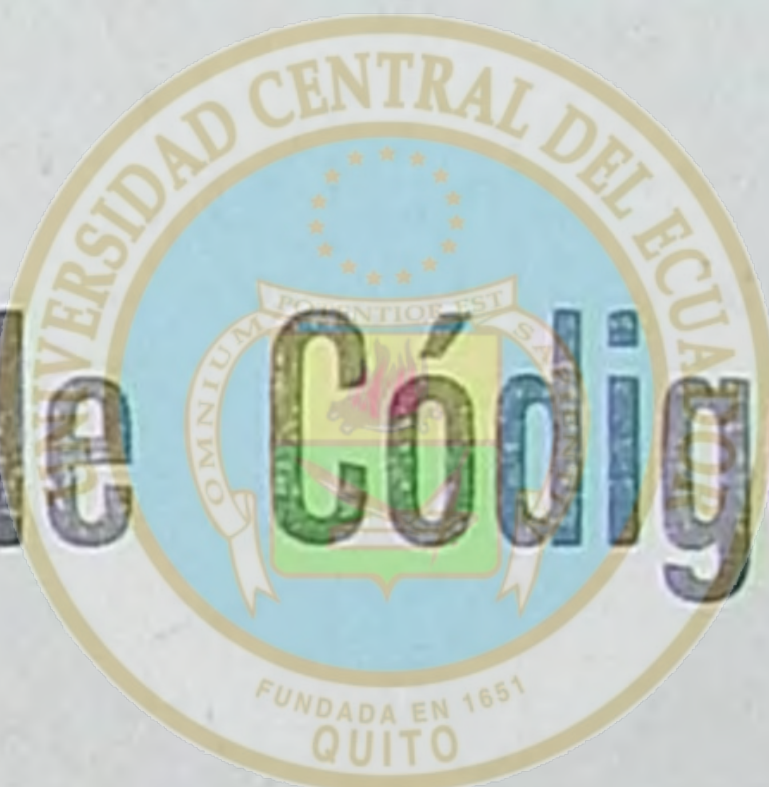


MARIA LUZMILA DE LABASTIDA

Trabajo de Código Civil



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

DEFENSA DE MENORES

Este trabajo fué premiado en el concurso anual "PEREZ GUERRERO" del año de 1951; cuyo veredicto entre otras cosas dice: "la defensa de menores abordada desde un punto de vista estrictamente legal, con verdadero acierto, y bajo un criterio social renovador, con ideas modernas, caracteriza a su autora, como una estudiante versada en esta clase de problemas, de amplia capacidad, de medulares concepciones y de un profundo espíritu innovador. La obra en conjunto, por el estilo y calidad de expresión, con la justeza de las interpretaciones y el criterio reformista que la informan, la conceptuamos como un trabajo de trascendental importancia que viene a enriquecer nuestra incipiente bibliografía jurídica en esta materia por su originalidad, concepción y alcances".

(Estudio del Libro I desde el título VII hasta el XXXII del Código Civil, de manera genérica denominado "Defensa de Menores").

DEFENSA DE LOS MENORES

Para la claridad de este trabajo, he considerado que es indispensable, recurrir **también** a las disposiciones del Código de Menores que tiene relación con nuestra ley sustantiva Civil, tanto más, cuanto que en el curso de este estudio manifiesto que muchas de las disposiciones sustantivas deben ser incorporadas en el Código de Menores considerando que de este modo, los derechos del niño están mejor garantizados, ya en lo que se refiere a la tramitación, ya en la aplicación de tales disposiciones.

Mi interés reside en que los derechos de los menores estén plenamente defendidos, ya en lo que se refiere a la protección de sus bienes económicos, ya en la protección a que están obligados los padres, en sus distintas calidades, ya principalmente a la protección que debe darles el Estado en las diferentes etapas de la vida del menor, esto es, desde el claustro materno hasta cuando éste se incorpore a la vida ciudadana. Con este propósito procuraré ser lo más clara, a fin, de contribuir al bienestar de la niñez ecuatoriana.

TITULO VII: "DE LOS HIJOS LEGITIMOS CONCEBIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO"

Desarrollo:

La palabra hijo, en el sentido lato, comprende todos los descendientes de una persona, sin limitaciones de grado, pero en un sentido estricto y adecuado a la materia de este estudio, hijo es el descendiente en primer grado; y diciendo en primer grado, queda entendido que se trata de la descendencia en línea recta, ya que en la línea colateral no hay primer grado de parentezco.

La palabra hijo viene de la voz latina **filius**; la que a su vez trae origen de **filiun** que significa hilo, lo que dá a entender, la unión del padre con el hijo. Filiación es la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre, calidad que crea relaciones de derecho importantísimas. Esta relación toma el nombre de paternidad o maternidad, según se considere por el lado del padre o de la madre.

He sentado este antecedente; que nos dá la definición de hijo con respecto a los padres, para concluir que sólo debe existir una sola clase de hijos, sin las discriminaciones que existen actualmente en nuestras leyes, como aquella clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, que la considero injusta porque hace a unos de mejor calidad que a otros restándoles por lo mismo, los derechos que deben ser únicos para toda clase de hijos.

Con mucha justicia la Constitución Política dictada por la Asamblea del año 1944-45 con un sentido amplio de defensa de los hijos, suprimió esta odiosa e injusta discri-

minación respecto a la calidad de hijos, sin que por esto se hayan vulnerado los derechos, ni la sociedad haya sufrido menoscabo. Sería pues del caso que si se ha de atender en forma efectiva y sin las trabas legales que hoy existen, que se derogue todas las disposiciones de nuestro Código Civil que mantiene la clasificación de los hijos.

Más, si no se ha de obtener en corto plazo, la derogatoria indicada, entramos, pues a considerar esta clasificación, indicando los aspectos indispensables, para que la situación de los hijos tenga una defensa eficaz, libertándola de toda traba y haciendo que sus derechos sean reconocidos, en la forma más sencilla y más fácil de obtención, por parte de los funcionarios llamados a consagrar estos derechos.

Hijo legítimo: Según el art. 202 del Código Civil es el concebido durante el matrimonio de sus padres.

