de Chile.

La ley argentina precisó como hijos naturales a todos los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción podían casarse aunque fuera con dispensa. Es-

tos hijos podían ser voluntaria o judicialmente reconocidos por sus padres, habiéndose, por consiguiente, admitido la investigación de la paternidad con amplitud de pruebas. La paternidad adulterina, incestuosa y sacrilega quedaba fuera de la investigación.

En materia sucesoria, los hijos naturales habían de concurrir con los legítimos aspirando a la cuarta parte de la porción que les hubiera tocado en el caso de ser legítimos. Concurriendo con ascendientes, tenían derecho a la mitad de los bienes.

Hasta el año de 1900, el Brasil no codificaba su legislación civil; pero en cambio, como lo hacen notar varios autores, este derecho fué objeto de profundas investigaciones como las de Texeira Treitas, Bevilaqua, etc.

En el proyecto de Bevilaqua, los aspectos fundamentales en materia de filiación ilegítima, fueron los siguientes: investigación de la paternidad en los casos de posesión continua del estado de hijo natural; de concubinato del pretendido padre con la madre; de estupro o rapto correspondientes al tiempo de la concepción; y en el de existir un escrito del pretendido padre del que se deduzca una confesión de paternidad.

El código de Méjico expedido en 1871, prohibía las investigaciones de paternidad, excepto en los siguientes casos: cuando el hijo natural presentare prueba de que el padre se ha comprometido a suministrárle alimentos (influencia de la jurisprudencia francesa). Dentro de este caso, es menester notar que un compromiso privado puede referirse aún a los hijos de dañado ayuntamiento; pero aún siendo así, la calidad misma de tales hijos, no les permitía intentar la acción investigatoria. Los alimentos, entonces, podían obtenerse por otra vía que la del juicio declarativo de paternidad. Los otros casos en que debía intentarse la acción, eran los de violación o rapto y posesión de estado de hijo natural.

Cuando al régimen federal colombiano sucedió el unitario, se adoptó un código general, y por la ley 153 de 1887, se incorporaron en el derecho colombiano las mismas disposiciones del código de Chile. De aquí que, en lo tocante a los hijos ilegítimos, rigiesen las mismas disposiciones de aquel código.

## CAPITULO II

### EL SISTEMA DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y EL ALCANCE JURÍDICO Y SOCIOLOGICO DE LA ÚLTIMA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

#### PARRAFO 1º.

##### Consideraciones Generales

Dentro del estudio histórico que precede, hemos podido apreciar la evolución de que han sido objeto las legislaciones en la materia que nos ocupa. El mérito de los principios que animaron esas legislaciones y el desonvolvimiento de la filosofía jurídica que va ahondando cada vez más en el fundamento de los derechos para encarnar en las leyes eso que Montesquieu llamó «La relación necesaria que se deriva de la naturaleza de las cosas», no han accionado en nuestros sistemas legales como dormidos bajo la pesadez de un sueño milenario.

¿Cuál la causa de esta como parálisis de la vida aprisionada en las fuertes redes de los viejos códigos? ¿Es que es posible una evolución de la vida fuera de las instituciones que representan algo así como el símbolo vivo de una entidad social en un periodo determinado de su historia?

La señal indudable del progreso de un pueblo se retrata fielmente en sus instituciones, en sus costumbres, en su valor animico, pero juzgados estos factores — especialmente las instituciones — desde un punto de vista propio, esto es, auténtico; pues, de lo contrario, muchas veces a pueblos de escasa cultura corresponden o pueden corresponder, por las contingencias sociológicas, instituciones demasiado elevadas, lo que se efectúa quizá en virtud de la asimilación reciproca de las culturas, fundada de preferencia en la ley de la imitación de Tarde. En esto, indudablemente, se apoyó Le Bon para

sostener que no es la inteligencia ni las instituciones de un pueblo las que han de servir de índice cierto para juzgar del adelanto y progreso del mismo; y pone como ejemplo los pueblos latino-americanos destacados por su intelectualidad y por lo elevado de sus instituciones. Pero esta elevación no es auténtica, en sentir del mismo autor, porque ellas no corresponden a las necesidades reales, o más bien dicho, aquellos pueblos no han creado sus instituciones a compás de sus verdaderas necesidades, sino que solamente las han imitado, tomando como modelo las de Norte América. No discutimos el valor de esta aseveración; sólo hacemos notar que, en realidad, la mayor parte de las constituciones latino-americanas, por ejemplo, han estado destinadas a ser los códigos teóricos de la vida política. Nuestras numerosas constituciones, igualmente, no han marcado un período evolutivo social ni político: han sido la consecuencia inmediata de la cesación de una guerra civil y nada más. Quiera el destino que nuestra última Constitución que se ha manifestado altamente equitativa en lo que se refiere al derecho de los hijos ilegítimos, no tenga la misma teoricidad de las anteriores y su ineficacia.

Esta consideración no puede menos que obligarnos a pensar en la formación de una cultura propia, modelada en la vida real, esto es, en las exigencias que emanen de la condicionalidad sociológica de la vida humana, diversa siempre para cada pueblo y para cada período histórico.

Y es de notarse, además, que si por algunos aspectos observamos ineficacia por exceso, por otros, y especialmente en lo tocante a órdenes de interés fundamental, como el de las relaciones civiles y otras más, encontramos una deficiencia notable.

Las tendencias modernas orientadas especialmente a revisarlo todo, a rectificar los errores mantenidos por circunstancias peculiares, no comulgan ya, ni puede ser de otro modo, con las ideas antiguas, expresión de una civilización anterior. ¿No estamos viendo en el presente un afán agigantado de amoldar la vida a otras normas más equitativas, de encender una luz más pura para alumbrar el caos en que se debaten ahora el hombre, la sociedad, el Estado y las demás formas de agregación humana? En lo político, los pueblos, cansados ya de la mentira de su soberanía, sabiendo que no tuvieron un solo día el poder en sus manos, leen las grandes declaraciones de derechos con la sonrisa de la incredulidad. No ven en la teoricidad de las

leyes una fuerza efectiva de redención; y por ello el constitucionalismo, una de las más grandes mentiras políticas, decae considerablemente de día en día, porque no vibra ya, como en otros tiempos, la eficacia ciudadana que respetando la ley, hacia de ella una fuerza efectiva de progreso. Se ha introducido en la política el sentido de deshumanización de la vida, superficial y tecnicista que rechaza, quizá por inútil, el trámite legalista, dejando en pie las dictaduras. Keiserling, explica perfectamente la nueva época.

Pero la deshumanización no es un diáfano espiritualismo que conduzca a la arquitectónica de un fundamento animico; al contrario, pone en crisis las disciplinas hondas del pensamiento, considera lo más sencillo y fácil, lo de menos esfuerzo, lo de mayor rendimiento. Todo, pues, se descompone por la exigencia novedosa y elemental, precaria y simplista de la vida de hoy. Quizá porque dure poco, tienta a las almas el menor esfuerzo, la más débil disciplina. Pero la principal orientación de esta filosofía es la de destrozar el espíritu y poner en pie la materia con toda la exigencia de sus leyes fatales.

La tendencia igualitaria eleva un grito ensordecedor en favor de los desheredados de la vida; y desheredados son también aquéllos que sintieron desde su origen no solamente el peso del hambre, sino la hostilidad de las instituciones, fundadas en viejos conceptos que no resisten ya al empuje de la filosofía ni al progreso de los sentimientos.

Ante semejante exigencia, cabe, preguntamos, consagrar algún valor a las leyes injustas y a las instituciones vacías? Las ideas dominantes amoldan (éste es su carácter propio) toda expresión de la vida: arte, ciencia, derecho, política, religión etc. La Rusia Imperial, no es la del año 17, ni la cultura occidental actual es, por ejemplo, la que prevaleció en la guerra de treinta años. Hay una variación coordinada entre el cambio de las ideas dominantes y las formas de vida que en dichas ideas se apoyaron.

Por este mismo principio, la circunstancialidad sociológica de América en tiempo de don Andrés Bello, no es la misma en la América de hoy. El código ecuatoriano, reflejo del chileno, plasma una era social determinada en la que predominaron las ideas forjadas por el largo tiempo de la dominación española, y que hoy no tienen ya razón de ser.

Con la constitución de 1928-29, quizá veamos que el sistema de los hijos ilegítimos corresponda al progreso de las ideas dentro de la legislación civil. A pesar del extremado respeto que en todo tiempo ha merecido el código civil chileno, y el nuestro, de parte de juristas, intelectuales, legisladores, periodistas, etc., nuestra última Asamblea Nacional ha realizado la reforma exigida há mucho tiempo por la filosofía, la moral y el derecho, autorizando la investigación de la paternidad y reconociendo el derecho sucesorio de los hijos ilegítimos. Colocados estos derechos en las garantías fundamentales, se ha llenado el ideal de la justicia y se ha honrado altamente la tradición libertaria del pueblo ecuatoriano. Sólo falta la incorporación del derecho en la ley positiva.

He aquí el texto literal de la 19<sup>a</sup>. garantía fundamental, contenida en el artículo 150:

«La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente los siguientes derechos: ..... 19º.—La protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar.

La ley reglará la protección de la maternidad y de la infancia. En el Presupuesto de cada año se hará constar una partida especial para la protección del niño, en la forma más eficaz.

Los hijos ilegítimos tienen también derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en la proporción que determine la Ley.

Establécese el derecho de investigación de la paternidad en la forma y en los casos que la ley determine.

El Estado, a falta de los padres, cuidará de crear para los hijos ilegítimos condiciones suficientes para el mejor desarrollo físico, intelectual y social».....

La constitución política de un pueblo, es el derecho positivo supremo del mismo; y por tanto, no tienen valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, etc., que alteren sus prescripciones.

