



JOAQUIN MALO

050
248a
REVIS A

8567 ✓
3069 ✓
DE LA

UNIVERSIDAD

DE

CUENCA

Nº 5º

CONTENIDO:

3067
de el Código Civil. Estud
Legislación Comparada — A

Septiembre de 1930.

Cuenca—Ecuador S. A.

Tip. de la Universidad

REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA

Nº 5º

NOTAS

La Revista de la Universidad de Cuenca se canjea con toda clase de publicaciones nacionales y extranjeras.

Esta revista cuenta con la colaboración de los Profesores de la Universidad.

De las opiniones emitidas en los trabajos que publica la revista son responsables sus autores.

* Se hará reseña crítica-bibliográfica de las obras que se recibían dos ejemplares, las mismas que serán destinadas a la Biblioteca de la Universidad.

No se devuelve originales.

Canjes, correspondencia, etc. impersonal diríjase a UNIVERSIDAD, apartado Nº 18.



PAGINA PERSONAL

A la Academia de Abogados de Quito, y especialmente a Remigio Crespo Toral y Honorato Vázquez, preclaros Mecenas de la juventud ecuatoriana, dedica el autor este trabajo jurídico de vulgarización científica:

Mora

LA FILIACION ANTE EL CODIGO CIVIL.

347.

Cuenca, Septiembre de 1930.



DISTRIBUCION DE MATERIAS.

Los diez y seis Capítulos que contiene este volumen sobre el DERECHO DE FILIACION ANTE EL CODIGO CIVIL, son los siguientes:

Páginas

I.—Noción sintética de la familia y teoría jurídica del parentesco.....	3—10
II.—Proyecciones jurídicas y efectos generales de la consanguinidad ilegítima.....	10—15
III.—Inconvenientes y males sociales que traerá consigo la reforma al derecho familiar vigente....	15—19
IV.—El matrimonio como institución social y jurídica.....	19—24
V.—Función social y síntesis de los efectos jurídicos del matrimonio entre los cónyuges.....	24—29
VI.—Consecuencias jurídicas del matrimonio tocante a la filiación.....	29—48
VII.—Sistema sucesoral mixto en antinomia con el plan científico del Código Civil.....	48—57
VIII.—De la filiación de la prole habida fuera de matrimonio.....	57—60
IX.—Antecedentes históricos y variedad de criterio jurídico sobre el reconocimiento de hijos naturales....	60—68
X.—La investigación de la paternidad como etapa de desarrollo del derecho familiar.....	68—76
XI.—Los alimentos en su propia significación jurídica y en sus especies.....	76—83
XII.—Variantes del problema relativo a la herencia concedida por la Constitución a los hijos ilegítimos.....	83—87
XIII.—Lerecho de los hijos ilegítimos en diversos momentos sociológicos e históricos.....	87—93
XIV.—Exposición de motivos y análisis de diversas tesis sobre la herencia deferida por testamento y abintestato.....	93—113
XV.—Confrontación y síntesis histórica y modalidades internacionales del derecho sucesorio....	113—136
XVI.—Nivelación de los hijos habidos fuera de matrimonio. Proyecto de las décimas que les concede la Academia de Abogados de Quito. Sus vacíos, imperfecciones y erratas.....	136—168



LA FILIACION

ANTE EL CODIGO CIVIL

(Estudio Monográfico de Legislación Comparada)

No se oculta a la visión crítica menos penetrante que el peor de los males en el Ecuador es la abundancia y heteronimia de leyes, cuya inestabilidad y superproducción denuncian la crisis y el estado caótico en que nos encontramos, debido al meteorismo ideológico y espíritu de servil imitación.— Cuando en Roma apareció este sintoma de desplazamiento y decadencia de las antiguas instituciones, no se atribuyó a otra causa el malestar de la República; y al hablar de esa época Cayo Cornelio Tácito, historiador latino, lanzó este formidable anatema: **Corruptissima Respublica plurimæ leges.**

Estamos convencidos de que, si no se establece una Comisión Legislativa Permanente, para el severo análisis, estudio detallista y selección de la multitud de Proyectos que se hallan pendientes, no podrá el Congreso Nacional de 1930, por sí solo, tener tiempo sino para aprobarlos, o hacer modificaciones defectuosas e incompletas, aprovechando de la **carga de camello** dejada por la Dictadura a la última Asamblea y de la labor consultiva y de reconstrucción encomendada a la Academia de Abogados, respecto a algunas de las complejas y variadisimas materias del Derecho Privado, y, espe-

cialmente, del Código Civil, cuyas reformas no deberían ser de improvisación y de apremiadoras circunstancias, sino de lo más prolijas y concienzudas.

Apreciando debidamente la honradez y el patriotismo, el caudal de luces y la buena voluntad que anima a no pocos congresistas, en manos de quienes está la Hacienda Pública, el prestigio de las instituciones y la autonomía de la Nación ecuatoriana, el honor, la propiedad, la ventura de las familias y felicidad de los asociados, vamos a estudiar, de modo sintético, limitándonos al campo del Derecho Civil, una serie de problemas jurídicos de actualidad, alrededor de un solo tema: **el derecho de filiación.**

Recurriremos para ello trasuntivamente a la historia y fuentes auténticas de legislaciones europeas y americanas de los países más civilizados y cultos del mundo, con motivo de la reforma que impone el número 19 del artículo 151 de la Constitución Política de la República, aplicable al régimen de organización de la familia ecuatoriana, al parentesco, en general, e investigación de la paternidad, que son el antecedente para la herencia de los hijos ilegítimos.

Libres de preocupaciones, hemos preconizado siempre la más absoluta libertad de crítica y exégesis en materias jurídicas, para toda investigación de principios y doctrinas científicas, sin otro ideal que el triunfo de la justicia, ni otro anhelo que el esplendor y mejoramiento de las instituciones jurídico—sociales. Somos partidarios de la implantación de reformas que sean realmente útiles y beneficiosas, dentro del plan general y armónico de los sistemas legislativos, a cuya bondad relativa y unidad deberíamos aspirar, manteniendo los derechos que deben conservarse y la estructura de los Códigos que nos rigen. No hay que romperlos, caprichosamente, ni mutilarlos.

Ellos se asemejan a un organismo vivo, sienten calofrío cada vez que se aproxima un Congreso; y así como el mecanismo de una máquina que funciona normalmente, es susceptible de desequilibrio y ruina, cuando sus ejes centrales y cada una de las piezas de que se compone no están bien ordenadas y dirigidas; de igual modo se produce la destrucción completa de sistemas jurídicos y desarticulación de los Códigos, a causa de disposiciones heterogéneas y violentísimas reformas, contrarias a las instituciones y costumbres del pueblo legislado, que alteran profundamente el orden económico, familiar, social, &

Noción sintética de la familia y teoría jurídica del parentesco.