Esta disposición a primera vista parece incompleta ya que se habla únicamente de la concepción y no del nacimiento. Pero tiene su razón de ser, ya que bien puede darse el caso de que un hijo haya sido concebido dentro del matrimonio y nacido cuando sus padres hayan sido divorciados, sin que por esta circunstancia el hijo pierda su calidad de legítimo. Comentario que me permito hacer porque hay quienes sostienen, con falta de lógica desde luego, que para que el hijo tenga la calidad de legítimo ha de ser concebido y nacido dentro del matrimonio.

Lo es también el concebido en matrimonio putativo mientras surta efectos civiles, según el Art. 107.

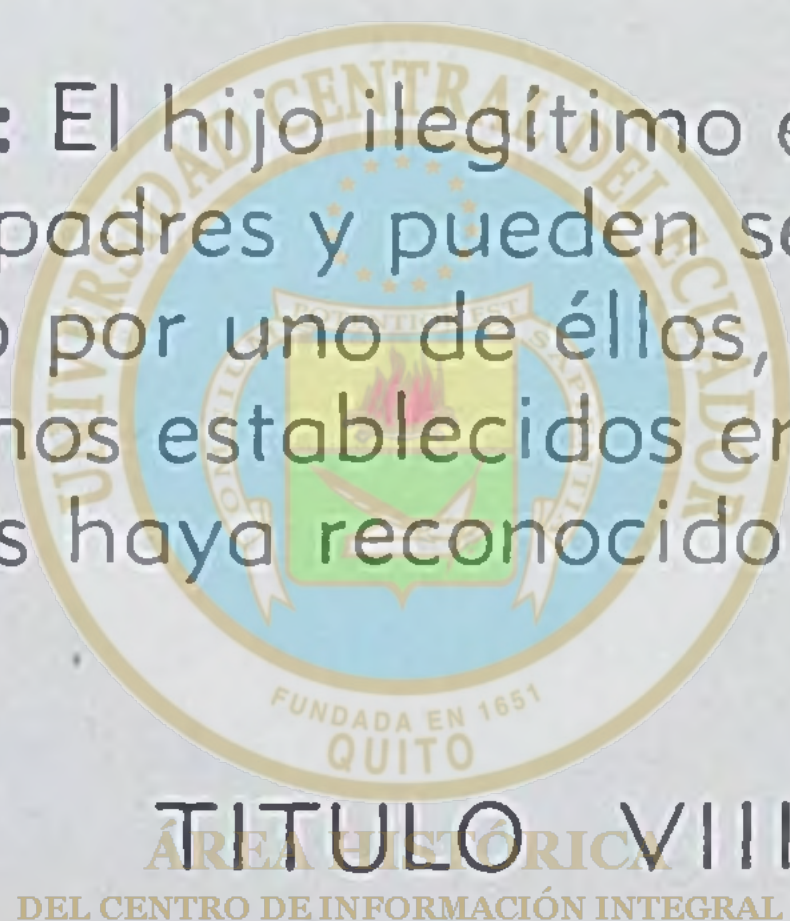
La restricción que contiene este artículo y que se refiere a la calidad de hijo legítimo, mientras surta efectos civiles el matrimonio putativo, lo considero injusto, ya que ninguna responsabilidad tiene éste, para no gozar de tales beneficios por la falta de requisitos del matrimonio de sus padres.

El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene como padre al marido (Inc. 1º del Art. 203).

Pero el inc. 2º del mismo artículo, confiere al marido la facultad de no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 68 pudiera presumirse que la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Tanto el caso de impugnación indicado como aquellos a que se refieren los arts. 204 y siguientes, y que se han establecido ya en beneficio del marido ya en el de aquellas personas que pudieran tener interés actual en la impugnación, desaparece en el caso previsto en el inc. 2º del art. 207, esto es, cuando el padre hubiere reconocido al hijo, como suyo en el testamento o en otro instrumento público. Es decir, que podría hacerse valer el derecho de impugnación cuando la calidad de hijo no apareciere de una manera clara y concluyente, y, es precisamente con el objeto de que desaparezca toda posibilidad de impugnación, que se ha establecido la disposición indicada, ya que será un exceso de facultades el que se impugne la calidad legítima de un hijo, después de que el padre haya otorgado un instrumento público o testamento, concediéndole esta calidad, aún en el caso de que hubiere tenido razones para impugnarlo.

Hijo ilegítimo: El hijo ilegítimo es el que nace fuera del matrimonio de sus padres y pueden ser reconocidos como tales por sus padres o por uno de ellos, y en este caso gozarán de los demás derechos establecidos en la ley respecto del padre o madre que los haya reconocido.



"DE LOS HIJOS LEGITIMADOS POR MATRIMONIO POSTERIOR A LA CONCEPCION"

Hijo legitimado: Si la legitimación es un acto voluntario, del padre o madre, o de ambos en conjunto, con la única condición de no afectar a los intereses, especialmente económicos del menor, es necesario que se le dé la mayor facilidad para que el hijo adquiriera esa calidad; y, al efecto sugiero que la forma más fácil y adecuada para la legitimación es la declaración de los padres en la respectiva acta matrimonial; en los casos previstos por los artículos 225 y 226 del Código Civil, última edición. Pues, la excepción contemplada en el inc. 2º del art. 227 del mismo Código entendemos que se refiere al caso en que los hijos no reúnan las condiciones fijadas en los dos arts. primeramente citados; es decir, cuando los hijos no hayan sido concebidos antes del matrimonio y nacidos en él, o no tengan la calidad de hijos ilegí-

timos comunes. Esto es, cuando en las partidas de inscripción de nacimiento de estos últimos, conste únicamente la declaración del padre o madre, y no de ambos a la vez. En este caso, se hace indispensable llenar para la legitimación las condiciones del inc. 2º del art. 227, ya que aquí bien puede suceder que el hijo, tenga por padre o madre a otro distinto de aquél que hace la legitimación.

Así se explica que para ésta sea necesario el otorgarlo por instrumento público, y la aceptación, previos los requisitos legales, de parte del legitimado, requisito que se halla determinado en los arts. 228, 229, 230 y 231 del mismo cuerpo de leyes.