Esta consideración especial, obliga a poner en armonía el código civil con la Constitución de la República, a fin de hacer efectivos los derechos que ella ha reconocido. Así lo ordena la séptima disposición transitoria, que encomienda a la próxima legislatura, el deber de adaptar necesariamente las disposiciones de los artículos 131 y 151, numeral 19, a la legislación.

El texto constitucional, nos ha proporcionado material suficiente para juzgar la legislación actual a la luz de la filosofía, y para pensar la forma bajo la cual se adecuarían a su sistema los principios que dicho texto entraña.

He aquí la razón de este segundo capítulo de la Tesis.

## PARRAFO 2º.

### El fundamento del derecho

El fundamento de todo derecho, y especialmente del que tienen los hijos ilegítimos, no puede encontrarse sino mediante un análisis de los hechos.

En efecto, todo hecho del hombre es un hecho jurídico, porque expresa relación de conciencia, voluntad y libertad; y esto, aunque tal hecho no suponga en su génesis percepción del fin obtenido.

Si en los derechos reconocidos por las leyes y que constituyen el patrimonio jurídico del hombre posteriormente a la existencia de éste, y por obra reguladora del Estado, encontramos su fundamento inmediato en una ley y en un hecho previsto por ella; con mayor razonabilidad encontraremos el fundamento para aquellos derechos originados antes del Estado, esto es, antes de la ley, en su concepto de norma dictada para hacer posible la coexistencia social o el equilibrio de las soberanías individuales que diría Kant, bajo un principio de libertad universal. Para estos derechos, en efecto, no habría más fundamento que el hecho y hasta si se quiere, la ley natural. El derecho a la vida, por consiguiente, aun cuando ninguna ley humana lo amparase, tendría su fundamento en el hecho pre-político de la existencia individual, y estaría reconocido por los inmutables principios del derecho natural.

Si nos atenemos a los principios científicos estrictos, tenemos que sostener que toda causa es, en sí misma, la razón generadora de un hecho; este hecho, a su vez, puede dar lugar a la circunstancialidad de una relación determinada; y de todas las relaciones, las únicas en las que aparece la noción de solidaridad consciente, son las humanas. El hecho resultado de una causa humana, es un hecho rigurosamente jurídico y sirve de fundamento a los derechos. Hechos de

otra categoría como los del orden de la fatalidad, por ejemplo, no pueden fundar derechos; pues, la génesis jurídica no puede relacionarse sino a aquellos hechos condicionados a la conciencia y a la libertad.

Si nos referimos a la categoría de hechos relacionados con la vida humana, inmediatamente encontramos que la causa de la existencia es la necesidad sexual, estimulada por el placer e impuesta por la naturaleza como factor activo de la vida. Esta necesidad origina la simpatía, y ésta es nada menos que el principio de la conciencia de la especie de que nos habla Giddings. Nos encontramos, entonces, en el orden de la libertad, antes que en el de la fatalidad; asistimos al nacimiento del derecho a la vida, fundado en el hecho jurídico de la existencia.

Pero todo derecho supone necesariamente una obligación correlativa: la prestación de las condiciones necesarias para la efectividad del derecho, o sea, para el libre desenvolvimiento de la personalidad humana; y esta prestación no puede estar encomendada, según el alcance de la ley natural, sino al que ha impuesto la vida. Además, es preciso que el deber meramente natural, se haga legal, por la imposibilidad de encomendar exclusivamente a la conciencia del sujeto de la obligación, el cumplimiento de ella, dada la imperfección humana. Entrando el derecho en la ley, no puede menos que obtenerse la posibilidad de que el sujeto de la exigencia —sujeto de fines— disponga de una fuerza efectiva para alcanzar la realización de su derecho, si no la obtiene en el terreno del concurso voluntario.

Refiriéndonos al hijo ilegítimo, su derecho es innegable, sólo que las preocupaciones prosaicas de que se compone gran parte del acervo consuetudinario de un pueblo, han sido el más grande obstáculo que ha impedido colocar el derecho en la ley.

Descubierto el fundamento, no nos importa averiguar si el procreador fuera de matrimonio, es padre o es generador; esta distinción no interesa al derecho, como creyó, probablemente, Julien Mauveaux al acentuar esta diferencia en su estudio titulado «La recherche du Père en tant que geniteur» (año 1900.—París).

Este autor sostuvo la tesis de que el hijo ilegítimo no tiene padre sino generador. El individuo que procrea fuera de matrimonio, dice, no es padre porque este término dema-

siado comprensivo supone un conjunto de deberes y derechos reciprocos que no pueden originarse sino en el matrimonio como institución jurídica. Es, pues, añade, un error de bulto el creer que pueda haber una paternidad forzada, ya que la única verdadera paternidad no se origina sino en el matrimonio. Por consiguiente, se puede perfectamente concluir que la idea de paternidad es absolutamente independiente de la idea de generación física, porque padre no es el que ha engendrado, sino el que vigila y provee, en virtud de un nexo legal, la conservación y sostenimiento de la familia.

Esta teoría no interesa en nada al fundamento del derecho. Sea que el hijo ilegítimo tenga padre o solamente generador, la verdad es que debe buscarlos para alcanzar las prestaciones que demanda su derecho a la vida. Ahora, discutir el carácter de esas prestaciones manifestando que ellas solamente se justifican en razón del matrimonio, es, en nuestro concepto, violar los dictados de la justicia y dejar sin responsabilidad los hechos realizados muchas veces por el mero capricho de las veleidades humanas.

Por otro lado, esta teoría nos hace pensar en que solamente dentro de matrimonio debiera ser posible la procreación, ya que sólo el padre sería, entonces, el generador autorizado por la institución y la ley; cosa que es absolutamente errónea. Además, la fuerza de la ley natural está por encima de todas las instituciones, y no hemos de sostener, por consiguiente, que el derecho a la vida fundado en un hecho realizado dentro de la institución matrimonial, sea el único que deba ser protegido y reconocido.

Por el fundamento, alcance y efectos de este derecho, podemos afirmar que todo padre es generador, porque la generación de la especie es precisamente uno de los fines del matrimonio. Así mismo, todo generador es padre, porque la obligación impuesta por la ley natural debe cumplirse siempre, exista o no matrimonio.

La ley natural obliga desde el momento de la realización del hecho, y no pueden establecerse diferencias entre los hijos, fundándose en el criterio accidental del matrimonio. Tan pronto como se verifica el hecho, surge el derecho sin distinción de condiciones ni calidades; y aunque el hecho de que proviene el derecho fuera delictuoso en el momento de la realización, la sanción no interesa sino al sujeto activo del delito.

La constitución última ha interpretado plenamente el alcance trascendental del derecho de los hijos ilegítimos a la vida, a su conservación y desarrollo, abriendo campo a las investigaciones de la paternidad.

### PARRAFO 3º.

#### La protección del Matrimonio

La ley que ha establecido y garantizado el matrimonio, debe ampararlo en todo tiempo. A nadie se le oculta el objeto de este protecciónismo. El matrimonio monogámico, considerado como una conquista de la civilización, tiene un valor ético altísimo. Dentro de él se resuelven las oposiciones de sexo y edad, y se forma, en una palabra, la personalidad humana; esta institución significa, al menos en principio, la disciplina de las pasiones, porque se edifica sobre el afecto, única base moral.

Por estas consideraciones, la ley debe tender a elevar su categoría, ya que la familia es, sin duda, la efectiva cooperadora del Estado.

En la realidad asistimos, sin embargo, a una crisis notable de esta importante institución. Las estadísticas no sólo del Ecuador sino también de la Europa de la post guerra, nos demuestran una alarmante disminución de matrimonios. Ante este espectáculo, muchos gobiernos han dictado leyes estimuladoras de la función procreativa legítima; pero, se ha ignorado seguramente que el aumento de la población o su equilibrio no arrancan precisamente del matrimonio, sino de las relaciones ilegítimas. Cosa igual sucedió en la Roma de los emperadores; y para salvar la situación de los hijos, hubo que dar al concubinato casi el carácter de un matrimonio. Qué indicaba esta medida? Por un lado, el reconocimiento de un derecho; por otro, quizá el sentido jurídico del pueblo legislador del mundo, había concluido que el matrimonio no era la única forma de organizar la familia.

Deberíase, en nuestro concepto, estudiar las fuerzas internas, de preferencia psicológicas, que se oponen al matrimonio o que tienden a disolverlo.

¿Estará, en efecto, el matrimonio como sociedad espiritual y material, viciado en su fundamento intrínseco? Por qué, también, se preferirá la procreación ilegítima a la legítima, cuidando el hombre de evitar la responsabilidad de sus hechos? No estaría dentro del campo de nuestra Tesis, analizar estas difíciles cuestiones. Solamente notamos que la institución matrimonial, es talvez una de las más arduas y que debería, por lo mismo, estar regulada, como contrato *sui generis*, por otras normas que las que rigen tratándose de los contratos ordinarios. De preferencia, y en nuestro concepto, son factores psicológicos los que tendría que estudiar detenidamente el legislador para que no se vea en el matrimonio la tumba del amor, o la estructura de una coexistencia, imposible, debida a la pesada mano de la ley. El hombre tiende a rechazar las limitaciones de la libertad; y si entra en la institución matrimonial, es quizá porque esas limitaciones podrian compensarse con circunstancias favorables y útiles que el hombre analiza y prevé, y cuya duración nadie puede asegurar. Por ello, no sería imposible regular la institución por requisitos psicológicos, a más de los ordinarios que actúan en los otros contratos, para efecto de salvar la institución de las contingencias originadas por las diferencias morales y materiales de los contrayentes. De otro modo, no podría evitarse el que la sociedad conyugal sea, en la generalidad de las ocasiones, el campo de la discordia y de la lucha sorda de las almas bajo el parapeto de la ley.