La condición jurídica y el estado civil de la familia han guardado siempre íntimas relaciones con el grado de civilización de los pueblos, con el isocronismo y vigor moral de las instituciones y hábitos tradicionales, con el medio biológico y antropológico, con la sociología moral y religiosa, en la historia de la humanidad, cuya primera fase embrionaria de comunismo y servidumbre ha desaparecido generalmente y se ha transformado mediante la individualización del matrimonio, al que se deben la paternidad y filiación legítimas.

La tutela y protección de la familia es uno de los deberes primordiales del Estado, al que le corresponde velar por ella, sin inmiscuirse en la vida doméstica, ni alterar sus usos y costumbres, garantizando el conjunto de derechos y obligaciones provenientes de la sociedad conyugal y paterno-filial.—En su consustancialidad interna y desenvolvimiento teleológico, cada familia goza de autonomía y es del todo independiente, por su categoría sociológica y sus funciones immanentes.—La crianza amplificativa, o sea la educación integral, es el medio de poner al niño en contacto con los objetos de la naturaleza y miembros de la sociedad, cultivando y desarrollando progresivamente su capacidad perceptiva, el ejercicio de sus sentidos y todas sus maravillosas facultades intelectivas, éticas y religiosas.

No en vano nuestra Constitución ha declarado como garantía fundamental, la protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar. En el grupo de las leyes naturales que rigen a dicha asociación, está la de unidad armónica y la biológica de sucesión constante. A ellas se debe que la familia sea la más grande y perfecta escuela de enseñanza y educación gradual del espíritu, de edificación humana y convivencia social, en que la autoridad de los padres está investida de soberanía, por el imperativo categórico del amor y de la naturaleza, con el asentimiento de sus miembros, cuyo sistema de gobierno e interdependencia reconocida por las leyes, tiene su raigambre en la vinculación más fuerte, cual es la de la sangre. La personería jurídica de la familia, en su régimen interno y constitución, es tan inviolable como el derecho hereditario y el de la enseñanza libre.

Atendida la pluralidad de necesidades y fines culturales,

y por cuanto la familia no dispone por sí misma de todos los medios de pleno desarrollo y máximo progreso, es de incumbencia del Estado, o sea de la Ley Positiva Civil, darle la senda directiva y todas las notas de representación externa, para que pueda cumplir con su elevada misión, determinando al mismo tiempo las condiciones esenciales de existencia jurídica, su funcionamiento, severa disciplina y organización estable. De este modo, sin menoscabo de la autoridad paterna, han resuelto las leyes todos los conflictos que pudieran suscitarse, en el círculo de esa pequeña democracia que se llama familia, manteniendo sus fueros y prerrogativas, dignidad y prestigio, dentro de los límites razonables de separación entre la prole legítima y la ilegítima, cuya variedad de esferas y diversidad de condiciones son inconfundibles, social y jurídicamente hablando.

Por ser el matrimonio el único fundamento legal de la familia legítima, las distintas agrupaciones humanas y los Poderes Públicos, han rodeado a esta institución beneficiosa y universalísima de toda clase de garantías y privilegios, desde la más remota antigüedad hasta la hora presente, antes del Cristianismo, con él y después de él, especialmente.

Y, en todos los tiempos y lugares, sea cual fuere el grado de ignorancia y depravación de costumbres, las religiones envueltas en el sudario del paganismo, la conciencia ilustrada, las escuelas filosóficas y jurídicas del mundo antiguo y moderno, la justicia natural que es eco de la razón humana y de las conquistas de la civilización, desde las primeras hasta las últimas capas sociales, todas han reconocido y proclamado la necesidad e influencia moralizadora del matrimonio, de cuyo estado emanan obligaciones y se derivan importantísimos derechos y efectos civiles, en la variedad de sendas, de planos e irradiaciones de la vida física, moral y económica de familias y pueblos que aspiran al superlativo grado de perfeccionamiento y civilización.

Ante la ciencia social y el Derecho Civil, "familia es el grupo de personas unidas a nosotros, por un vínculo de consanguinidad, o por un vínculo de afinidad".—La generación será legítima o ilegítima, así como el parentesco de consanguinidad o afinidad, según procedan o nó de matrimonio, única forma de unión sexual reconocida por nuestras leyes. Rigurosamente, a la familia pertenecen la mujer y los hijos, unidos al padre en sociedad legítima, ya conyugal, ya paterno—filial. Tanto la prole, como el parentesco, se reputan ilegítimos, en el caso de inexistencia del vínculo matrimonial, por ser resultado de un hecho ilícito prohibido universalmen-

te y sancionado por las leyes civil y penal.

Al reglamentar los derechos de uso y habitación, ha dado el legislador ecuatoriano toda la amplitud y extensión que pudo dar al derecho de **familia**, comprendiendo en ella a la mujer, a los hijos legítimos y naturales, a la servidumbre y demás personas a quienes el usuario o habitador debe alimentos o viven a sus expensas. (Art. 802 inc. 3º del Código Civil).

No hay vínculo de consanguinidad ni de afinidad entre los cónyuges, sin embargo la ley ecuatoriana les llama **parientes**, tomado este vocablo en una acepción impropia y del todo general. He aquí la regla establecida por el art. 37 del Código citado: "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación, el **cónyuge** de dicha persona y sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad; y si fuere hijo natural, su padre y madre que le hayan reconocido, y sus hermanos naturales, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número, serán oídos los afines legítimos".

No acepta ni menciona el legislador al **hijo ilegítimo** entre los parientes, antes bien lo excluye visiblemente de ese número; y uniformando su doctrina, tampoco le concede derecho hereditario, por estar la sucesión íntimamente ligada con el **parentesco legal**.

La audiencia de los **parientes** reconocidos por el Código Civil es forzosa, en los casos siguientes: Para la provisión de la curaduría legítima (art. 357 inc. 7º) y de la guarda dativa (art. 362). Serán siempre oídos los parientes y el ministerio público, dice el art. 531 inc. 2º, para la remoción de tutores o curadores.

El art. 370 del mismo Código Civil, faculta al juez para exonerar a los tutores y curadores de la obligación de formar inventario solemne, oyendo a los **parientes** del pupilo y al defensor de menores. Y para proveer a la curaduría del disipador, dice el art. 434, **podrá** el mismo juez, mientras se decida la causa, a virtud de los informes verbales de los **parientes** o de otras personas y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional. En tratándose de la interdicción por prodigalidad o disipación, opinamos que no le es facultativo al juez que conoce de la causa, sino obligatorio, en todo caso, oír a dos de los parientes más inmediatos, al tenor del art. 853 del Código de Enjuiciamiento Civil.

Este último Código prescribe la audiencia de los **pa-**

rientes, elegidos en número de dos más inmediatos, de mayor edad y mejor juicio (art. 852), cuando se va a proveer a la interdicción, por motivos de prodigalidad o embriaguez consuetudinaria o disipación (arts. 853, 854, 867); para el nombramiento de curador del demente o sordo—mudo (arts. 858 y 866); para los casos de rehabilitación (arts. 857, 894); y, en general, en todos los juicios sobre incapacidades, excusas y remoción de guardadores (arts. 871, 872, 874 y 875).—De igual modo, siempre que deba proveérsele de curador **ad litem** a un menor que no haya llegado a la pubertad, se hará previa audiencia a los **parientes** de éste y al respectivo Defensor, so pena de nulidad que la ley declara expresamente en este caso. (Art. 10 de las Reformas de 25 de Octubre de 1923, al Código de Enjuiciamiento Civil).