Y tan cierta es esta doctrina, cuanto que el art. 232, establece que la legitimación aprovecha a la posteridad legítima de los hijos legitimados; debiendo, en el caso de haber muerto el hijo que se legitima, hacer conocer este acto a sus descendientes legítimos, los cuales podrán aceptarlo o repudiarlo de acuerdo con los arts. anteriores (228-231).

Las disposiciones de este Capítulo, desde el art. 233 al 237, a excepción de lo dicho ya, respecto a la legitimación en el caso de matrimonio putativo, y el derecho de impugnación que se refiere a las personas que pudieran tener interés actual en la impugnación, en nada perjudican a los intereses del menor, y por esto me abstenga de mayor comentario al respecto.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

TITULO IX

"DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS LEGÍTIMOS"

En este Capítulo, se hallan consignados, y perfectamente reglados todos los deberes y obligaciones que los padres legítimos deben a sus hijos, de igual calidad, ya en el orden económico, ya en el orden social y moral. Asimismo, las obligaciones que los hijos deben a sus padres, y que se sintetizan en el respeto y obediencia, y los cuidados que deben prestar a sus padres en los casos determinados por las mismas disposiciones de este Título. En él se establece la preferencia que, como jefe de la sociedad conyugal, ejerce el marido; y, sólo a falta de éste, esos derechos pasan a la madre. Las disposiciones todas que contiene el Título de es-

te comentario han sido tratadas con tal minuciosidad de detalles, y establecidas en forma preferentemente estudiadas, desde diversos puntos de vista, como son los de la afectividad, lazos que unen y arraigan la formación y mantenimiento de la familia, base de nuestra sociedad.

TITULO X

"DE LA PATRIA POTESTAD"

La patria potestad, como institución civil ha sufrido modificaciones considerables en el transcurso de los siglos. Fué instituída o confirmada por el mismo Rómulo, y después de practicada por tres centurias, fué escrita en la Tabla IV de los Descendidos.

Justiniano reconoce que la patria potestad cual se ejercía entre los romanos era algo peculiar en este pueblo; y, en efecto, en esta materia la Legislación Romana desconoció el Derecho Natural y de Gentes para aceptar como única regla sus instituciones civiles. En el Derecho Romano Antiguo, el padre de familia tenía sobre el hijo una potestad igual a la de Señor sobre el Esclavo. Un Legislador romano suavizó en algo este rigor, disponiendo que el padre no podía vender al hijo que se hubiese casado con su consentimiento; después se limitó el derecho de vender a los hijos, permitiéndolo sólo en caso de extrema miseria de los padres y sólo en cuanto a los hijos que acabasen de nacer y con facultad de rescatarlos.

Podemos afirmar, si descendemos a considerar el problema de la patria potestad en nuestras clases media e inferior que aún subsisten las costumbres enunciadas y que fueron practicadas por el pueblo romano. Pues, en nuestro medio se observa a menudo casos de venta de hijos, en cualquier edad, sobre todo en la raza indígena, como hemos indicado.

El Código Civil se ha preocupado en dos Capítulos diversos de los derechos y obligaciones de los padres y los hijos legítimos: uno de ellos trata del derecho que podemos llamarlo: "Autoridad Suprema" y que mira a la crianza, educación y establecimiento de los hijos; esto es, principalmente, a la persona de ellos y que corresponde conjuntamente al padre y a la madre, sin perjuicio de la superioridad

dad de aquél sobre ésta. Y en el segundo considera el conjunto de derechos que tiene el padre y dicen relación con los bienes de los hijos y que constituyen la patria potestad, derechos que pertenecen a la madre sólo a falta del padre.

La patria potestad no es una mera creación de la Ley Positiva. Es el reconocimiento de derechos y obligaciones impuestos por ley de la naturaleza y que son la base del orden familiar y social.

La Magistratura Paterna, según las palabras del consejero de Francia, M. Real, es la más sagrada de todas las magistraturas, independientes de todas las convenciones y que a todas ha precedido.

Aunque la ley define la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley le dá al padre legítimo, —ahora también a la madre a falta del padre— sobre sus hijos no emancipados, en realidad, esta Institución establecida, principalmente, en favor de los hijos y que mira al buen orden de la familia y de la sociedad en general.

Los derechos de representación del hijo y administración de sus bienes que la ley concede al padre y a falta de éste a la madre, son medidas de protección en favor del hijo menor para la debida conservación de su patrimonio; y el derecho de usufructo no ha sido dado al padre o madre para proporcionarles un lucro o ganancia, sino con el fin de darles los medios adecuados para que puedan cumplir, en mejor forma posible, las obligaciones que la naturaleza y la ley les imponen de atender a la crianza, educación y establecimiento de los hijos. Estos derechos y obligaciones no pueden modificarse ni delegarse y la ley no acepta estipulación alguna de los esposos, en detrimento de esos derechos y obligaciones.

La patria potestad, es pues un conjunto de derechos que se concede al hijo menor, especialmente en lo que dice relación a la defensa de sus bienes económicos, cuando los tiene; pero, a su vez, reconoce también el derecho de los padres a la ayuda que deben los hijos a aquéllos; y así encontramos la disposición del art. 261, en el que se dá la libre administración y disposición del usufructo de los bienes del hijo de familia, exceptuando solamente tres casos: 1º el usufructo de los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de su empleo, de toda profesión liberal, de toda industria y de todo oficio mecánico. 2º de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, con las restricciones que contiene

el inc. 2º; y 3º de las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado.

Resumiendo; los derechos que comprende la patria potestad son: usufructo, administración de los bienes del hijo y representación legal; advirtiéndose que todo lo que se diga del padre, se aplicará a la madre, en caso que a ésta le corresponda la patria potestad.

TITULO XI

"DE LA EMANCIPACION"

La emancipación dá fin a la patria potestad, según el art. 285, y se opera de tres modos: voluntaria, legal y judicial. Una de las formas de emancipación legal es aquella que lo obtiene el menor por haber cumplido la edad de veintiun años. Para comenzar este Título, creo conveniente hacer las siguientes consideraciones:

Son menores de edad, todo individuo hombre o mujer, desde su nacimiento hasta los veintiun años no cumplidos. Mas, hemos de considerar que a los dieciocho años, el menor tiene todas las características biológicas y puede, por lo mismo, tener la responsabilidad de todos los actos, tanto que el Legislador, tomando en cuenta esas consideraciones, ha concedido desde esa edad, el derecho de sufragio, si bien es cierto que en algunos casos ha resultado contraproducente tal concesión; pero de todas maneras se ha llegado a concluir que el individuo a los dieciocho años está en capacidad de intervenir en muchísimos actos de la vida pública.