La resolución de este problema queda encomendada a los legisladores y sociólogos que tienen la altísima misión de descender al corazón de la realidad y analizarla.

Cualquiera que sea el destino del matrimonio, la exigencia inmediata es la de favorecer los hijos ilegítimos, sin que este favorecimiento suponga, como se ha creído de ordinario, un atentado a la familia legítima, como no lo han supuesto en los países civilizados que desde antes han establecido en sus sistemas jurídicos la investigación de la paternidad y otros derechos en favor de los ilegítimos.

Sistemas de tal naturaleza son, lo creemos realmente, un fundamento para la disciplina de las costumbres; porque, en todos los casos en que los hechos humanos se encuentran perfectamente responsabilizados, el hombre tiene de abstenerse de los excesos de su libertad.

En este mismo sentido opina Cimbalí en su obra «La Nueva Fase del Derecho Civil», después de preocuparse de-

tenidamente acerca de la forma de reglar el ejercicio de la acción investigatoria de la paternidad que, en realidad, es el único aspecto principal de la cuestión. Dice así: (pág. 111) «Inspirada en tales conceptos (se refiere a las sugerencias que hace como posibles de tenerse en cuenta dentro de una reglamentación de la acción investigatoria) y rodeada de tales precauciones, la investigación de la paternidad representaría, sin duda, al mismo tiempo, la más alta consagración de un derecho, el supremo de la vida, para el que lo reclama, y la sanción de una obligación no menos suprema, la de que ninguno eluda la responsabilidad de los propios actos a los que inhumana e injustamente la niega.....»

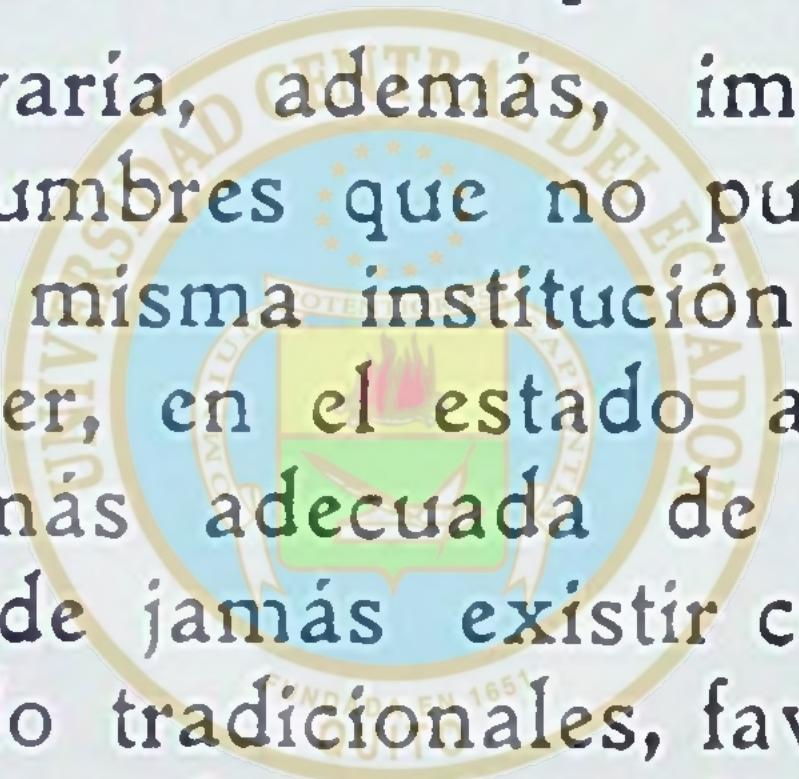
Una reforma en que se concrete el derecho, ampliamente reconocido y garantizado, de los hijos ilegítimos para buscar a sus padres y obtener de ellos las necesarias condiciones de la vida, tiene un alcance jurídico notable del que se desprende, indudablemente, una cuestión sociológica de alta importancia que debe ocupar preferentemente la atención de los legisladores. En el estado actual de las ideas, débese considerar como de orden público el derecho de investigar la paternidad, rodeado de todas las características que conciernen a los derechos de esta clase, relacionados, por su naturaleza, con el interés colectivo. La sociedad, efectivamente, está interesada en que nadie carezca de su estado civil, ni se vea abandonado a las contingencias de la vida, porque entonces a ella misma le es difícil propender al desenvolvimiento integral del hombre y a su propio desarrollo. Gran parte de un programa preventivo social, estaria resuelto con el reconocimiento y reglamentación de los derechos de los hijos ilegítimos; pues, no se ignora que la despoblación extiende sus raíces de un modo alarmante y que la mortalidad de los hijos ilegítimos, es casi dos veces más elevada que la de los legítimos; ni se ignora tampoco que aquéllos significan una carga social, mientras la ley no les cree un medio favorable para su culturización y desenvolvimiento, y en general, para la formación de todos los factores que hacen de un hombre elemento efectivo de la vida social y política.

Por otro lado, es preciso detenerse a considerar cuáles son las consecuencias dolorosas y muchas veces criminales que se ocasionan de la irresponsabilidad y del abandono en que la ley deja a los hijos no procedentes de matrimonio, y a las madres víctimas del engaño y de la miseria moral y económica.

El hombre y la mujer para eludir la natural responsabilidad de sus hechos, y hasta para revestirse de una honradez hipócrita, necesaria para soportar ventajosamente la lucha por la existencia, violan los supremos dictados de la conciencia y de la moral. En el bajo fondo de esta miseria, tiene lugar, en efecto, el atentado contra la vida: el aborto y el infanticidio que suponen en sí mismos la criminalidad más grande.

En conclusión: la Carta Política última que impone a la próxima legislatura la obligación de reformar la legislación civil vigente de los hijos ilegítimos, tiene un alcance jurídico: la incorporación del derecho en la ley con todas sus consecuencias, y un alcance sociológico trascendental: el favorecimiento, desde su origen, a los elementos que, soportando la hostilidad de la ley, nacerían inadaptados y preocuparían, por lo mismo, a la sociedad desde el punto de vista represivo.

La reforma llevaría, además, implicita una disciplina elevadora de las costumbres que no puede menos que redundar en prestigio de la misma institución matrimonial, a la que favorece la ley por ser, en el estado actual de nuestras sociedades, la forma más adecuada de organizar la familia; prestigio que no puede jamás existir cuando la ley, fundada en criterios demasiado tradicionales, favorece la irresponsabilidad de las pasiones y el sacrificio de los inocentes.



DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

#### PARRAFO 4º.

### El Sistema Ecuatoriano de los hijos ilegítimos

Intentaremos solamente un estudio sintético del sistema de nuestro código; pues un análisis detallado no se compadecería con la extensión que hemos querido dar a esta Tesis.

Los hijos ilegítimos en nuestra legislación, se dividen en naturales, simplemente ilegítimos y de dañado ayuntamiento. Esta última denominación comprende, a su vez, tres categorías de ilegítimos: adulterinos, incestuosos y sacrilegos.

Para la comodidad de nuestro estudio, tomemos como base de la división los simplemente ilegítimos, esto es, los concebidos y nacidos fuera de matrimonio, sin que entre sus padres hubiera existido ninguna de las relaciones del dañado

ayuntamiento, como el parentesco prohibido, el adulterio —simple o doble— y los votos solemnes en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica, al tiempo de ser concebido el hijo. Estos hijos así determinados, son simplemente ilegítimos, o sea, los que el código dice que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento.

Estos hijos pueden, por el reconocimiento, llegar a ser naturales; y éstos, legítimos por la legitimidad que supone el matrimonio posterior de los padres, siempre que hayan sido reconocidos como naturales de ambos.

¿Qué se necesita, por consiguiente, para ser hijo natural? Se necesita: 1º. Ser hijo nacido como simplemente ilegítimo; y 2º. Ser reconocido como hijo natural voluntariamente, por parte de uno o ambos de los padres, con los requisitos legales.

¿Qué es el reconocimiento? Lo dice el artículo 268: «un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce».

El doctor Francisco José Urrutia, en sus «Estudios de Legislación y de Derecho Civil», tomo II, página 146, dice al respecto: «....Dejar los derechos del hijo ilegítimo a merced de los caprichos del padre, no es fundar las prescripciones civiles sobre los eternos e inmutables principios de la ley Natural, sino sobre los caprichos y las veleidades humanas».

Analizando igual disposición el doctor Luis Felipe Borja (Tomo V.—Estudios del Código Civil Chileno), comenta las palabras «libre y voluntario» del código, y ve en ellas la acentuación de la doctrina de las obligaciones, la que, para su validez, exige que no estén viciadas por el error, la fuerza o el dolo que atacan la integridad del consentimiento. Dichas palabras «libre y voluntario», en efecto, se oponen a forzado, en un sistema que no admite la investigación de la paternidad. Pero, de admitirse ya en la legislación este derecho del hijo ilegítimo, claro es que ya no habría cómo sostener que el reconocimiento sea un acto libre y voluntario, ya que la investigación tiende, precisamente, a obtener un reconocimiento forzado o judicial. En tal virtud, el reconocimiento judicial sería perfectamente válido, aunque el alcance estricto de la doctrina de las obligaciones refiera la validez de los actos a su libertad y voluntariedad. Sería, por lo tanto, preciso reformar la ley en este aspecto, eliminando el artículo 268 y haciendo referencia en el 267, al reconocimiento judicial que

supone la investigación de la paternidad, establecida precisamente para no dejar el destino de los hijos al arbitrio de los padres.