Aparte de aquellas disposiciones, de un modo taxativo, el legislador se refiere al **parentesco legal de consanguinidad**, cuando por acto testamentario se hubiesen dejado bienes hereditarios **indeterminadamente a los parientes**. Y, es por ésto que el art. 1056 del Código Civil, ordena que esa asignación se entenderá dejada a los **consanguíneos** del grado más próximo, según **el orden de la sucesión intestada**, teniendo lugar el derecho de representación, en conformidad a las reglas generales. Este es el único caso de representación en la sucesión testada, como excepción a lo dispuesto en el art. 974 del Código Civil.

¿Deberá o nó concederse a la prole ilegítima, todos los derechos concernientes a la familia y el parentesco de que en toda su amplitud gozan los hijos legítimos actualmente; parentesco del que con ciertas restricciones aprovechan los hijos naturales reconocidos por sus padres?—En la situación sucesoria del **de cuius** a quien le sobreviven colectivamente aquellos hijos de diversa condición y estado civil, ¿cómo deberá entenderse y reglamentarse el derecho de representación que el art. 976 del Código Civil, concede única y exclusivamente a la **descendencia legítima** del difunto?

Recordemos cómo son llamados a la **curaduría legítima**, el padre, y después, la madre del menor, según el art. 357; y a la **tutela legítima**, los demás ascendientes de uno y otro sexo; y, en último lugar, los hermanos varones del pupilo o de sus ascendientes. “Los parentescos designados en este artículo se entienden **legítimos**”, lo dice terminantemente el apartado último de la disposición precitada.

Aplicando la regla: **Inclusio unius est exclusio alterius**, no debería el legislador, en la hipótesis de aceptar el parentesco para los hijos ilegítimos, hacerlo extensivo sino has-

ta el primer grado en línea recta, entre ellos y sus progenitores, excluyéndoles de intervenir en los actos judiciales, cuando se trate de audiencias reservadas a parientes legítimos.

Ninguno de los Códigos modernos llama parientes a los cónyuges y mucho menos a los hijos de dañado ayuntamiento, como luego veremos. Respecto a los simplemente ilegítimos, hay variedad de criterios legislativos y contraste de doctrinas.

Consecuentes con la verdad jurídica y realidad de las cosas, en Italia, España, Portugal, Francia, Holanda, Brasil, Uruguay, Argentina, Bolivia, Venezuela, Costa Rica, &, no se reconoce ningún parentesco entre los cónyuges, ya que la existencia de él es producida, como las individualidades, por el número de generaciones. "El parentesco es el vínculo que une a las personas descendientes de una misma estirpe". "Cada generación forma un grado" "La serie de grados forma la línea". (Arts. 48, 49 y 50 del Código Civil Italiano). Estas son consecuencias legales que resultan de la aplicación de esta glosa del Derecho Romano: **vinculum personarum ab eadem stirpe descendentium carnali propagatione contracta**.

Según esto, son parientes en línea recta los que descienden uno de otro; y en línea colateral los que, sin descender uno de otro, proceden de un tronco común. (Art. 20 del Código Civil Suizo). Trae una definición semejante el Código Alemán, en el art. 1.589; y en cuanto a los grados de parentesco ordena que éstos "se determinarán por el número de nacimientos o generaciones que lo produzcan". Expresamente declara que "el hijo ilegítimo y su padre no se reputan parientes". Eso sí está obligado a suministrar alimentos al hijo hasta la edad de **dieciséis años**, con arreglo a la condición de la madre, mediante una renta en dinero. (Arts. 1.708 y 1.709 del Código Alemán).

Siempre que las leyes lo reconozcan, el parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco, al tenor del artículo 345 del Código Civil Argentino. La calificación de **legítimos** en las relaciones de parentesco, es correlativamente aplicable a todos los individuos de la línea recta o colateral, que tuviesen entre sí vínculo legítimo, esto es, derivado de matrimonio válido o putativo, tal como ocurre en el Ecuador.

Todas estas leyes, en consideración al estado civil de hijos de familia, son personales, no tienen otro objeto que la protección al matrimonio internacionalmente.

El parentesco originado de relaciones ilícitas es de lo más reducido: el rigorismo de la ley positiva llega al extremo

de no reconocerlo, sino en raros casos de excepción, excluyendo de la familia a los hijos simplemente ilegítimos y sobre todo a los de dañado ayuntamiento.

Y, en cuanto a los hijos naturales, cuyo estado civil requiere instrumento público, que son aquellos que han obtenido reconocimiento expreso y solemne de su padre o madre o de ambos—art. 31 inc. 2º del Código Civil Ecuatoriano,—los lazos de familia están circunscritos a su descendencia legítima, a sus hijos naturales, a sus padres naturales, y a sus hermanos tanto legítimos como naturales, según los arts. 37 y 983. Al enumerar este último artículo a los miembros de familia y reglamentar la sucesión intestada del hijo natural, cuando concurren hermanos de éste, unos legítimos y otros naturales, a todos les coloca en el mismo rol, llamándoles igualmente a la herencia—único caso en el Código Civil de nivelación absoluta—; pero el hermano carnal, o germánico, que así se denomina al que lo es de parte de padre y madre, llevará doble porción que el hermano de simple conjunción, que sólo es paterno o materno, como ocurre también en la sucesión prevista por el art. 982, número 3º.

Fácil es conocer la importancia filológica y el sentido estrictamente jurídico de las palabras que emplea el legislador y las define, aplicando las reglas de interpretación de la ley. En sentido vulgar, atendiendo sólo a la comunidad de origen o de sangre, acabamos de ver que el vocablo **parentesco** es genérico y significa: "Toda relación, unión o conexión permanente, que existe entre dos o más personas, en virtud de la naturaleza, fundado en el hecho de la generación". En sentido jurídico no sucede lo mismo: ese vínculo de unión producido por la relación sexual, que constituye el parentesco natural, no surte efectos civiles ni tiene valor, sino cuando es aceptado y reconocido por las leyes.—El estado civil depende de ellas exclusivamente, en este caso, de paternidad y filiación.

No hay otro criterio diferencial, entre la consanguinidad legítima y la ilegítima, ni otra clave que la establecida en los arts. 23 y 24 del Código Civil.—La Ley de Impuestos sobre las Herencias, Legados, Donaciones, &, atiende igualmente tanto a la **calidad**, como al grado de parentesco, definiéndolo, en el art. 6º, que dice así: "Salvo lo expresado en el art. 2º, el parentesco en línea recta de consanguinidad, se entenderá **legítimo** o **natural**". Luego a los ilegítimos se les considera como a extraños, a no ser que entre sí fuesen **ascendientes** o **descendientes**, por cuya calidad están sujetos a recargo sobre los impuestos preestablecidos; pues no con

otro objeto parece que se ha establecido la salvedad a que se refiere el inciso último del art. 2º de la mencionada Ley.