Refiriéndose este Título, esencialmente a los intereses del menor, considero del caso que debe ser incorporado al Código de Menores, en el que tendría una aplicación más eficaz y menos engorrosa que ante los Jueces Ordinarios.

Ya el Código de Menores Uruguayo, confiere al Juez Letrado de Menores, la competencia en los juicios sobre pérdida o limitación de la patria potestad y emancipación. El mejor comentarista del Código Uruguayo, Dr. Eustaquio Tomé, dice: "Esta innovación es perfectamente racional; desde que la pérdida o limitación de la patria potestad se decreta cuando los padres son indignos de ejercerla, es induda-

ble que el magistrado más indicado para pronunciarse sobre el particular es el juez (en nuestro medio el Tribunal de Menores), a quién la Ley confía la guarda y protección de los niños, moralmente o materialmente abandonados, ya que dispone de los elementos adecuados para practicar con eficiencia las investigaciones necesarias".

La asistencia y protección que debe el Estado a los menores, es un principio fundamental consagrado en el Código de la materia, cuando dice que la protección del Estado se ejercerá mediante los servicios adecuados que deben suministrarse en lo posible dentro de su propio hogar y en instituciones que mejor convenga a sus diferentes períodos evolutivos.

Hay que insistir en la necesidad de proteger, en primer lugar, a la familia, y procurar, hasta dónde sea posible, mantener al menor dentro de su propio hogar, reservando sólo para aquéllos que carezcan de hogar o de ambiente familiar apropiado, el buscarles otro, o en último término asistílos en instituciones que tengan las características de hogar familiar.

Los hogares de protección infantil que tenemos entre nosotros, se han organizado a base de un sistema gregario de asilos medioevales.

No se puede hacer protección social entre los abandonados, si se los asina en locales estrechos y a menudo desaseados, si se los mantiene en la ociosidad por falta de elementos de trabajo, y se destina cincuenta camas para ochenta o cien alumnos internos. Y no puede hacerse esta obra de protección aunque la parte teórica sea, como es, en efecto, bien llevada; los exámenes psicotécnicos y afectivos bien realizados. No es posible tener casas cunas en locales arrendados, mezclando niños sanos y enfermos, cuidados por un personal ignorante en los preceptos de higiene infantil.

Mi criterio es que las instituciones que se funden sean a base del sistema disperso, en edificios pequeños, administrados por un matrimonio, a fin de que el niño sienta en lo posible el calor que reemplace al del hogar que perdió y disponga de edificios adecuados y de personal preparado.

Además, si la ley reconoce la protección de los menores, desde el nacimiento a los veintiun años, está exceptuando la protección del menor que está por nacer. Se hace, por lo mismo, indispensable que esta protección se ex-

tienda a éste último, con el establecimiento de instituciones de protección a la madre en su período de gestación, con la creación de centros de protección prenatal y centros materno-infantiles, en los cuales la madre ha de recibir todos los cuidados y atenciones para el nacimiento normal del niño que más tarde será un ciudadano del Estado.

Para el estudio de protección de los menores, que debe el Estado, considero necesario tomar en cuenta las etapas del desarrollo biológico del menor: la primera etapa, debe ser considerada desde el nacimiento, hasta la edad de seis años para proteger su desarrollo biológico y normal, con la creación de hogares materno-infantiles, sin perjuicio de los derechos que la ley confiere a la madre, para obtener, por su cuenta los medios indispensables para la protección de su hijo.

El segundo período comprende la edad escolar; necesita también, aparte de la protección que deben los padres, la del Estado, en cuanto se refiere a la enseñanza primaria, con la GRATUIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE ESTA, extendiéndose a dos o tres años de enseñanza profesional.

La protección del Estado durante este período del niño es de lo más importante, puesto que en él, es cuando se producen las anomalías que podemos concretarlas en el siguiente cuadro:

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

- I) Peligro Moral.
- II) Conflicto con el medio.
- III) Mala conducta.
- IV) Retardo Pedagógico.
- V) Incorrectibilidad e inadaptabilidad del hogar.
- VI) Abandono del hogar.
- VII) Estado de vagancia y nomadismo; y,
- VIII) Mendicidad.

Anomalías que pueden evitarse con la atención, protección y vigilancia que se den en las escuelas del Estado, que reúnan las condiciones ya anotadas.

El tercer período que comprende desde los doce a los dieciocho años, o sea la enseñanza secundaria, se hace indispensable la creación de escuelas prevocacionales, en las que se estudien y orienten las aptitudes del menor, con lo

cual se evitará los fracasos que a menudo se observan por falta de aptitudes y otros medios, especialmente económicos, que se los encarrile a profesiones y oficios adecuados para la capacidad del menor.

Es el período en el que se perfila la personalidad del niño; por lo tanto, es menester orientarlo, para que no sea víctima del ambiente social y desarrollo biológico, que se traduce en los siguientes puntos:

- I) Perturbaciones psicosexuales.
- II) Vicios y malos hábitos. Específicamente la prostitución en la mujer.
- III) Delincuencia aguda u ocasional.
- IV) Delincuencia crónica o habitual; y,
- V) Criminalidad.

Con todas estas medidas de protección que se ha anotado, el menor estaría perfectamente defendido en las diferentes etapas de su vida, que ya se ha mencionado.



"DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS"

El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre y de la madre, para reconocer a los hijos ilegítimos (art. 292).

El art. 293, indica las formas como puede practicarse el reconocimiento, éstas son: a) por escritura pública; b) ante un juez y tres testigos; c) por acto testamentario; d) por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo; y e) o en el acta matrimonial de ambos padres.

Es decir, que nuestra ley sustantiva, confiere la mayor amplitud y facilidad para que el reconocimiento de los hijos ilegítimos se opere, defendiendo, en esta forma los intereses de los menores que no tuvieron la suerte de nacer de matrimonio.