El hijo de dañado ayuntamiento no puede ser reconocido, porque no es simplemente ilegítimo. El dañado ayuntamiento comprende tres aspectos: unión entre padres casados ambos o uno de ellos con otras personas (adulterio doble o simple); unión entre padres de parentesco impedido (incesto); y unión entre padres ligados, uno o ambos, por votos solemnes en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica (sacrilegio simple o doble).

Sin dejar de existir en cualquier tiempo, con respecto a los padres así impedidos, las calificaciones enunciadas, si el impedimento existe al tiempo de ser concebido el hijo, éste tiene las mismas denominaciones.

Tenemos que observar que del Código Civil, han desaparecido los hijos sacrílegos y algunos incestuosos. En conformidad con la ley de Matrimonio Civil, sólo tenemos como hijos de dañado ayuntamiento, los siguientes:

1º. Adulterinos (los mismos del código civil), concebidos al tiempo en que ambos o uno de los padres estaban casados con otras personas; y

2º. Incestuosos concebidos entre padres parientes por consanguinidad en línea recta, colaterales hasta el segundo grado civil de consanguinidad, y afines en primer grado civil.

No hay hijos sacrílegos porque frailes y monjas no tienen impedimento alguno para casarse, según el artículo 3º. de la ley respectiva; lo que supondría que los hijos procedentes de tales personas, son simplemente ilegítimos, tanto para los efectos del reconocimiento, como para los de la legitimación.

Además, sería necesario, dentro de una reforma bien consultada, distinguir entre el dañado y punible ayuntamiento y el ayuntamiento meramente impedido que pudiera justificarse por dispensa, como sería el incesto dentro de ciertos grados.

El adulterio frente al incesto tiene diversa gravedad como delito, y debiera, indudablemente, tenerse en cuenta, con respecto a los hijos de dichas uniones provenientes, otro criterio legal que el que actualmente se acepta.

Con respecto a los hijos de dañado ayuntamiento, podrá, preguntamos, representar algún provecho la disposición del artículo 269, inciso 2º., que dice: «si es uno solo de los padres

el que reconoce, no está obligado a expresar en quien o de quien hubo al hijo natural?».

Veamos el contenido de esta disposición, en conformidad con el sistema del código:

Si una persona, al reconocer como natural a un hijo, lo hace libre y voluntariamente, sin estar obligada a declarar el nombre del otro padre, puede pensarse que dicho hijo —aún siendo de dañado ayuntamiento— es capaz de ser reconocido, adquiriendo, por tanto, su estado de hijo natural; cosa que aparece como contradictoria con el texto del artículo 267 que manifiesta que los hijos nacidos fuera de matrimonio, *no siendo de dañado ayuntamiento*, pueden ser reconocidos. Si, por un lado, el padre que reconoce no está obligado a declarar en quien o de quien tuvo el hijo, por otro puede hacerlo, ya que no está obligado a silenciar. El doctor L. F. Borja, explica esta disposición manifestando que está de acuerdo con los principios en que se informa el sistema del código, iguales en todo a los que se tuvieron en cuenta en el Consejo de Estado francés, al concretar las disposiciones relativas a los hijos naturales.

El doctor Urrutia se pregunta cuál sería el efecto del reconocimiento otorgado en favor de un hijo de dañado ayuntamiento. Será, dice, nulo *ipso jure* como acto prohibido por la ley? Y manifiesta que para llegar a tal conclusión, sería preciso que el padre en el acto del reconocimiento, señalase al hijo como de dañado ayuntamiento.

Nuestra opinión es la de que el reconocimiento, en la forma establecida, puede extenderse a cualquier hijo; pues, para el efecto del perjuicio que este reconocimiento pudiera irrogar a terceros, existe el derecho de impugnarlo. Pero, podría objetarse que la impugnación representa solamente el interés de los particulares, y no el interés público, por cuya consideración se han prohibido ciertos actos como contrarios a las costumbres y al sentido moral medio de la sociedad. Nosotros opinamos que el reconocimiento a un hijo de dañado ayuntamiento, cuando no ha tenido oposición, esto es, cuando no ha habido perjuicio a terceras personas, no ataca al orden público ni a las buenas costumbres; pues, aquél estará más bien servido cuando todo hijo tenga su estado civil.

En consecuencia, tal reconocimiento no es nulo *ipso jure* y tendría su plena validez cuando no ha sido impugnado,

o cuando habiéndolo sido, el impugnador no consiguió su objeto.

Con respecto al padre o madre que no han reconocido al hijo con las solemnidades que la ley requiere, ese hijo, lo dice el artículo 271, será considerado como simplemente ilegítimo. Esta, desde luego, es una presunción un poco infundada, aunque aparentemente aceptable; ya que, según lo venimos diciendo, un hijo adulterino reconocido por la madre como natural, no es simplemente ilegítimo con respecto al padre, en rigor lógico. Dicho hijo sería ilegítimo, usando con más exactitud el término genérico que emplea la ley al dividir los hijos.

El hijo natural reconocido por ambos padres, puede llegar a ser legítimo por la legitimación *ipso jure* que supone el matrimonio posterior de los padres.

Veamos qué es la legitimación y qué hijos pueden aspirar a este beneficio, creado, como lo decía Preameneu, para dar a los padres que han vivido en el desorden, la oportunidad de legalizar sus relaciones amparándose en una institución santa y respetable.

El código civil establece el siguiente sistema:

1º. La concepción simplemente ilegítima anterior al matrimonio y que termina en el nacimiento del hijo, dentro ya de la institución, se legaliza por ésta, viniendo a ser tal hijo, legítimo por legitimación *ipso jure*.

2º. Si este matrimonio posterior es putativo, no legítima a los hijos concebidos antes.

3º. La concepción del hijo es adulterina aún cuando uno de los padres haya ignorado, al tiempo de ella, el matrimonio del otro; y aún cuando aquél de los padres, casado al tiempo de la concepción, haya creído de buena fe y con justa causa de error que su matrimonio anterior no subsistía. Estos hijos se entienden concebidos en verdadero adulterio, y no se legitiman por el matrimonio posterior de sus padres.

4º. El matrimonio posterior legitima también *ipso jure* a los hijos que ambos padres hubieren reconocido como naturales, con los requisitos legales.

5º. En los demás casos, se produce la legitimación por instrumento otorgado en cualquier tiempo desde la celebración del matrimonio.

6º. El instrumento público que es como el título de la legitimación no *ipso jure*, debe notificarse a la persona a cuyo

favor se extiende, o a las que legalmente pueden representarle, y debe ser aceptado o repudiado.

7º. La legitimación del nacido después de celebrado el matrimonio, no puede ser impugnada sino por el marido, mientras él viva, en el plazo de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto. Si él muere en este plazo, pueden hacerlo sus herederos.

8º. Las demás legitimaciones, esto es, aquellas que no sean de hijos concebidos antes y nacidos en el matrimonio, pueden impugnarse probando las siguientes causas:

a) Que el legitimado no ha podido tener por padre o madre al legitimante, según la presunción de derecho que colige la época de la concepción de la del nacimiento, o según lo dispuesto en el Título de la maternidad disputada.

b) Que el matrimonio no ha podido producir la legitimación por concepción simplemente ilegítima anterior al matrimonio putativo, o por concepción adulterina asimismo anterior.

Analizando el espíritu de estas disposiciones, concluimos en la siguiente forma:

a) El código habla de dos artículos del matrimonio putativo posterior a la concepción simplemente ilegítima y de la concepción adulterina anterior al matrimonio. En estos casos, la legitimación no se produce por el matrimonio posterior. Preguntamos: ¿no podrá el adulterio en ciertos casos, entrar dentro del concepto de matrimonio putativo? De ser así, ¿existiría verdadero adulterio e hijos adulterinos?

He aquí un problema que interesa resolver en todo su alcance.

Qué es el matrimonio putativo? Nos lo dice el artículo 118: matrimonio nulo, pero que celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos que el válido, respecto al cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo, dejando de surtir tales efectos, desde que falta la buena fe por parte de ambos cónyuges.

No vamos a entrar en el difícil terreno de la nulidad absoluta o relativa, ni a estar distinguiendo lo que en el contrato matrimonial, es de su esencia, de su naturaleza o puramente accidental; nos referimos únicamente al artículo 3º. de la Ley de Matrimonio Civil, que comienza con las siguientes palabras: «No podrán contraer matrimonio... ...»; lo que supone que el matrimonio realizado entre las personas que

dicho artículo determina, es nulo, porque nulos son todos los actos que prohíbe la ley, entendiéndose que, como lo dice Fabres en su estudio «De la nulidad y la rescisión», la ley prohibitiva es la más poderosa y en ella se encuentra franco y expedito el camino de la nulidad absoluta.

Por consiguiente, el matrimonio puede ser nulo por cualquiera de las causas determinadas en los artículos 3º. y 5º. de la ley respectiva; y mediando cualquiera de dichas causas acompañadas de la buena fe, o de la justa causa de error, por parte de uno o ambos de los contrayentes, habría matrimonio putativo. Entre esas causas está el adulterio así considerado por la ley civil, aun cuando en la relación hubiese habido buena fe, ignorancia o error. De aquí que el adulterio puede entrar en el concepto de matrimonio putativo; y siéndolo así, puede negarse perfectamente el delito de adulterio, y rechazarse la calificación de adulterino para el hijo.

El texto literal del artículo 198 de nuestro código, califica de adulterio todo ayuntamiento de dos personas de las cuales una a lo menos estaba casada con otra al tiempo del ayuntamiento y aún cuando éste se hubiese verificado con ignorancia de uno de ellos acerca del matrimonio del otro, o con la creencia de buena fe y con justa causa de error sobre la insubsistencia del matrimonio anterior de uno de ellos; lo que está demostrando, como muy bien lo afirma el doctor Borja, que la ley civil da al adulterio más extensión que la que tiene en la ley penal, circunstancia ésta que no es bajo ningún punto de vista justificable.