La Ley sobre Impuesto a la Renta, de 27 de Diciembre de 1927, con el objeto de fijar el monto imponible, ordena en el art. 6º que si se trata del jefe de una familia que vive con su cónyuge, se le rebajarán tres mil sucres de la renta que percibe, y quinientos por cada persona que viva con el contribuyente a costa de él, si dicha persona es menor de diez y ocho años, o si siendo mayor es incapaz de soportarse por sí misma, por inhabilidad mental o física.—En las Instrucciones Reglamentarias expedidas por el Director de Ingresos, en 23 de Noviembre de 1929, para la aplicación del impuesto a la renta, se consideran como miembros de familia, no sólo a los legítimos, sino a los ilegítimos.

En el Ecuador no existe el parentesco por **adopción**, antigua fuente agnaticia y puramente civil, que la introdujo el Derecho Romano y que está en vigencia, actualmente, en España, Italia, Suiza, Francia, Uruguay, Perú, Venezuela y otros países. Sobre esta materia existe completa variedad de principios y sistemas que dificultan la unificación del Derecho Objetivo anhelada por la Sociedad de las Naciones. Eliminados el vínculo convencional y los efectos civiles de la adopción, desaparecería el conflicto de disposiciones contrarias, por las que ha degenerado esa institución de beneficencia privada, que no siempre imita a la naturaleza y ocasiona frecuentes litigios, alterando el sistema de organización de la familia legítima. No siquiera responde a su finalidad, desde que el lazo jurídico establecido por la ley entre el adoptante y el adoptado, puede romperse y desaparecer por mutuo consentimiento.

En cuanto a los hijos de dañado ayuntamiento, la ley prohíbe reconocerlos y no se les concede parentesco legal, mucho menos herencia, en casi ninguna legislación americana, negándoles expresamente tales derechos, Italia, Francia, Bélgica, Portugal, España, Alemania, Prusia, Austria, Sajonia, Holanda, &, &.

Así como la completa igualdad económica sólo es concebible en una sociedad anarquista, como escribe Antonio Menger, defensor del socialismo y notable catedrático en la Universidad de Viena; es imposible la nivelación de toda clase de hijos, en los pueblos civilizados de Europa, ni en los del Indostán y la Turquía, dotados de cultura intelectual y cívica, mientras subsista la institución del matrimonio.

“La finalidad a que tienden las instituciones del derecho privado son de carácter tan general y se refieren tanto a to-

dos los individuos, que deberían considerarse seriamente como bien general y público, que atañe precisamente al bien de todos. Porque aún cuando haya variedad en las aspiraciones humanas, todas se encaminan a dos finalidades principales, la de conservar la propia vida y la de propagar la especie. A lo primero tiende la propiedad y a lo segundo la familia, y a estas dos instituciones fundamentales se añaden después, como formas derivadas, todas las demás instituciones del derecho privado" (1).

Los derechos de familia legítima y patrimoniales, tutelas, propiedad y sucesión hereditaria, se han cimentado y establecido sobre la base del matrimonio y del parentesco jurídico que es su resultado. Como institución complementaria, el reconocimiento de hijos naturales, confiere a éstos, con relación al autor de su estado civil, ciertos derechos parentales y obligaciones de familia, según los principios científicos y normas restrictivas del Código Civil. Este no acepta otra clase de parentesco que el llamado **legítimo—natural—legal**, que se funda en motivos de interés social y de orden público.

Proyecciones jurídicas y efectos generales de la consanguinidad ilegítima.

No se crea, sin embargo, que en vano ha definido el legislador el **parentesco de consanguinidad ilegítima**, que es aquel "en que una o más generaciones de que resulta **no han sido autorizadas por la ley**", como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común. Este ejemplo es tomado del art. 24 del mismo Código Civil.

Es bien claro que en las aplicaciones del parentesco al matrimonio que va a contraerse, no hay restricción ninguna en materia de impedimentos o incapacidades: la fuente de sangre es una sola, sea legítima o ilegítima. El hecho del engendramiento, con matrimonio o sin él, ha sido tomado en cuenta, tanto por la ley canónica, como por la ley civil, con sólo diferencia en cuanto a la computación de líneas y grados

(1) A. Menger.—EL ESTADO SOCIALISTA, tomo 1º, pág. 118.

y algunas variantes por lo que respecta a las causales de prohibición.

La Ley de Matrimonio Civil de la República, en los números 7, 8 y 9 del art. 3º, establece bajo pena de nulidad, cuya acción es irrenunciable e imprescriptible, que "no podrán contraer matrimonio, los **parientes** por consanguinidad en línea recta; los **parientes** colaterales hasta el segundo grado civil de consanguinidad; y los **parientes** en primer grado civil de afinidad".—De este modo hánse reducidos los impedimentos a su último límite y expresión, con reglas invariables y uniformes, sea el parentesco que ligue a los contrayentes producido por consanguinidad legítima o ilegítima, toda vez que el legislador no lo distingue, absolutamente.

Coincide el Derecho Canónico con el Civil en esta doctrina general y en cuanto a los efectos de la consanguinidad que jamás puede dispensarse en línea recta, porque sea descendente o ascendente, en ella "se multiplica el tronco"; y asimismo existe prohibición para el matrimonio entre hermanos y respecto al de parientes que estén en primer grado civil de afinidad; pero nó en cuanto a los demás grados de consanguinidad y a los de afinidad, para cuyo cómputo no existe armonía entre la ley eclesiástica y la civil.

El nuevo Código de Derecho Canónico, en el canon 97, modificando la práctica de la Iglesia y sus antiguas disposiciones, ha suprimido el impedimento de afinidad por cópula fuera de matrimonio, y el precedente de esponsales que, según el art. 95 del Código Civil, es un hecho privado que las leyes someten enteramente a la conciencia del individuo, sin que produzca obligación alguna; y, en consecuencia, ha declarado el Derecho Canónico que: "la afinidad se origina **únicamente del matrimonio**, sea éste consumado o rato".(1) Tal reforma científica tiene proyecciones trascendentalísimas y está de acuerdo con el sistema general que informa a la mayor parte de las legislaciones modernas.

No así en cuanto al matrimonio rato, que no lo ha tomado en cuenta el legislador ecuatoriano, sino por excepción, en un solo caso que es el contemplado en el art. 1.782 del Código Civil: "Si por hecho de uno de los cónyuges se disuelve el matrimonio **antes de consumarse**, podrán revocarse las donaciones que por causa de matrimonio, se le ha-

(1) Can. 97 § 1 Affinitas oritur ex matrimonio valido sive rato tantum sive rato et consummato.

yan hecho, en los términos del art. 1.780", al que lo contrajo de mala fe, con tal que haya constancia de dicha donación por escritura pública.