Además, el reconocimiento puede practicarse también por declaración judicial de la paternidad o maternidad, esto es, mediante el trámite del juicio de investigación ante los jueces ordinarios.

Voy a tratar en este título de dos aspectos que considero de suma importancia, cuales son los que se refieren a la impugnación del reconocimiento, por parte de las personas que prueben tener interés actual; y, la que se refiere a la revocabilidad del testamento, cuando en éste, se contiene el reconocimiento del hijo o hijos ilegítimos.

En el primer caso, la facultad concedida a terceras personas que sólo prueben tener interés actual para obtener la impugnación del reconocimiento, considero que es una facultad demasiado extensa, porque a mi manera de ver, esta facultad persiste aún en el caso de que el padre o madre hayan reconocido al hijo por instrumento público, a pesar que la disposición del art. 404 parece establecer lo contrario. Pues, en la práctica estamos observando que no obstante existir un reconocimiento expreso de la calidad de hijos, por parte del padre, éste se lo impugna, acojiéndose precisamente a la facultad consignada por los arts. 293, 236 y 68.

En el segundo caso es muy discutida la irrevocabilidad o revocabilidad del reconocimiento hecho por testamento. La revocación del testamento, no puede llevar consigo la revocación del reconocimiento, porque los hechos que afectan a terceros, una vez confesados de un modo solemne, ya no pueden retractarse; con declaraciones que producen todo su efecto, desde el momento en que se hacen; y además, porque las cláusulas del testamento que son esencialmente revocables, son aquellas en que el testador dispone de sus bienes, para después de sus días y son las que constituyen el objeto propio del testamento y se llaman DISPOSICIONES.

Es evidente que en caso de testamento cerrado destruído por el padre u otorgante, no queda vestigio del reconocimiento; por lo cual estas observaciones no comprenden este caso.

Algunas legislaciones, como la del Uruguay, contemplan este aspecto, y disponen que si el reconocimiento se ha hecho por testamento, aunque éste se revoque no se tiene por revocado aquél.

Nuestro Código, al hablar de las formas de reconocimiento, no ha consignado disposición alguna que defienda este acto cuando se lo ha otorgado por testamento. Por lo que siendo revocable éste, se entiende también que lo considera revocado el reconocimiento que se ha operado en tal

forma. Lo expuesto, referente a la irrevocabilidad del reconocimiento hecho por testamento, nos está demostrando lo necesario que se hace que se introduzca en nuestro Código una ampliación o reforma que dé validez a este acto, que en efecto, constituye una declaración, cuya revocabilidad afecta a intereses de terceros; y no puede, por este motivo, subsistir en la forma que hoy se encuentra en nuestra ley.

TITULO XIII

"DECLARACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD ILEGITIMAS"

El derecho consagrado en este Capítulo en favor del hijo menor, puede decirse, que es el derecho básico que le concede la ley; pues, de él se derivan los demás derechos, como es el de prestación de alimentos y protección en general. Todo el articulado de este Capítulo y su procedimiento a seguirse, están en consonancia con los más modernos principios de Legislación, inclusive en lo que respecta a pruebas científicas, como la Hematología, aunque con ésta aún no se ha llegado a determinar que una persona es hija de otra y solamente pueden asegurar, en algunos casos, que un individuo no puede ser hijo de otro.

Este derecho, en algunos países, como Francia, Italia y algunos americanos, entre ellos Uruguay, ha sido incorporado en el Código de Menores, lo que no ha sucedido en nuestro país, ya que el Código de Menores vigente nada dice al respecto; subsistiendo por lo mismo las disposiciones del Código Civil.

Dado el carácter de este trabajo, que tiende a la defensa irrestricta del menor, considero que la forma más viable y adecuada para llegar a la investigación de la paternidad o maternidad, es la contenida en el Capítulo XI del Proyecto del Código de Menores presentado a la Cámara de Diputados. En dicho proyecto se establece que declarando el derecho de paternidad o maternidad ilegítima, para que ésta sea completa, el Tribunal mandará que se modifique la Partida de nacimiento del menor otorgándole la calidad de hijo legítimo.

Además, si se está buscando la forma más fácil, adecuada y ejecutiva de darle protección al menor, considero

que no debe subsistir la forma lenta y dispendiosa del juicio de investigación de paternidad o maternidad ante los Jueces Comunes, porque con este trámite se divide sin motivo alguno la jurisdicción del Tribunal de Menores que debe ser el único llamado a conocer y resolver todo aquello que interesa al menor.

En el proyecto de Bello de 1853, en sus arts. 311 - 313, se establecía medios más fáciles y rigurosos para llegar a la investigación de la paternidad o maternidad ilegítimos. Entre estos, podemos citar los siguientes: "El hijo ilegítimo tendrá derecho a que el individuo que dice ser su padre sea citado ante el juez a declarar si cree serlo, o si al menos en el tiempo en que se pudo efectuar la concepción tenía trato ilícito con la madre (art. 311).

Si el demandado confesare que se cree padre o en el tiempo en que pudo verificarse la concepción tenía trato ilícito con la madre, o si por escritura suya aparece que ha mirado al hijo como suyo, o que a lo menos tenía trato ilícito con la madre en el tiempo en que la concepción fué posible, o si rehusare declarar o si no compareciere pudiendo y habiéndose repetido la citación, será condenado a suministrar al hijo los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sin que le valga alegar que la madre en ese mismo tiempo tenía trato ilícito con otros hombres (art. 313).

Como se ve, el proyecto del año de 1853, además de la confesión del padre y de su no comparecencia, después de dos citaciones, con expresión de objeto, únicos medios que capta nuestro Código Civil, aceptaba como medios de indagación y presunción de la paternidad, la confesión de que el supuesto padre hubiere tenido trato ilícito con la madre en el tiempo en que pudo verificarse la concepción y la circunstancia de que en una escritura del padre apareciere que haya mirado al hijo como suyo o que a lo menos tenía trato ilícito con la madre en el tiempo en que la concepción fué posible; y no admitía la excusa que aceptan otras legislaciones modernas de que la madre en el tiempo en que pudo verificarse la concepción, tenía trato ilícito con otro.