Por qué, en efecto, no aplicar los principios de la ciencia penal para calificar y determinar el adulterio en materia civil? No es posible que en esta materia se considere dañado y sancionable un hecho por sólo su perpetración, sin detenerse a considerar las circunstancias que pueden atenuar o hacer desaparecer la responsabilidad; y tanto más cuanto que las consecuencias de un desmedido rigor legal, en esta materia, trascienden a seres que, como los hijos, nada tienen que ver con culpas ajenas, y peor todavía si éstas no existen. El adulterio por ignorancia, por el error o la fuerza, o en general realizado bajo el influjo de uno o todos de los factores que alteran la inteligencia y la voluntad, no puede igualarse a la relación ilícita, consentida y querida, con intención y voluntad, de violar la fe conyugal y el respeto que se debe a

una institución como la familia, y que por lo mismo es verdaderamente delictuosa.

En todos los casos en que no exista responsabilidad por un hecho que aparentemente puede asomar como adulterio, según los principios penales, la relación debiera ser juzgada como simplemente ilegítima, dándose esta misma denominación a los hijos que de ella provengan. No es justo sancionar un delito aparente, extendiendo las consecuencias a seres extraños a su realización.

Si esto decimos con respecto al ayuntamiento extramatrimonial, con mayor razón sostenemos igual criterio tratándose del matrimonio posterior; y esto, por la necesidad de arrancar de él todos los efectos del válido.

En conclusión, no hay inconveniente alguno para que el matrimonio posterior no legitime a los hijos concebidos antes en una relación que aparentemente adulterina, no lo es en realidad, a consecuencia de la ignorancia, del error o la fuerza, o de la intervención de cualquier causa que vicie la inteligencia o la voluntad.

Ahora bien, si la nulidad se precisa por otra causa que el adulterio, con mayor razón todavía la relación extramatrimonial simplemente ilegítima, se legalizaría por el matrimonio posterior que aunque nulo, representa una institución jurídica válida por la buena fe o el error. Esto es lo que no acepta nuestro código, prescribiendo que el matrimonio putativo no basta para legitimar a los hijos concebidos antes. El artículo 197, puede hacer recaer sobre hijos simplemente ilegítimos la sanción de la nulidad, resultado absurdo si se tiene en cuenta el artículo 118 que está dando al matrimonio putativo, la virtud de surtir todos los efectos del válido.

Cómo explicar entonces el mentado artículo? El doctor Borja dice:..... «los efectos del matrimonio putativo no pueden retrotraerse a una época anterior al día en que fué celebrado, esto es, al día en que principió la buena fe». El commentador citado sigue en esta materia las doctrinas de Pothier.

Pero, cabría averiguar si en todos los casos una relación extramatrimonial, se ha de considerar necesariamente realizada de mala fe; o, en otros términos, ¿podrá considerarse que el matrimonio es la sola y única prueba de la buena fe? En la generalidad de los casos, la relación sexual extramatrimonial es llevada a efecto, explotando precisamente la buena fe de la mujer; si ésta logra contraer matrimonio posterior, y si éste

es putativo, por alguna de las causas de nulidad, el hijo que nazca dentro de ese matrimonio no se legitima porque la buena fe no puede retrotraerse al tiempo en que aquél fué celebrado. No es muy aceptable la doctrina de nuestro código inspirada en la de Pothier que siguió don Andrés Bello.

Por otro concepto, dicha doctrina no está tampoco de acuerdo con el sistema del código ni con las opiniones de numerosos jurisconsultos que sostienen que el matrimonio posterior putativo debe producir la legitimación. Entre los autores franceses, pueden citarse a Massé y Vergé, Demolombe, Marcadé, Aubry y Rau, etc., como partidarios de la legislación por el matrimonio putativo posterior a la concepción del hijo.

Con respecto al adulterio de que hablábamos antes, autores como Escriche, niegan la existencia del delito cuando falta la mala fe siquiera de parte de uno de los sujetos de la relación. Un principio de derecho antiguo decía: *adulterium sine dolo malo non commititur*. Y entre los jurisconsultos antiguos, se sostuvo también la teoría de que, por la misma razón por la que se contrae matrimonio nulo creyéndolo legítimo, por ejemplo, por ignorar el uno de los contrayentes que el otro es casado, surtiendo tal matrimonio los efectos del verdadero; una mujer que ha tenido relaciones con un hombre ignorando que era casado, tal ignorancia, decían, surte el efecto de que el vicio se purgue por el matrimonio posterior; lo que quiere decir, indudablemente, que el vicio debía purgarse con todas sus consecuencias, especialmente respecto de los hijos concebidos antes.

He aquí delineada nuestra opinión y considerado también el aspecto de que el adulterio no es tal cuando falta la mala fe, pudiendo, por tanto, englobarse en el matrimonio putativo; sin que se justifique, en forma alguna, que el código se refiera, en una disposición, al matrimonio putativo, y en otra, al adulterio aparente que, por lo mismo, puede comprenderse en aquél. Todo matrimonio putativo, pues, debiera legitimar a los hijos concebidos antes, exceptándose el caso del verdadero adulterio entre los padres, al tiempo de la concepción.

b) Notemos también el particular de que el hijo adulterino, concebido antes del matrimonio, puede quedar perfectamente legitimado *ipso jure*, en virtud del artículo 209, que da al marido solamente, y mientras él viva, en el plazo de sesenta días contados desde que haya tenido conocimiento del parto, la facultad de impugnar la legitimación del nacido después de

celebrado el matrimonio. Esta disposición hace suponer que hubiera discordancia con la del artículo 201 que expresa que, fuera de los casos de los artículos 199 y 200 (hijos nacidos en el matrimonio, y reconocidos como naturales por ambos padres), no se produce la legitimación *ipso jure* por el matrimonio posterior, ya que esas prescripciones no comprenden a los adulterinos. El doctor Borja, en este aspecto, sostiene que la disposición del artículo 209 es especial, porque no se refiere a la legitimación de todos los hijos, sino a la de aquéllos que nacen en el matrimonio. En consecuencia, el hijo adulterino puede ser legitimado *ipso jure* por el matrimonio posterior, excepto en los casos, bastante raros, de que el marido muriese en el intervalo de los sesenta días desde aquél en que tuvo conocimiento del parto, porque entonces son los herederos del marido los que en la misma forma pueden impugnar la legitimación. Si esto es posible, claro está, aparece como desmedido el rigor de negar la legitimación a los concebidos antes del matrimonio putativo. Desde luego, tanto el concebido en adulterio, como el concebido antes del matrimonio putativo están, con respecto a la impugnación, en el mismo plano, ya que es solamente el padre el que puede impugnar la legitimación de tales hijos nacidos después de celebrado el matrimonio. Luego, las disposiciones de los artículos 197 y 198, en lo tocante a los hijos nacidos después de celebrado el matrimonio, quedan, generalmente, escritas; y ésta es una razón más para revisarlos.

c) La legitimación puede ser impugnada, en los demás casos que no supongan facultad privativa del marido, (concebidos antes y nacidos en el matrimonio) probándose los hechos determinados en el artículo 210.

Quién puede impugnar la legitimación? Lo dice el inciso último del mismo artículo 210: «los que prueben interés actual en ello y los ascendientes legítimos del padre o madre legítimantes». La prueba de los hechos determinados en la misma disposición no implicará, preguntamos, una investigación de paternidad? Este aspecto ha sido muy discutido entre los comentadores.

Efectivamente, cabe averiguar si una persona que, probando interés actual, se presenta a impugnar una legitimación, debería o no considerarse este hecho como una investigación de la paternidad. Si el interesado prueba, por ejemplo, que el legitimado no ha podido tener por padre el legitimante, no

puede menos que establecerse un perfecto debate sobre la paternidad, cuya indagación está actualmente prohibida, con las excepciones que veremos luego. Además, hay que notar que la legitimación ha proporcionado al hijo su estado civil que la impugnación lo deja insubsistente: ya que no podría suponer en ningún caso que probado el hecho contrario a la legitimación, persiste el estado que se fundó en ese hecho falso.

En nuestro concepto, una impugnación, por cualquiera de las causas prescritas en la ley, no es una investigación de la paternidad en sentido estricto, ya que ésta compete exclusivamente al hijo para buscar a su generador; el impugnador persigue la insubsistencia de un acto que le perjudica; y si, como una consecuencia de haber probado los hechos que indica la ley, para que la legitimación se considere como no verificada, se toca incidentalmente la cuestión de la paternidad, nadie, empero, podrá decir que el impugnador es un investigador. La diferencia entre ambas acciones se presenta clara: el que investiga orienta su procedimiento a concretar un estado civil; el que impugna tiende precisamente a atacar un acto que le produce perjuicio, sin interesarle principalmente otro aspecto que el de la insubsistencia del acto perjudicial.

**ÁREA HISTÓRICA**  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

De estas consideraciones se desprende también que el hijo no puede impugnar la legitimación que se le ha conferido, aún cuando se crea que el hijo pueda considerarse como una de las tantas personas que pudieran tener interés actual en ello; especialmente según el texto literal del artículo 211, que da al supuesto legitimado la facultad de impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación prescrita en la ley. En este caso, y según el criterio de algunos autores, el hijo no puede impugnar algo que para él no existe; pues, la notificación para los casos en que la legitimación no se produce *ipso jure*, es requisito esencial para la validez del acto. El doctor Luis Felipe Borja, transcribe la observación que hiciera el doctor Ocampo, al discutirse en la Comisión Revisora el artículo 239 del proyecto inédito de Bello (art. 211 de nuestro código), en la siguiente forma: «Si al supuesto legitimado no se le ha hecho la notificación prevenida en el artículo 233, y si no ha aceptado la legitimación en la forma prevenida por el artículo 235, es inútil conferirle el derecho de

impugnarla. Para todos los efectos de derecho le bastará el que tiene para excepcionarse contra todos los que pretendan fundar alguna reclamación en la legitimidad no notificada ni aceptada».