El parentesco ante la Constitución.—Sobresale en el campo libre del Derecho Público y del altruismo humanitario, la institución de la nacionalidad, modelada en el parentesco originado en la sangre, (**ius sanguinis**) sin que para los derechos políticos que de él emanan sea motivo de impedimento la ilegitimidad. En la elevadísima tripode de nuestra Constitución, la capacidad de las personas y su protección es la misma, sea cual fuere su estado civil; y por ello se reputan como ecuatorianos de nacimiento, de conformidad con el art. 8º, primero, "los hijos nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatorianos, cuando cualquiera de ellos se hallare en servicio de la República o emigrado, en el caso del art. 86, atribución 7ª, inc. 5º; y, segundo, los hijos que habiendo nacido en suelo extranjero, de padre o madre ecuatorianos de nacimiento, vinieren a residir en la República o expresaren su voluntad de ser ecuatorianos".—Es indudable que en tan altísima esfera hay ampliación del radio de parentesco, cuyos efectos, tanto políticos, como jurídico - sociales, son múltiples.

Sin embargo, tenemos un caso de excepción en el Nº 3º del art. 9º de la Constitución, en que el título de la legitimidad vale para ser ecuatorianos, respecto "a los hijos extranjeros naturalizados, mientras permanezcan en la **patria potestad**, y, posteriormente, si llegados a la mayor edad, no renunciaren expresamente la calidad de ecuatorianos".—Contémpanse en este número a individuos que no se gobiernan por sí, cuyo estado de capacidad civil proviene del vínculo de consanguinidad legítima, toda vez que según el art. 234 del Código Civil, únicamente se ejerce la patria potestad por los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados.

Responde con criterio amplísimo la Constitución al sistema general, al conceder la ciudadanía, conforme el art. 13, "a todo ecuatoriano hombre o mujer de veinte y un años, que sepa leer y escribir". Fuera de éstas, no hay otras condiciones de capacidad para adquirir y ejercer los derechos de ciudadano.

En orden a las garantías individuales, es importantísima la consagrada en el Nº 3º, inc. 2º del art. 151 de la Constitución que nos rige, con la siguiente prohibición absoluta: "Nadie puede ser obligado a prestar testimonio en juicio criminal o de policía, contra sí mismo ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o colaterales, hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, ni com-

pelido con juramento, o por medio de apremios, a declarar contra sí mismo, en asuntos que acarreen responsabilidad penal”.

Tales derechos y garantías inherentes a toda clase de parentesco son irrenunciables e inviolables, so pena de incurrir los jueces y empleados públicos en las sanciones previstas en el art. 159 de la misma Constitución.

El parentesco según el Derecho Penal.—Al parentesco, en general, en su acepción más amplia, se refiere el legislador en el art. 26 del Código Penal, cuando prescribe que: “No comete infracción alguna el que obra en defensa de la persona de su cónyuge; o de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus afines dentro de segundo grado; siempre que concurren las tres circunstancias previstas en el inc. 1º del art. 23; y, que en caso de haber precedido provocación del agresor, no hubiere tomado parte en ella el que se defiende”.

Para graduar la responsabilidad, con igual criterio, hemos de aplicar el art. 28 del referido Código, que no atiende al estado civil ni a la calidad de las personas; dice así: “Son excusables, el homicidio, las heridas y los golpes, cuando han sido provocados por golpes, heridas u otros maltratos graves de obra, inferidos en el mismo acto, al autor del hecho, o a su cónyuge, o a sus ascendientes o descendientes, o a sus hermanos, o a sus afines dentro del segundo grado”.—Según el art. 30, “asimismo es excusable la infracción que cometa uno al sorprender a su hija, nieta o hermana en acto carnal; ora mate, hiera, o golpee a la delincuente, ora al hombre que yace con ella”.

“Se reputará como circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes de la infracción, el hecho de ser el agraviado, cónyuge, ascendiente o descendiente, o hermano del ofensor”, dice el art. 37 del Código Penal.—En estos y otros casos, como en el contemplado por el art. 440, que prescribe que no darán lugar sino a reparaciones civiles, los robos cometidos por descendientes en perjuicio de sus ascendientes, y viceversa, parece que la ley penal ampara tanto a los legítimos, como a los ilegítimos. Esta doctrina se halla confirmada por lo dispuesto en el art. 31, en el que de modo claro y categórico, están excluidos los consanguíneos **ilegítimos**, en primer grado de línea recta: “Los motivos de excusa, enumerados en los arts. 28 y 29, no son admisibles, si el culpado comete la infracción en la persona de sus ascendientes **legítimos y naturales**”.—El precepto excepcional, como dicen los prácticos, acusa la existencia de la

regla general contraria: **exceptio a regula, firmat regulam in contrarium.** (Glosa de la la Ley 15 del Digesto).

Ley Orgánica del Poder Judicial.—A todo individuo se le reputa capaz, para el desenvolvimiento de su propia personalidad, para el uso y goce de los derechos cívicos y políticos, inclusive el ejercicio de los cargos públicos, a no ser que la ley le inhabilite o excluya, por ciertos impedimentos, entre los que se cuenta la proximidad del parentesco que entre sí tengan dos o más funcionarios. Siempre que se trata de estas prohibiciones para actos jurisdiccionales o facultades administrativas, quedan excluidos toda clase de parientes, sea la consanguinidad legítima o ilegítima, con tal que el estado civil conste de modo fehaciente e instrumental. Así, por ejemplo, el art. 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concede acción popular para que cualquier ciudadano pueda pedir la remoción de jueces o magistrados que hubiesen sido elegidos o nombrados, teniendo entre sí parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, impedimento que pudiera ocurrir en una misma parroquia, respecto a los jueces parroquiales, en un mismo cantón, con los Alcaldes, Jueces Letrados de Hacienda y Agentes Fiscales, &.

Códigos de Enjuiciamiento Civil y Criminal.—No hay prueba más peligrosa que la de los testigos, que para ser idóneos necesitan edad, probidad, conocimiento de lo que declaran e imparcialidad. El Derecho Procesal establece impedimentos por razón del parentesco de consanguinidad y afinidad, aún por “el espiritual y sacramental”, que lo reconoce el art. 224 del Código de Enjuiciamiento Civil, pero sólo el adquirido en virtud de la administración y recepción del sacramento del bautizo. Atendiendo al fin y objeto que se propuso el legislador, no cabe duda que es causal de tacha todo parentesco comprobado legalmente, sea el juicio civil o criminal.