Fundamentado su proyecto, decía el señor Bello, porqué se condena a la prestación de alimentos por el solo hecho de haber tenido el demandado trato ilícito con la mujer, en el tiempo en que pudo efectuarse la concepción, aunque aparezca que la mujer tenía trato ilícito con otros hombres en el mismo tiempo? respondo que si no obstante la intima-

ción de la ley se ha expuesto al peligro de tener que alimentar un hijo ajeno, no tiene de qué quejarse (Barros Errazuriz).

Siguiendo con el pensamiento de Bello "la prestación de alimentos puede también mirarse como un castigo que se hace servir a la sustentación de criaturas inocentes que deben su degradada existencia a la inmoralidad y al libertinaje".

De lo expuesto, concluyo que en lo que respecta al derecho de investigación de la paternidad, especialmente, y que como ya se ha dicho es el primer derecho del niño, a saber quiénes son su padres, puede darse una mayor amplitud, al que actualmente consagra la Ley Sustantiva; puesto que este derecho sólo mira a la protección del niño que tiene la calidad de hijo ilegítimo, sin que de parte de éste exista la menor responsabilidad para esta situación.

TITULO XIV

"DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS ILEGITIMOS"

El artículo de este Título, establece las obligaciones que tienen los padres ilegítimos con los hijos de la misma clase dándoles iguales derechos a éstos que los que gozan los hijos legítimos según la ley sustantiva. Por lo mismo, considero que sólo merece un comentario favorable a dicho articulado, porque éste cumple la finalidad propuesta en este trabajo, cuál es la defensa de los menores.

TITULO XV

"DE LA ADOPCION"

Esta institución, con bastante acierto se halla ya incorporada al Código de Menores vigente.

Contiene normas de procedimiento, en lo posible, la práctica de la adopción, que únicamente beneficia al menor, de conformidad con las mismas disposiciones ya indicadas.

Es evidente que los padres, del menor, cuya adopción

se va a practicar, para consentir en ésta han de tener en cuenta únicamente los beneficios que obtendrá su hijo con esta medida que en el mayor número de los casos, puede constituir un sacrificio moral y material, que sólo puede estar compensado con la seguridad de que el hijo va a gozar de mejores medios para su subsistencia, educación y en general para el desenvolvimiento de la vida.

Como se trata de un problema de lo más importante para la vida del menor, merece que me detenga para hacer algunas consideraciones que estimo oportunas, sobre todo para hacer diferencia entre la adopción y la colocación familiar, institución esta última que no se la practica en nuestro país; ya que, la colocación familiar no se la ha de confundir con la colocación doméstica, que se la hace actualmente en el Tribunal de Menores.

ASISTENCIA SOCIAL AL NIÑO EN HOGARES SUSTITUTOS

La atención al niño en hogares sustitutos o colocación familiar descansa en el principio fundamental de que el hogar es el medio más adecuado para su normal desarrollo.

En el largo devenir de la Historia Humana, la imitación de la vida familiar, era tomada muy en cuenta, por los padres que en predicción de cualquier riesgo desfavorable en el hogar, como muerte de los padres y difícil situación económica, enfermedad, etc.; asignaba a sus hijos, padrinos y tutores, personas éstas de su confianza y con recursos disponibles, asegurando por estos medios, el bienestar futuro de sus hijos.

Asimismo se considera la adopción en forma legal que era solicitada en casos en que el pupilo o ahijado hubiese conquistado el beneplácito de su guardador o tutor.

Actualmente se conserva en forma muy obligada esta costumbre representando el padrino o madrina la persona que suplirá a los padres en caso necesario.

Este viejo anhelo que pone en evidencia el instinto protector de los padres para sus hijos, ha sido tomado muy en cuenta en las nuevas medidas adoptadas en bien de la niñez, las que hoy día son llamadas colocación familiar y adopción.

Las técnicas asistenciales, y preferentemente las que se ocupan del niño, han evolucionado hasta el logro de es-

te propósito, buscando sistemas que son máxima seguridad a los menores que, por una u otra causa, han perdido su hogar y se debaten en la orfandad y abandono. En esta búsqueda se ha llegado a la conclusión, que, aunque se trate de una situación creada artificialmente, sólo un hogar sustituto puede proporcionarles el calor y la atención individual y necesaria para que se incorporen al ritmo normal de la vida.

Con mucha razón, Katherine Lenroot, refiriéndose a la colocación familiar dice: "El hombre es un ser social que brota de la familia de ella se nutre y saca su sustento, a ella está encadenado por innumerables fibras. Cuando por cualquier acción se desarraiga, su vida, y bienestar, exigen que se le trasplante y alimente con la misma tierna solicitud y condiciones del ambiente, tierra y sol que el cuidadoso jardinero despliega hacia sus surcos.".

He aquí sintetizado el objetivo y característica de esa nueva medida de protección infantil.

Países que por su capacidad económica han podido avanzar más que el nuestro han procurado eliminar, en la medida de lo posible aquellas instituciones cuyos sistemas de asilo no ofrecían garantía de un desarrollo normal de los menores entregados a su servicio, modificando su organización y acercándola a la vida de familia u organizando servicio de colocar familiarmente.

Muchos son los casos en que el niño necesita de ese sistema proteccional, entre otros anotaremos los siguientes:

Muerte de los padres: circunstancia que por si sola explica el abandono total sobre todo en aquellos casos de hijos ilegítimos o faltos de parientes.

Abandono por parte de los padres: entendiendo así la acción voluntaria y consciente de descuido o desamparo de los hijos por parte de los padres. Las causas que dan lugar a este abandono son numerosas, comunmente de orden moral (ilegitimidad), las que van casi siempre ligadas a la miseria.

Enfermedad de los padres: aquellas circunstancias en que el niño está rodeado de una atmósfera de inseguridad en su salud física y mental, a causa de una enfermedad contagiosa o típica de sus padres, o cuando el niño mismo padece de estos trastornos.

En caso de peligro moral: explícate así la condición inmoral de los padres, lo que hace que el menor deba compar-

tir con ellos una vida llena de vicios y de miseria moral; el hecho de que sus padres observen el comportamiento escandaloso en su manera de vivir; o bien que sean los administradores de prostíbulos que sirvan a la vez de hogar al niño, o que la madre se ocupe en lugares de dudosa reputación moral.