Hemos visto cómo el hijo simplemente ilegítimo, puede llegar a ser natural por el reconocimiento; y el natural, legítimo por legitimación. Si referimos la simple ilegitimidad al tiempo de la concepción, el hijo así concebido, pasa a ser directamente legítimo, si nace en el matrimonio posterior de sus padres.

Dependiendo, como depende en nuestro código actual, el estado civil de natural, de la voluntad de los padres, ¿cuál será la situación de los hijos que se han quedado sin ser reconocidos ni legitimados? El Título XIV de nuestro código trata «De los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente»; y a pesar de la oscuridad de esta denominación, que puede ser argumento para muchas interpretaciones, podemos decir que los hijos no reconocidos solemnemente son los de dañado ayuntamiento, porque no podían serlo, y los simplemente ilegítimos, porque sus padres no quisieron reconocerlos, pudiéndolo.

Estos hijos, dice la ley, no pueden pedir que su padre o madre les reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos. Claro está que este reconocimiento no es el solemne prescrito por el Código y que da al hijo el estado civil de natural; es simplemente una confesión de paternidad, podríamos decir, y de la que, según nuestro sistema, arranca el derecho alimentario y no el estado civil que podría perfectamente fundarse en esa confesión, dentro de un sistema jurídico que admitiera la investigación de la paternidad.

¿Cómo ejerce este derecho el hijo ilegítimo? Citando al supuesto padre ante el juez, para que, bajo juramento, declare si cree ser tal padre. Si el demandado no comparece pudiendo, y se repite una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará, dice la ley, como reconocida la paternidad. El artículo 281 dice: «No es admisible la indagación o la presunción de paternidad por otros medios que los expresados

en los dos artículos precedentes»; esto es, que si el supuesto padre citado declara ser tal padre bajo juramento, o si él no ha comparecido pudiéndolo, se supone investigada o presumida la paternidad natural. Si el demandado confiesa ser el padre, está obligado a suministrar alimentos necesarios al hijo; y solamente en el caso de rapto, habiendo sido posible la concepción mientras la robada estuvo en poder del raptor, esos alimentos tienen de adecuarse, en cuanto fuere posible, a la posición social de la madre.

He aquí el sistema establecido por nuestro código en lo referente a los hijos ilegítimos no reconocidos, sistema demasiado restrictivo si se tiene en cuenta el progreso de la doctrina jurídica y de las ideas, que exige que la igualdad y la justicia se transparenten en los sistemas legales.

Se nota que dichas disposiciones se informaron directamente en el estrecho criterio del Primer Cónsul, raro si se considera su talento generalizador, y por el que imaginaba que la sociedad no tiene ningún interés en fomentar el reconocimiento de los hijos bastardos, criterio que quizás se podría justificar habida cuenta de la disolución general de las costumbres en los últimos tiempos de la monarquía francesa, y ocasionada, en gran parte, por el abuso en las investigaciones de la paternidad. Semejante criterio, a la luz de las modernas doctrinas jurídicas, no puede tener hoy valor alguno.

Con el alcance jurídico de nuestra última Constitución, no podrán ya mantenerse por mucho tiempo los principios en que se ha inspirado nuestro sistema, relativamente a los hijos ilegítimos. Reglado el ejercicio del derecho de investigar la paternidad, como debe hacerlo forzosamente la próxima Legislatura, tendremos probablemente nuestra institución civil de los hijos ilegítimos en armonía con las de los países que representan hoy un nuevo sentido cultural jurídico.

¿Cómo, en efecto, negar todas las consecuencias de un hecho declarado bajo juramento? Si por los artículos 279, 280 y 284, se puede llegar a establecer dicha paternidad, aparece absurdo desconocer las obligaciones correlativas que de ella se desprenden. Ni hay tampoco por qué establecer dos reconocimientos con diverso alcance, uno solemne, y otro que, a pesar de consistir en una declaración jurada de paternidad, no surte otro efecto que los alimentos con límite de edad.

El derecho de investigar la paternidad natural, siendo el medio legal del que dispone el hijo para buscar a su generador, tiende exclusivamente a concretar su estado civil, contra la voluntad del padre egoista que se resiste a reconocer las naturales obligaciones que le incumben; y debería, por lo mismo, ser aceptado quizás con mayor alcance y justificación que el derecho de investigar la maternidad. La mujer ha sido solamente el único de los procreadores contra quien ha podido dirigirse el hijo, permaneciendo, en cambio, el padre como garantizado por la complicidad de la ley.

Tratando esta cuestión Mauveaux, dice: «De los procreadores no es más que uno solo el que puede ser investigado: la madre. Para establecer su filiación relativamente a ella, el hijo nacido fuera de matrimonio, que no es adulterino ni incestuoso —pues a estos hijos toda acción investigatoria tendiente a establecer su filiación, les está prohibida— debe probar: 1º. el hecho del parto, y 2º. su identidad (el sentido de nuestro artículo 286). Administrada esta prueba, el hijo se encuentra vinculado a su madre por un lazo legal. En derecho, de los dos procreadores, cuya responsabilidad es igual, es sólo a la mujer a quien la ley obliga a cumplir sus deberes; y es también contra ella contra quien la ley arma al hijo, soportando, además, todas las consecuencias del acto sexual, cuya responsabilidad el generador protegido por la complicidad de la ley».

¿Cuáles las consideraciones fundamentales de la ley para prohibir las investigaciones de la paternidad, y autorizar las de la maternidad? Si el derecho es uno en sí mismo, y las obligaciones correlativas pertenecen a los sujetos del hecho en que dicho derecho se apoya, por qué, entonces, exonerar al hombre de su responsabilidad de generador, y cargar todo el rigor sobre el procreador más débil? El argumento que en todo tiempo se ha opuesto como definitivo para justificar esta desigualdad, ha sido el de la dificultad de la prueba de la paternidad. La paternidad, se dice, no tiene prueba material, sensible o propiamente fisiológica: su proceso es misterioso. El hombre como generador no sufre ninguno de los fenómenos que la naturaleza los transparenta solamente en la madre. De aquí que la ley se dirija contra la mujer, permitiendo la investigación de la maternidad con más facilidad que la paternidad. Pero, de ésta como distribución natural de las funciones generadoras de la especie, ¿se podrá inferir

que las responsabilidades del hecho que funda derechos, han de correr solamente de cargo de quien naturalmente revela la prueba del mismo?

No aceptamos semejante conclusión, porque no estaría en nada de acuerdo con la razón suprema de la ley natural. Dentro de una estricta doctrina jurídica, semejante argumento es arbitrario y absurdo; pues, baste saber que el hecho de la existencia que fundamenta el derecho a la vida, siendo, con relación a cualquier otro hecho jurídico, el más complejo y de difícil análisis, supone siempre oposición y complemento de sexos, esto es, concurso de dos individualidades. El hombre o la mujer por si solos, y aisladamente considerados, no pueden absolutamente generar la especie. Por consiguiente, nada más natural y justo que hacer correr las obligaciones implícitas del derecho a la vida, de cuenta de ambos procreadores, esto es, de los sujetos de la oposición, sin cuyo concurso la existencia hubiera sido naturalmente imposible. Sancionar a uno solo, por la facilidad de la prueba, y sostener la impunidad del otro, y precisamente del más fuerte y apto para las batallas de la vida, es, en nuestro concepto, violar el sentido de la justicia.

Además, sería necesario distinguir las circunstancias en que se ha realizado el hecho, para otros efectos que para los del derecho fundado en ese hecho. Si éste estaba prohibido por la ley, la moral y las costumbres, constituye en sí mismo un delito sancionable con respecto a quien de mala fe lo realizó. En el adulterio, por ejemplo, aparece claramente el carácter jurídico del delito, en cuanto supone una notoria violación del derecho que tiene la sociedad para que se rinda respeto a las instituciones que ella ha garantizado. Pero la consideración del delito por el hecho ilícito de los procreadores es ajena, y en nada interesa a la vida originada por él; uno es el interés de la sociedad en perseguir los delitos, y otro el que la misma sociedad tiene en realizar la justicia, asegurando todas las condiciones ventajosas para que la vida, como quiera que se haya originado, rinda su mayor utilidad y alcance su pleno desarrollo. Y claro es, si los procreadores realizaron, con la unión sexual, un hecho delictuoso, son al mismo tiempo responsables de la vida que han impuesto. Los hijos deben considerarse como los sujetos de un derecho indiscutible al que en nada interesa la calidad o estado de los padres al tiempo en que aquéllos fueron concebidos.

Con el progreso de la ciencia no será más tarde argumento convincente el de la dificultad de la prueba fisiológica, para no autorizar las investigaciones de la paternidad. Recientemente hemos leído que en julio de este año, el profesor Sangmeiser, había dado cuenta al congreso de Ginecología de Leipzig, de un procedimiento científico fundado en las reacciones características de los sueros sanguíneos, constatadas por fotómetros de alta sensibilidad; procedimiento efectivo, según su investigador, para establecer a ciencia cierta las relaciones de la consanguinidad y de la paternidad.

Y aún cuando no fuera posible la prueba fisiológica de la paternidad, hay la prueba presuncional en la que se han apoyado las legislaciones de los pueblos civilizados, para no dejar las consecuencias de un hecho trascendental como el de la existencia, al mero capricho humano.