Por falta de **imparcialidad** no son testigos idóneos, lo dice el art. 224 del precitado Código: 1º, Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos. 2º, Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (inclusive los naturales en primer grado de línea recta y segundo de línea colateral). 3º, El compadre por el compadre, el padrino por el ahijado, o viceversa, &... Corrobórase el propósito del legislador ecuatoriano y su intención, por los términos generales en que se halla redactado el art. 226 del mismo Código de Enjuiciamiento Civil: “Sin embargo de lo dispuesto en el art. 224, pueden ser testigos los **parientes**, compadres y padrinos en las causas que versen sobre edad, filiación (legítima o natural), estado, parentesco, o

derechos de familia".—Es principio de jurisprudencia que las leyes generales deben ser entendidas también generalmente: **Generalia, generaliter intelligenda sunt.**

Se ha consagrado el despotismo y la libertad absoluta que para apreciar la prueba oral reclamaban los Jueces de Letras, con la Ley Reformatoria de 1923, al Código de Enjuiciamiento en materia criminal, que dice: "En cuanto a la prueba testimonial, el Juez tomará cuidadosamente en cuenta las condiciones de idoneidad, y apreciará el mérito de las declaraciones según las reglas de la sana crítica, **sin estar sujeto a prescripciones fijas de número ni de calidad....**" No todo espíritu es recto y lógico, y en cuanto a las causales de tacha por razón de parentesco, como el legislador no lo limita al de consanguinidad legítima, puede haber y de hecho hay diversidad de criterios, prevaleciendo el del Juez, sobre toda regla de interpretación, porque él no está sujeto a ninguna, sea cual fuere el número y la **calidad** de los testigos.

Es preciso observar que en materia civil, tal como ha resuelto la Corte Suprema (**Gaceta Judicial**, Serie Segunda, N° 143), los motivos de tacha o sea las condiciones que establece el Código adjetivo para la idoneidad de los testigos, no comprenden a los instrumentales del testamento, respecto de quienes no existen otros impedimentos que los enumerados en el art. 1.002 del Código Civil. "Antiguamente no podían ser testigos de un testamento los herederos mismos y sus **parientes** dentro del cuarto grado". "No está contemplada esta causa de inhabilidad por nuestro Código Civil, y, el único efecto, en tal caso, según el art. 1051, es la nulidad de la disposición testamentaria en favor del escribano que autorizare el testamento, de cualquiera de los testigos, y de los **parientes** de éstos o del escribano, a saber: ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados". Esta prohibición que se funda en motivos de interés personal también ha hecho extensiva la ley, al cónyuge y sirvientes salarizados del escribano autorizante.

Inconvenientes y males sociales que traerá consigo la reforma

al derecho familiar vigente

Veamos cómo el Ecuador, que, bajo el punto de vista económico y financiero, ha pasado por las horcas caudinas del peritaje kemmeriano, adaptándose a él para la reconstrucción de

la máquina que llamamos Hacienda Pública, ha demostrado más de una vez falta de tino e incapacidad legislativa, por imitar leyes extranjeras y seguir el espíritu revolucionario de Rusia, que está divorciada y en antítesis con la civilización europea, con la ideología moral y rigidez de costumbres, con el desenvolvimiento armónico y visión óptica del porvenir, con el modo de ser y obrar de la inmensa y gran mayoría de las naciones del Orbe, que se hallan en un elevadísimo plano de organización social y económica, de vida jurídica y progreso científico mil veces superior a la campesina Rusia.

Triste es confesar que así nos hemos colocado en la pantalla de los Andes escarpados y vamos al despeñadero, sin Códigos ni Leyes unitarias, desangrada la Patria y escindida en sus instituciones y territorio nacionales. No hay peor fiscal que el tiempo, ni cátedra mejor que la experiencia.

Con ciencia infusa y espíritu imitativo, edificamos con la misma facilidad que destruimos. Cansados de nuestras instituciones civiles y políticas, las arrojamos al fuego, con la esperanza de encontrar otras mejores, buscando la liberación del individuo en la colectividad que lo deprime y absorbe.

A ese fervoroso optimismo se deben unas cuantas reformas que desdican del plan general y sistema científico de los Códigos de Europa y América, muchas de las que a más de ser inadecuadas e inoportunas, son atentatorias a los derechos fundamentales, no sólo del individuo, sino de la familia legítima, cuyo patrimonio económico, dignidad y supremacía moral, no deberían estar a merced del **daltonismo**, farisaico y anarquizador, que presenta al lobo en las muchedumbres con la piel del cordero, y a todo lo caduco y viejo, con impresionantes metáforas y el brillo de la moda.

Entre tales reformas, hay una que podríamos llamar de privilegios exorbitantes que concede la Constitución Política de la República, en el número 19º del art. 151, en favor de los hijos ilegítimos, a quienes por el hecho de considerarlos como herederos forzosos, en la sucesión mortuoria de sus padres, los ha colocado el legislador ecuatoriano en el mismo rol de la familia legítima, estableciendo para ellos un vínculo de parentesco obligatorio y legal, no reconocido en Códigos de naciones más liberales y científicas que la nuestra.

Haciéndonos cargo de la defensa que podría formularse en favor de miles de criaturas que gimen en la orfandad y la desgracia, que tienen derecho a existir con menos penalidades y miseria, reconocemos el nobilísimo anhelo de la Religión Católica, para rehabilitar y enaltecer al linaje humano, la potencia lógica y sentimentalismo humanitario de cuantos se

preocupan de la suerte de seres sumidos en el dolor y excluidos de las ventajas del estado civil y prerrogativas provenientes del matrimonio, que no han podido o querido contraer sus padres.

Estamos de acuerdo con las escuelas conservadora y liberal, en cuanto a la protección que reclama la niñez, al borde del abismo coincidente con el abandono y la depravación de costumbres; y que es de incumbencia del Estado, mejorar la condición de los hijos naturales y de los simplemente ilegítimos. Reclamamos corrientes de luz y de justicia, amor universal y leyes de piedad y sabiduría, el pan amasado con las enseñanzas del Evangelio, para toda clase de hijos, inclusive los nacidos fuera de matrimonio, que tienen derecho a alimentos, según nuestra legislación, debiendo para ello ampliarse el radio de investigación de la paternidad, y el Estado reglamentar definitivamente la protección debida a la maternidad y a la infancia, a fin de poner a todos los miembros del cuerpo social en condiciones de ejercer sus derechos esenciales, de cumplir mejor sus deberes y satisfacer sus necesidades imperiosas.

Ello no quiere decir que nos falten razones perentorias, para combatir enérgicamente y rechazar todo proyecto de ley que tienda a nivelar la prole legítima, con la ilegítima. La exaltación de ésta, conculcando el derecho familiar y su patrimonio, raya en bolchevismo cínico, en cuanto le da participación en la herencia, en el primer grado de sucesión, con los hijos habidos en matrimonio.

Nadie podrá desconocer que esta reforma constitucional está en antinomia con los principios y reglas fundamentales, no sólo del Código Civil en vigencia, sino en contradicción y abierta pugna, con las legislaciones de los pueblos europeos y latinos, como demostraremos oportunamente, cuyo sentimiento ético e instrucción jurídica, cuyas fuerzas acumuladas y disciplinadas que reflejan la integridad del grupo familiar, su autonomía consciente y su vida económica interna, están muy por encima de prejuicios y notas sentimentales; siendo tales instituciones sociológicas e históricas, derivadas del matrimonio, mejores que las que pregona el izquierdismo, por ser ellas resultado de la psicología, de la experiencia y derechos efectivos, de las necesidades humanas y modo de sentir de las colectividades y del Estado, fruto y manifestación de convicciones firmes y arraigadas, de principios filosóficos y científicos, al contacto con el equilibrio y realeza de la vida moderna.