El alcoholismo del padre o de la madre o cualquiera otra clase de toxicomanía que dé como resultado una degeneración de las costumbres, siendo un atentado contra la moral y el mal ejemplo para sus hijos.

Incapacidad de los padres: Entendiéndose por tal el desconocimiento en el trato de los niños, quiénes suelen ser víctimas de rigurosos castigos, lo que va ocasionando muchas veces problemas especiales de salud, mentales, de conducta, de malos hábitos, etc., considerándose los padres, en un momento, incapaces de tratar con ellos.

Por ausencia de los padres: Llámase así la desaparición involuntaria de los padres en el hogar, así: la hospitalización larga de la madre o padre viudo: el padre de familia que está en presidio, etc. Niños alejados de su hogar por orden judicial, en aquellos casos de suspensión de la patria potestad.

Por último y en forma preferente, los casos de niños expósitos que nunca supieron tener el calor del hogar, para ellos demanda de manera urgente, la asistencia infantil que tan excelentes resultados ha dado en otros países que lo han adoptado ya.

Todas estas situaciones y otras que por la complejidad de factores que presenta cada una, no pueden ser rígidamente clasificadas, son las que han dado lugar a que la acción social, deber primordial del Estado, se dirija hacia otros recursos de su tarea protectora infantil, dando origen al sistema de hogares llamados sustitutos o de colocación familiar, donde el niño encuentre mayores garantías de bienestar, de afecto y de recta moral.

Generalmente este sistema es atendido por un Departamento de acción social o agencia quién recibe las solicitudes y cuenta a su vez concepciones de observación y tránsito donde quedan los niños para el estudio técnico de profesionales que dictaminen el momento en que el menor está en condiciones de ser entregado en colocación familiar.

La trabajadora social persona competente para la aplicación de este sistema, debe tomar a conciencia la respon-

sabilidad que dignifica el futuro del niño y estudiar en forma detenida y minuciosa cada situación, ya que debe estar convencida de que ha de recurrir por este servicio cuando los recursos de rehabilitación del hogar han sido agotados, o cuando el apremio de la situación así lo requiera.

Al tomar a su cargo este estudio enfocará su acción hacia dos aspectos esenciales: el estudio de la personalidad del niño e investigación del hogar candidato a la entrega del menor.

El conocimiento del niño lo tiene mediante la investigación social con el fin de conocer los datos de identificación suficientes, sobre el niño y su familia para juzgar inteligentemente la situación.

Estos datos se consiguen en informaciones personales como las del estado civil, edad, cultura, ocupación, salud, salario y domicilio, etc. por parte de los padres y sobre el niño la fecha de nacimiento, nombre, salud y escolaridad, etc., que darán oportunidad a conocer las características y hábitos que el niño está acostumbrado en su hogar y ambiente social.

Su personalidad se interpreta a través de los datos sociales recopilados y por medio del estudio de informes técnicos del medio, del psiquiatra, psicólogo o inspectores de la sección de observación, lo que señala la pauta a seguir para la elección de un hogar acorde a las condiciones personales y sociales del niño cuidado.

Tan prolijo y cuidadoso como el primer aspecto, es el estudio que se refiere a la elección del hogar donde ha de llevarse al niño evidenciando la importancia de esta labor la necesidad de contar con más de una opinión autorizada para la clasificación del hogar probable a la colocación familiar.

Lo menos que debe exigirse en la selección del hogar para la colocación según Lenroot, es lo siguiente:

1º Independencia económica: suficiente para vivir confortablemente.

2º Habitación provista de luz: calor y ventilación, sanidad y piezas adecuadas para la familia.

3º Ambiente del hogar: menaje suficiente, orden, limpieza, cuidado directo de los niños, preparación de la alimentación, etc.

4º Salud: de todos los miembros de familia lo que debe ser constatado para beneficio del niño.

5º Vecindario: de condiciones sanitarias, tranquilo, de buenas referencias (lejos de prostíbulos y cantinas etc). cercano al colegio, plazas de juego, clubs sociales, etc.

6º Educación e inteligencia: no debe considerarse tanto la educación como el grado de sensibilidad en el trato con los niños.

7º Moral íntima: de corrección de hábitos, de honrabilidad.

8º Ambiente: de simpatía a los guardadores, afectividad y posibilidades para comprender las necesidades del niño. Armonía en su relaciones, éxito en el cuidado de sus propios hijos si los tienen.

9º Motivos de solicitud: de especial importancia, y debe ser aceptado por la trabajadora social y para la institución (agencia o departamento de acción social).

Otros puntos esenciales en la selección del hogar es el tiempo aproximado que a juicio de la trabajadora social necesita el niño en colocación.

Sin tratar de establecer normas rígidas ya que la diversidad de los factores que han dado origen a tal situación son circunstancias sujetas a variaciones y por tanto difíciles de encasillar en una clasificación, tratará de señalar para mayor claridad que las colocaciones pueden ser temporales, por períodos más largos o tener carácter más o menos definitivo, lo que se determina por la gravedad del problema origen, y se constata a través del desenvolvimiento del caso. Hecha esta salvedad, podríamos decir que una colocación familiar temporal sería lo indicado en casos de que el motivo de la separación sea susceptible de una solución a corto tiempo. Por ejemplo, niños con problemas graves de salud (estados tuberculosos o cardíacos) cuyo tratamiento es verbal y a quiénes la colocación familiar en un ambiente favorable sería beneficioso; niños abandonados a quienes guardan por el éxito de la investigación del paradero de sus padres y la solución del problema que provocó su abandono; niños cuyos padres hospitalizados o en el trabajo, se reincorporen a su hogar; niños alejados de su hogar por inconvenientes y cuyos padres cambian su actitud, etc. vuelvo a decir, son tenidos en cuenta para una colocación temporal, por las probabilidades de su reintegración a su grupo familiar.

Para los casos originados por razones de más difícil o lenta solución, podrían considerarse más conveniente la co-

locación por largos períodos o bien colocados con miras a una futura adopción.