Creemos, por lo tanto, que en todo caso la paternidad debe ser investigada tanto como la maternidad. Si el hecho de que resulta el derecho estuvo vedado para sus ejecutores, por consideración a las costumbres sociales y a las leyes y puede, por lo mismo, ser perseguido como delito, tanto mejor que a la sanción penal se añada la civil, compuesta del conjunto de obligaciones del procreador con respecto al hijo.

Tratando de esta cuestión, Cimbali se expresa así: «Todo el que viene al mundo, <sup>ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL</sup> por el solo hecho de nacer, tiene el supremo derecho de vivir; y los que son autores de su vida, por el solo hecho de haberle puesto en el mundo, deben tener indeclinablemente la obligación imperiosa de asegurarle, en los límites de sus fuerzas, las condiciones de la vida. Ni vale investigar, bajo este aspecto, si los autores de la vida de una criatura humana, son al mismo tiempo los autores de un delito o de un hecho ilícito en el momento de su unión. Si hay delito y se descubre, tanto peor: a la sanción penal, nacida del hecho criminoso, se agrega la sanción civil originada por el hecho perjudicial. Y se obtiene la doble ventaja, con el temor de la doble responsabilidad, de prevenir en gran parte tal género de delitos contra el orden de las familias y el bienestar de la sociedad lastimado constantemente por el nacimiento irrefrenado de seres humanos sin familia y sin medios de subsistencia. Mas, esta pena del delito debería alcanzar únicamente al autor del mismo; no ya a la víctima inocente de éste. Se concibe, pues, la herencia de la pena, cuando ésta haya recaido antes sobre la persona del culpable; pero es

muy inhumano, además de absurdo, que disfrute el reo la impunidad y expie el inocente la pena del fallo de que el mismo es la víctima». (obra ya citada).

No nos hemos resistido al deseo de transcribir este pensamiento que sintetiza toda nuestra convicción, en lo referente a los hijos ilegítimos; y que, además, pone de manifiesto el alto talento filosófico y jurídico del que fué joven profesor de Derecho Civil en la Universidad de Roma y de Messina, fallecido a los treinta y un años de edad, después de una intensa carrera jurídica en la que perseguía de preferencia la reforma integral de la legislación civil, como lo hace notar el profesor Felipe Sánchez Román. A esta indudable importancia se debe el que le citemos frecuentemente en esta Tesis.

Según nuestro código, el único caso en que el hijo ilegítimo no puede investigar la maternidad, es aquél en que la madre está casada. Se justifica plenamente esta disposición, habida cuenta de que el matrimonio realizado es como la patente de la honorabilidad y la justificación del pasado; y que no estaría bien, por lo mismo, que el hijo, con la investigación, altere el fundamento moral de la institución.

La ley tampoco hace referencia a la prueba del estado, para el esclarecimiento de la maternidad; ella exige testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo. La prueba del parto, generalmente, puede atacar la honorabilidad de la mujer; y si el hijo puede presentar como prueba la del estado de hijo ilegítimo, ¿por qué exigir solamente estas dos: el hecho del parto y la identidad? Aubry y Rau sostienen la doctrina de que la posición constante del estado de hijo ilegítimo, bastaría para probar, además, la identidad del reclamante. Otros autores manifiestan aún que la prueba de dicho estado, envuelve la prueba de ambos hechos: del parto y la identidad.

#### PARRAFO 5º.

##### Esbozos de una reforma

Determinado, aceptado y reconocido el derecho de los hijos ilegítimos, veámos los principales aspectos que debería tener en cuenta una legislación racional, para realizar ese derecho.

El punto de vista fundamental de la cuestión no puede plantearse sino mediante un análisis del hecho, fundamento del derecho, bajo la siguiente consideración: el hecho de la relación sexual, con relación a la vida y con relación a la ley; o sea, como lo dice Mauveaux, el estudio del generador puro y simple y del generador criminal.

Como dijimos antes, el hecho de la relación sexual, causa de la existencia, supóngasele llevado a cabo por necesidades morales como la simpatía y el afecto, o por necesidades simplemente materiales como el estímulo del placer, por ejemplo, en los individuos de baja cultura, exige necesariamente la concurrencia de dos individualidades naturalmente complementarias y en ningún caso excluyentes: el hombre y la mujer. El hecho en que se resuelve la oposición sexual es, pues, común a ambos, y la responsabilidad de las consecuencias del hecho —el derecho a la vida en toda su extensión—, debe igualmente ser distribuida en común.

Pero el hecho puede llevarse a efecto en diferentes condiciones: puede realizarse voluntariamente de parte de las dos individualidades o involuntariamente de parte de una de ellas. Una mujer libre que se entrega a un hombre libre, voluntariamente, sin que éste haya, por su parte, intentado procedimiento alguno doloso para conseguir el fin propuesto, origina una relación pura y simple, respecto de la cual nada tiene que hacer la ley, respecto del hecho, ya que éste, dentro del caso propuesto, no es delictuoso. Pero, si en este hecho llegare más tarde a fundarse el derecho a la vida, por haberse traducido en la existencia de un ser resultado directo de la relación, las obligaciones que tal derecho supone, no pueden menos que correr de cargo de los dos procreadores. ¿Qué se desprende de esta consideración? Que si la efectividad del derecho se dejara a la mera voluntad humana, correría el riesgo de ser desconocido y negado. Se trata en esta hipótesis exclusivamente del derecho del hijo, no de la madre, pues ésta no puede decirse víctima de un delito, ya que el hecho fué voluntariamente querido.

Contra esta teoría están abiertamente todos los sistemas legales que hacen del reconocimiento un acto voluntario del reconociente, prohibiendo o restringiendo la investigación de la paternidad, y autorizando solamente la de la maternidad; y dejando, asimismo, a arbitrio humano el reconocer o no a los hijos para el efecto de los alimentos. A la luz de la doctrina,

dichos sistemas no pueden justificarse ya, tanto por no encarnar la equidad, como por ser peligrosos al orden público y a la estabilidad social.

Contemplemos otra hipótesis. Si un hombre libre realiza una relación sexual con una mujer libre, empleando el arma eficaz de la seducción, demos por caso, por halagos, promesa de matrimonio, abuso de autoridad, jerarquía, etc., explotando la buena fe de la mujer y todas las demás circunstancias que hacen de la seducción factor determinante de la relación, dicho hecho puede quedarse como tal, sin otras consecuencias, o traducirse en el resultado de la vida, esto es, en el nacimiento de un hijo. Si lo primero, el seductor debe llevar toda la responsabilidad de su hecho con respecto a la mujer; si lo segundo, tendrá doble responsabilidad: la del hecho dañoso a la mujer, y la de la vida impuesta al hijo. Para hacer efectivas ambas obligaciones, bastaría ampliar la legislación de los daños, dando a ésta su mayor significado y extensión, a fin de que la mujer seducida o engañada pueda reclamar ante los tribunales la reparación del daño material y moral, consistente en el embarazo y el parto y en el menoscabo social que la maternidad extramatrimonial puede ocasionar a ciertas mujeres y que puede equipararse, en el estado actual de nuestras sociedades y costumbres, al resultado lógico de un atentado contra la honra.<sup>DE LA HONRA</sup> La investigación de la paternidad, competencia del hijo para hacer efectiva la responsabilidad del padre por su hecho propio, del que se ha derivado el derecho de aquél.

En la hipótesis que analizamos, y para hacer realizable el derecho de la mujer seducida a la reparación de los daños, habría, indudablemente, que precisar el criterio de la seducción, estudiándola psicológicamente.

¿Cuándo una mujer puede ser seducida? Solamente podrá serlo en razón de su menor edad, de su sencillez, de su honestidad, de su inferioridad económica, intelectual y social, con respecto al seductor. En tal caso, claro es que la seducción es irresistible para la mujer, y ha sido empleada como el medio idóneo para preparar su caída. No habría, por consiguiente, seducción, tratándose de una mujer casada, o de una que haya tenido mala vida. Estas no podrían, por tanto, intentar la acción de daños, sin que hubiera, desde luego, argumento alguno para negar al hijo el derecho de buscar a su padre.

En contra de esta doctrina se mantienen las legislaciones cuya jurisprudencia no ha ampliado la acción de daños, o la ha restringido solamente al perjuicio material del embarazo y del parto, sin reconocer el daño moral, existente aún cuando la mujer, por efecto de la seducción, no llegare a concebir. En este caso, si los daños se reclaman por el perjuicio material, claro es que la madre tendría que probar el hecho del embarazo y del parto, no quedándose al hijo mas que probar su identidad para establecer las obligaciones de la maternidad. También, para investigar ésta, debiera admitirse como prueba la posesión del estado de hijo ilegitimo que, como hicimos notar antes, lleva, en concepto de varios autores, implícita la prueba de la idoneidad.

Esta opinión se compadece con dos exigencias: 1<sup>a</sup>. La de establecer la responsabilidad de los hechos dañinos, cuando en realidad exista daño; y 2<sup>a</sup>. La de arrancar del hecho común de los procreadores, las justas y naturales obligaciones correlativas del derecho a la vida, fundado en el hecho de la existencia, pero de tal manera que la prueba se compadezca, en lo posible, con las condiciones intrínsecas o subjetivas de cada procreador. La prueba del parto, en efecto, mirada como necesaria para fundar la acción investigatoria de la maternidad, puede atacar la dignidad de la mujer, y lo que es peor todavía, el ataque procede del mismo hijo obligado, en virtud de la ley, a acusar a su madre, víctima de un hecho dañoso, cuyas consecuencias las soporta ella sola. Para administrar la prueba de la maternidad sería, pues, conveniente tener en consideración el estado y calidad moral de la mujer.