Siempre más arriba sobre el concepto de la moral posi-

tiva, utilitarista, está el bien general, dentro de la muralla de normas preventivas y represivas. La irreligión, el desequilibrio y la desigualdad de clases, la diferencia de capacidad jurídica y desnivel de condiciones, tienen raíces muy hondas que provienen de la misma naturaleza humana, por las rebeldías de ella contra los mandamientos de Dios, las restricciones de la libertad y los preceptos prohibitivos de las leyes que han establecido severas sanciones perfectamente racionales y ejemplificadoras.

La necesidad y protección del matrimonio que ha reconocido y consagrado expresamente nuestra Constitución, debería traer consigo de parte de los Poderes Públicos, las mayores garantías para la integridad de funciones, desarrollo y predominio de la familia legítima y de los bienes que le pertenecen, en armonía con los fines religiosos, educativos, económicos y de profilaxis social. Contradictoriamente a estos fines, se quiere condenar el hogar doméstico a disolución e irremisible naufragio, por haberse minado en su cimiento este sagrado asilo de la familia y desconocido las leyes immanentes del matrimonio, que son homogéneas, trascendentalísimas, civiles y religiosas, y no puramente abstractas, para haberlas conculcado, haciéndolas extensivas a la posteridad ilegítima.

En la hora actual, en que el americanismo legislativo, en Congresos y Conferencias Internacionales, realiza extensos y profundos estudios de legislación comparada, y se ocupa en igual sentido el "Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado", el Ecuador acaba de separarse de esa corriente cultural y unitaria, con el nuevo sistema sucesorio mixto de concurrencia en el primer grado de toda clase de hijos legítimos e ilegítimos.

Restrictivamente deberíamos plantear la cuestión jurídica en el sentido de que tal reforma sólo alcanza a los hijos simplemente ilegítimos, no a los de dañado ayuntamiento, para darles participación en la herencia y subdividirla, proporcionalmente, con los descendientes legítimos. Creemos sin embargo que el llamamiento es general, porque no se ha establecido en la Constitución diferencia alguna.

Cualquiera que sea el régimen bajo el que se hubiese contraído matrimonio, como este enlace sexual y la generación que él produce están autorizados por la misma ley, la estricta justicia, la moral pública y el mantenimiento del orden social, exigen que los deberes de familia se cumplan, en primer término, con el cónyuge sobreviviente y la prole legítima, y, en segundo lugar, con los hijos naturales, de un modo supletorio, atendiendo a la inferioridad de su condición y estado civil.

“La sucesión presupone la justificación del derecho de propiedad, por un lado, y por otro, el reconocimiento del parentesco y la organización de la familia”. Para conceder herencia a los hijos ilegítimos, primeramente, el legislador ecuatoriano tiene que incorporarles a la familia del padre y de la madre, previa la investigación correspondiente y declaratoria del **parentesco legal**, que es el vínculo jurídico que sirve de antecedente y enlaza los derechos con las obligaciones civiles.

Intimamente relacionado con el problema relativo al derecho sucesorio, está el del engendramiento al que se debe la paternidad y la filiación respectiva, dentro o fuera del matrimonio. Circunscribiendo el estudio al campo del derecho positivo, la hegemonia e importancia jurídica del matrimonio, que es la satisfacción de una tendencia biológica e indicio constante de su necesidad, sea cual fuese el credo religioso o sistema confesional de los contrayentes,—habría desaparecido en sus caracteres fundamentales, falseados sus principios básicos y normas que rigen a esa institución milenaria, no tendría razón de existir en el espacio y el tiempo, ni sería escuela de perfeccionamiento moral y material de la especie, si tal enlace no produjera efectos civiles, sobre toda otra unión reprobada por las leyes, ya con relación a los cónyuges, ya con respecto a los hijos.

Si, pues, la institución del matrimonio es derivada directamente de la naturaleza, no se la puede sustituir o reemplazar por ninguna otra. Mediante ella y aún antes de que la purificara y espiritualizara el Cristianismo, como obra del consentimiento y de la libertad humana se han establecido antropológicamente y estrechado los lazos íntimos de solidaridad y unión para la familia legítima, que es la primera y más antigua de las sociedades humanas, por la autonomía, variedad e importancia de sus fines, por su elevada categoría jurídica y contemplación de su origen, por su organismo estable, actividad típica y objetivación de sus medios.

El matrimonio como institución social y jurídica

Aproximándose a las fuentes de jurisprudencia romana y a sus principios de eterna sabiduría, Portalis, Consejero de Estado y elocuentísimo tribuno, en su **Exposición de Motivos** al Código Civil francés, definió el matrimonio:—Sociedad de un

hombre y de una mujer que se unen para perpetuar la especie, ayudarse con socorros mutuos a llevar la carga de la vida, haciéndose partícipes de un destino común.

Cuando predominaba y era reconocida por los Poderes Públicos, la Religión Católica en la República del Ecuador, el art. 99 del Código Civil, definió el matrimonio de acuerdo con la conciencia nacional, armonizando las notas características del contrato con las del sacramento indisoluble y perpetuo. Hoy privan principios y doctrinas diametralmente contrarios a los del antiguo régimen, con las leyes de Matrimonio Civil y Divorcio motivado y consensual.

Entre los romanos, el matrimonio revestía un carácter público, religioso y contractual a la vez. No era sino un medio legal y sociológico de establecer y afianzar el estado civil de las familias, mediante la autoridad del padre, cuyo gobierno absoluto y unitario háse restringido y disciplinado, en sucesivas etapas de progreso y correlativa cultura, hasta llegar hoy a ser la patria potestad la que mejor consulta el porvenir y satisface las legítimas aspiraciones de los hijos no emancipados. Queda definida y organizada la sociedad conyugal, mediante el matrimonio que significa unión de personas y comunidad de bienes. Es su complemento la familia legítima, como sociedad paterno—filial, a la que le corresponde el maravilloso desenvolvimiento de aptitudes nacientes, funciones educativas graduales y fines jurídicos, con plena capacidad y autonomía para regirse por sí misma y disponer de sus destinos.

El pleno convencimiento de esta verdad, hizo que un pueblo sabio y de insuperable ciencia jurídica, como fue el romano, distinguiera el matrimonio de los demás contratos, por sus caracteres de unidad y dinamismo, de indisolubilidad y perpetuidad; lo cual sirvió para que Justiniano en el Digesto, diera esta definición luminosa y científica:—“**Coniunctio maris et fæminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani iuris communicatio**”.

Desde la cuna de la humanidad hasta su progresivo desarrollo y actual evolución, podríamos interrogar con Lermnier: “¿Cuál es el fundamento de la familia? ¿Cuál su origen sagrado?—El matrimonio.—Él manifiesta que la raza humana es superior a todo lo que respira. Si una fuerza irresistible ejerce mutua atracción entre todos los seres animados; si todo el que está dotado de vida tiende a unirse a sus semejantes, les desea, y les busca para amarles y completarse; los seres inteligentes y libres, que elevan y purifican las pasiones, ¿no manifiestan en esa unión la superioridad de su naturaleza? El matrimonio humano es superior al matrimonio natural, con

toda la excelencia del hombre sobre los animales....." (1). No hay sociedad posible entre el hombre y la mujer sin matrimonio, y si se reconoce su preexistencia e indiscutibles ventajas, tenemos que aceptar que "es un contrato **necesario** por la ley de la humanidad", sujeto a requisitos y formalidades especiales para su celebración.