A estos casos correspondería por ejemplo: niños huérfanos sin parientes, niños alejados de su hogar por orden judicial; niños que teniendo padres no pueden permanecer junto a ellos a causa de una enfermedad contagiosa irrecuperable o un grave trastorno mental; niños que presentan anomalías físicas o mentales, conflictos de conducta, cuyos padres no están capacitados para tratarlos.

De igual interés para la institución y la familia, se han de guardar al niño, en lo referente al cargo de colocación. "Esta cuota de asignación familiar", como pudiera llamársele, varía de acuerdo con la localidad y al tiempo de la colocación.

Hecho el estudio de ambos aspectos, la trabajadora social estará en condiciones de elegir el hogar para determinado niño y el niño para tal hogar. Es decir, que su conocimiento previo a la situación, debe darle la seguridad y el acierto para colocar un niño en una familia donde la similitud de su ambiente de hogar sea tal, que garantice la adaptación, natural del niño. Por ejemplo: procurar en lo posible que el hogar seleccionado corresponda a las costumbres hasta entonces observadas en su hogar a un ambiente social más o menos de su misma condición, y en un sector urbano o rural, teniendo en cuenta las oportunidades del niño a sus posibilidades de educación y aptitudes vocacionales ya sea en sentido artístico o intelectual.

Factor determinante en la colocación familiar es asimismo la edad del niño. Mayor acierto se obtiene al colocar a un niño entre los cinco meses a siete años, que a niños de mayor edad. El adaptarse a nuevos ambientes de hogar y de medio a diferentes costumbres y a otros intereses, es motivo de gran consideración y esfuerzo por parte de los niños menores, quienes están precisamente en el período de asimilación de nuevas situaciones en su normal desarrollo; mientras que para niños de 10 a 14 años, que han pasado este período y en quienes se perfilan ya características de su personalidad, significa un considerable esfuerzo ese proceso de adaptación, al que muchas veces lleva al fracaso de la colocación familiar, ya que por ser muy sensibles algunos niños, no se adaptan al sistema, y algunas veces, hasta se presentan conflictos emocionales.

Una vez colocado un niño lo que también requiere un

proceso especial como ser preparación del ambiente familiar del niño mismo, las especificaciones sobre derechos y deberes, responsabilidad y arreglo financieros por parte del niño, de la familia y de la institución, la trabajadora social debe iniciar la supervigilancia del niño en el hogar lo que será de mayor o menor frecuencia, según sea la característica del caso.

Los controles que hace deben estar encaminados a determinar la actitud del menor, ante el hogar, la escuela y la comunidad, su conducta y reacciones, su salud, hábitos e higiene y estado sanitario del hogar, factores favorables o desfavorables del mismo; datos que deben ser considerados en una ficha cronológica confeccionada especialmente.

El tratamiento estará orientado especialmente al futuro niño, procurándole todos los medios y oportunidades para que se obtenga una educación completa y un trabajo que le permita una total adaptación social.

La trabajadora social para su tarea de supervisión en colocación familiar debe aplicar la técnica del caso social individual, prestando máxima importancia en su trabajo a la índole educativa con los padres sustitutos, al acercamiento entre éstos y los niños confiados a su cuidado. En una palabra, realiza una labor que tiende en todo momento al buen desarrollo psíquico y pedagógico de cada menor.

Por otra parte, tiene en cuenta su tarea principal de construcción del hogar de cada niño, la trabajadora social; mientras la colocación suple las necesidades de éste va preparando su verdadero hogar en caso de tenerlo, eliminando si ello es posible, la situación irregular manteniendo el contacto de niño y sus padres si esto no es contraproducente de manera que algún día el niño vuelva a vivir con sus padres.

Para finalizar diremos que el éxito de la colocación familiar depende del estudio, preparación y supervigilancia de los hogares en los que el niño es colocado^a sin lo cual no sería concebible la aplicación de un sistema proteccional de la enorme responsabilidad de éste.

De ahí que sea la trabajadora social del caso, la profesional idónea para la aplicación de este sistema de asistencia infantil, evitando así el fracaso de la colocación familiar, el que proviene de la selección de hogares hechas por personas inexpertas y desconocedoras de la técnica del servicio social.

Creo que quienes se interesan por los problemas de la

niñez convendrán conmigo en la urgente necesidad de la implantación de este servicio en nuestro país, pues nada justifica que contando con elementos técnicos indispensables estén privados de hogar los niños que lo necesitan.

Para terminar este capítulo de vital importancia, como hemos dicho, para la vida del menor, consignamos aquí lo que la comisión elaboradora del nuevo proyecto del Código de Menores, dice al respecto: "Este capítulo (De la Adopción de Menores) es la transcripción casi literal de la actual ley ecuatoriana sobre adopción de menores, uno de los aciertos del congreso ordinario de 1948".

"En ella se refleja el actual criterio que hace de la adopción una verdadera ley de protección de menores, en lugar de una simple disposición relativa al nombre y herencia, como en los códigos antiguos. La Comisión ya nombrada no ha creído todavía conveniente, incorporar en todos sus alcances, la Ley de Legitimación Adoptiva que contempla el Código de la Familia Francés y que es ley en el Uruguay, desde el 25 de noviembre de 1945, sin embargo, en cierto sentido, la ley ecuatoriana trata de la legitimación adoptiva, cuando especifica en el art. 142 del Proyecto del Código de Menores los casos en los cuales el adoptado gozará de las garantías que las leyes confieren a los hijos legítimos".

"De la protección intelectual y moral. Considera la comisión a este Capítulo de la más alta trascendencia en la formación de la personalidad del niño. El Estado Moderno tiene la obligación de contribuir a la formación moral e intelectual del menor, y, por tanto a intervenir en la valoración y juzgamiento de las actividades extrafamiliares del niño, propendiendo a que ellas se incluyan decisivamente en el proceso de su modelación intelectual y moral en forma positiva"

"De la colocación familiar. La modificación más interesante en este Capítulo es la de hacer que la colocación familiar se realice no solamente por medio del Tribunal de Menores sino por medio de agencias o instituciones autorizadas que, en forma privada, traten esta importante fase de la protección infantil".

He pecado de extenso en el comentario de este Título, en el afán de interpretar su contenido y objetos verdaderos y se los aplique de modo que cumplan con la alta finalidad para la que está llamada.

(Continuará)