La idea de generación criminal, se relaciona propiamente con dos hechos: el adulterio y el incesto. El primero supone, como verdadero delito, la violación de la fe conyugal, y ésta es nada menos que uno de los factores fundamentales del equilibrio anímico de la institución matrimonial; el segundo supone, igualmente, una contradicción a la ley que ha prohibido ciertas uniones, en nombre de las buenas costumbres. Ambos hechos individualmente considerados, tienen diversa extensión como delitos; pero de los dos, el adulterio es el más grave, porque se ha controvertido el orden moral en que descansa el matrimonio. Si la sociedad está interesada en evitar el nacimiento de hijos adulterinos, debe estarlo igualmente en perseguir el delito de adulterio. En la historia, este delito fué universalmente condenado y sancionado con las pe-

nas más severas; no observándose lo mismo respecto del incesto, pues éste, en muchos pueblos, fué regla de unión para conservar el prestigio de las dinastías. Fuera de ciertos grados (consanguinidad recta y colateral en segundo grado), el incesto no tiene la gravedad del adulterio.

Pero la ley debe proceder en todo de acuerdo con los principios científicos para calificar este delito. No es justo, por ejemplo, que se considere como adulterio una unión de buena fe, bajo la influencia del error o de la fuerza, tal como lo hace nuestro código en la disposición que niega el beneficio de la legitimación por el matrimonio posterior, a los hijos concebidos en adulterio. Cuando falta la mala fe siquiera de parte de uno de los sujetos de la unión impedida o dañada, no sería del todo racional considerar tal unión como necesariamente adulterina, esto es, como necesariamente delictuosa. Por esto manifestamos anteriormente la conveniencia de que la ley civil no dé al adulterio mayor extensión que la que naturalmente debe tener en la ley penal.

Mas, cuando el hecho constituye un verdadero delito, realizado con intención, conocimiento y voluntad, los procreadores no pueden menos que ser doblemente responsables, si el hecho dañado se ha traducido en el nacimiento de un hijo. Si ese mismo hecho no da por resultado la vida, aparece solamente la responsabilidad del delito en sí mismo. Pero, dentro de estas consideraciones, cabe ampliar el concepto del adulterio, precisando la situación legal en que debiera quedar aquel que procedió de buena fe. La mala fe respecto de ambos constituye el delito solidario, pero la buena fe respecto de uno de los realizadores del hecho, al momento de su perpetración, le quitaría, indudablemente, toda responsabilidad. De ordinario, es el hombre el que procede de mala fe en las relaciones adulterinas; por consiguiente, la responsabilidad del generador es indudable, cuando haya ocultado su verdadero estado de cónyuge para conseguir el ayuntamiento extramatrimonial. Para este caso, y para todos en los que se precise una mala fe latente, sea de parte del hombre, de la mujer o de ambos, nos inclinamos a sostener la necesidad de que la ley penal reconozca un nuevo delito: el de la imposición de la vida, a fin de cortar el mal de raíz, evitando así la causa, para no tener que legislar sobre el efecto, tarea ésta demasiado ardua que en todo tiempo se ha traducido en las

discusiones de si los hijos de dañado ayuntamiento, debieran o no investigar la paternidad.

Reconocido y sancionado este nuevo delito, ya no sería el hijo el que, en la necesidad de asegurar su vida, investigue las faltas de sus padres: sería la sociedad amenazada con el nacimiento irrefrenado de seres criminalmente concebidos, la que sancionaría las bajas y miserables pasiones, hasta aquí impunes por la complicidad de la ley, fundada en un viejo concepto demasiado respetuoso y demasiado tolerante. El respeto que la ley rinde a la libertad humana, no puede ser sino complicidad, cuando la libertad se ha hecho libertinaje.

Pero, cómo determinaremos el sér jurídico peculiar de este nuevo delito de la imposición de la vida? ¿Toda procreación fuera de matrimonio, podrá constituir una sancionable imposición de la vida? Dentro de un sistema legal que reconozca y reglamente el derecho de investigar la paternidad, podríamos sostener que en la relación simplemente ilegítima, por ejemplo, el hijo no puede considerarse arrojado al mundo en condiciones totalmente desfavorables. El delito no se precisaría, por tanto, sino en el dañado ayuntamiento, en el adulterio simple o doble y en el incesto, dentro de los grados a los que en nuestro concepto debiera extenderse el impedimento.

Cómo distribuir la sanción? He aquí otro aspecto que interesa resolver. Supongamos todas las hipótesis: un hombre y una mujer que se unen habiendo estado casados ambos con otras personas, y procediendo ambos de mala fe. En este caso, el delito de la imposición de la vida, podría sancionarse contra ambos procreadores, por ser coautores del hecho. Si uno de ellos procede de buena fe, la responsabilidad, entonces, no podría ser menos que unilateral. Si uno de los realizadores del hecho está casado con otra persona, al tiempo de su perpetración, y el otro no tiene impedimento, habiendo procedido este último bajo la influencia del error, por ejemplo, claro es que la responsabilidad corresponde exclusivamente a quien, pudiendo desvanecer el error, no lo hizo. Deberíamos, pues, atenernos siempre a la buena fe para distribuir la responsabilidad del hecho. Y en todos los casos en que aparezca el dolo, debiérase sancionar a su autor.

La sociedad tiene dos intereses inmediatos y fundamentales: castigar el irrespeto y la violación de las normas de una institución amparada y protegida por la ley, castigando el adulterio; y asegurar la convivencia social, el estado civil de

las personas, la vida de los hijos y la moralidad de las costumbres, persiguiendo y sancionando el delito de la imposición de la vida. Dar la vida en condiciones tales que esa vida merezca el rechazo de la sociedad y de la ley, puede, en la generalidad de los casos, constituir un delito más grave o igual que el de quitar la vida.

Además, en la responsabilidad civil de este delito, podrían encontrar los hijos de dañado ayuntamiento algunas de las ventajas que los demás ilegítimos obtienen con el ejercicio del derecho de investigar la paternidad, especialmente la cuota alimentaria para la subsistencia y los gastos de aprendizaje de una profesión u oficio que les habilite para vivir por sí solos.

Nos inclinamos, pues, a la máxima utilidad de sancionar los hechos socialmente dañosos en sus causas, responsabilizando a los procreadores y reconociendo la irresponsabilidad de los hijos.

Una reforma de esta naturaleza, cumpliría dos fines previstos por nuestra última Constitución: favorecer el matrimonio y amparar a los hijos ilegítimos. La sanción de las pasiones tendería, a no dudarlo, a elevar el prestigio de la institución matrimonial tan venida a menos en estos últimos tiempos en que asistimos a una total relajación de la disciplina en todos sus aspectos: familiar, escolar, política, etc.

---

Respecto de la investigación de la paternidad por parte de los hijos ilegítimos que no sean de dañado ayuntamiento, sostendemos las siguientes conclusiones:

1<sup>a</sup>. Débese reconocer que el derecho de investigar la paternidad, se origina en el momento de realizarse el hecho del nacimiento como principio de la existencia legal de la persona venida al mundo fuera de matrimonio.

2<sup>a</sup>. Para fundar la acción investigatoria, no puede menos que tenerse en cuenta todos los hechos de los que pueda presumirse la paternidad; entre éstos, estarían: el concubinato, el rapto, la violación a la época de ser concebido el hijo, la posesión de estado y el principio de prueba por escrito.

3<sup>a</sup>. La acción debe ser intentada por la madre o el hijo, ya que los intereses de éste, en la menor edad, se confunden

con los de aquélla; y simultáneamente con la de daños, caso de tener derecho a ella la madre. El plazo de prescripción de la acción investigatoria, podría ser todo el tiempo de la menor edad del hijo.

4<sup>a</sup>. La mala conducta de la madre en cualquier tiempo, no le daría derecho para representar a su hijo en la investigación de la paternidad, ni para intentar la acción de daños, a no ser que probare que la mala vida ha sido el resultado directo del abandono del seductor; en cuyo caso, podrían añadirse a los gastos del parto, los daños resultantes del abandono; y

5<sup>a</sup>. La investigación debe ser posible, de un modo general, en todos los casos en que la paternidad pueda presumirse, dejando al padre la libertad de excepcionarse con toda prueba que demuestre la imposibilidad de la paternidad, al tiempo de trabarse el juicio declarativo.

Para concluir, recordemos también que la Constitución vigente desde marzo del presente año, y a la que tantas veces nos hemos referido, dispone en el inciso tercero del numeral 19 del artículo 151, que los hijos ilegítimos tienen también derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredárselos en la proporción que determine la Ley.

Esta prescripción supone, por consiguiente, una revisión de las disposiciones pertinentes al derecho sucesoral de los hijos.

**ÁREA HISTÓRICA**  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Los principios en que se apoyó don Andrés Bello para reglar la sucesión de los hijos ilegítimos, no pueden ya mantenerse en una legislación que quiera inspirarse en la justicia y en las conquistas de la filosofía jurídica. En efecto, nada más odioso que sostener en un sistema legal que los hijos naturales no son herederos cuando hay hijos legítimos, dando a éstos, como muy bien ha dicho un comentador, el monopolio de los bienes hereditarios.

Con respecto a esto, Urrutia dice: «.....mientras subsista en el Código de Bello, la exclusión absoluta de los hijos naturales por los legítimos, ya en la sucesión intestada, ya en la testamentaria, siempre estaráatrás del código francés y de la mayoría de los códigos de los pueblos civilizados».

Tenemos, pues, en las reformas constitucionales, el fundamento para una revisión del código civil. La próxima Legislatura sabrá aprovechar el contenido animico con que la máxima constitucional ha querido diseñar algo así como la significación jurídica de la futura vida. Esperémosla.