Alcanza un punto culminante esta asociación autónoma e independiente de otras similares, si atendemos a los intereses comunes y pluralidad de fines, entre los que figura "la moralización educativa del individuo y el perfeccionamiento mutuo de los dos sexos", según el sentir de Comte. El contrato matrimonial es un hecho sociológico que produce ante la ley, la unión plena, permanente, religiosa y afectiva, sobre la base del mutuo auxilio y protección económica de los cónyuges. Consecuencia de la vida común, es la procreación de los hijos que tienen perfecto derecho a la crianza y educación física, moral e intelectual, o sea al desenvolvimiento de su actividad, conciencia y facultades orgánicas y psicológicas, al derecho de propiedad y sucesión familiar, por la ley del organismo de la sociedad a que pertenecen y de su misma naturaleza racional.

Notaremos brevemente cómo la teoría de la negación del matrimonio, es completamente ilógica, destructora de la familia y del orden jurídico social preestablecido, en todas las razas y pueblos del Orbe, por ser aquella institución universalísima, de régimen económico y corporativo, de ideología científica y de justicia civil, base y fundamento de la filiación legítima, protegida y reglamentada por todos los Códigos Civiles, excepto el de Rusia.

Los sociólogos explican cómo en las grandes catástrofes y revoluciones históricas, los pueblos e individuos descienden vertiginosamente de un plano de cultura máxima y civilización superior, al grado de inferioridad moral psico—somática, al estado de marasmo y de crisis, por el derrumbamiento y cambio brusco de sus instituciones fundamentales, cuya clave es el matrimonio, sin el que no hay más que el comunismo sexual o el amor libre.—A estas consecuencias antitéticas y extremas quiso el idealista Platón que llegara la humanidad, antes de la Era Cristiana, solicitando en la **República**, la comunidad de bienes y el hetairismo, para que se realice "la ab-

[1] Cita hecha por Luis F. Borja, en ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL CHILENO, tomo 3, pág. 27.

sorción del individuo por el Estado, la abolición de la familia y de la propiedad”, como ocurría en los primitivos tiempos en que la mujer y los bienes estaban a merced del grupo.

Entonces los hijos eran iguales, tenían por padres a todos los de la tribu ambulante y eran mujeres de los varones, todas las hembras, en el estado de barbarie y promiscuidad salvaje, ya sea por el desconocimiento del matrimonio, ya por la fuerte repugnancia a ese estado de organización social que tuvieron ciertos pueblos, según nos lo demuestran Morgan, Kovalevsky, Howard y otros sociólogos.

“La selección de la sangre confundida en los totems, en el clan, en la tribu y en los grupos adelfogámicos de familias enteras, ha producido en éstas dolorosas gestaciones al cambiarse y proibirse la vida salvaje y el comunismo sexual, fenómeno por el que han pasado innumerables pueblos al matrimonio individual, como los drávidas indios, los australianos, los turánicos, & hasta, llegar a la diferenciación de mujeres y de bienes, a la sociedad conyugal y paterno—filial legítima, como lo demuestra el estudio analítico y comparativo de costumbres exóticas y amorales, que precedieron al sentimiento jurídico de honor y dignidad humana, a las leyes escritas y a la codificación” (1)

La Sociología considerada como ciencia sintética de los hechos y leyes sociales, observa y descubre éstas y otras terribles crisis etnológicas y antropológicas, por las que han atravesado ciertas agrupaciones, como una lección de la Providencia castigadora del orgullo y soberbia humana, en la noche tenebrosa de la ignorancia y esclavitud, en que el sentimiento social era escaso, por haber sido desconocidas la sobriedad de costumbres y virtudes domésticas, a causa de la violencia y el rapto, con el predominio absoluto del materialismo, en la lucha de pasiones desenfrenadas.

¿Qué es la doctrina igualitaria que da participación en la herencia del padre, tanto a los hijos legítimos, como a los ilegítimos, en el mismo grado?—No es otra cosa esa ideología comunista que la negación del matrimonio y efectos jurídicos que él produce, es un ultraje a la familia legítima y a las buenas costumbres, es el absoluto desconocimiento de la supremacía de este estado civil, origen de la sociedad conyugal y de la paterno—filial, que no pueden confundirse ni identificarse con ninguna otra prohibida y sancionada por la ley, a no

(1).—Véase ESTUDIO HISTÓRICO—CRÍTICO SOBRE EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO; publicación hecha por el autor en la *Revista de la Universidad de Cuenca*, N.º 4, año 1930.

ser aboliendo todo principio de moral y de justicia.

A la mayoría de la Asamblea que elaboró la Constitución de 1928—29, podríamos preguntarle: ¿En qué se diferencia el hijo legítimo del nacido en adulterio?.....¿En qué se diferencia el hijo que lo es de matrimonio contraído por sus padres, con todas las ceremonias y ritos de la ley civil y eclesiástica, del hijo que es fruto de un crimen o delito, llámese violación, estupro, concubinato, &?.....¿En qué se diferencia el hijo bastardo del legítimo, y éste del incestuoso?.....En nada, absolutamente, contestarán quienes no conocen el Código Civil; la naturaleza no ha establecido distinción de linaje, de sangre ni de capacidad jurídica.

A los hombres máquinas, les volveremos a interrogar:—¿El estado civil, en cuanto a los derechos y obligaciones, y la relación de parentesco paterno—filial, en orden a los deberes de familia, serán idénticos, sea la prole legítima o ilegítima?..... Sí: idénticos, nos contestará el bolchevismo, la igualdad se impone, para suprimir los sistemas artificiales y romper las cadenas de la ley, obra del Estado que recibe salario del capitalismo y que vive a expensas de quienes tienen interés “en completarse su vida sexual, antes y después del matrimonio, mediante el amor libre, sin tener que hacer para ello grandes sacrificios”. Sí: perfectamente iguales nos dice Hamon; “para vivir mejor es necesario consumir y procrear en común”; “el matrimonio y la propiedad privada son fuentes de egoísmo”.

Con razón los rascoluiks, los dukhorkzis y otras sectas de campesinos rusos, han solicitado a voz en cuello la nivelación de los hijos, como consecuencia de la comunidad de bienes y de mujeres que reclama la vida campestre.

Según la profecía de Augusto Bebel, la mujer en la sociedad nueva gozará de una independencia absoluta, no estará sometida a ninguna explotación ni potestad, colocada ante el hombre en un pie de libertad y de igualdad absolutas.—“Se unirá a él sin tener otra cosa en cuenta que su inclinación. Esta unión será como en los primitivos tiempos, un contrato privado, sin intervención de ningún funcionario”. En tal estado, sería una injusticia—dice Bebel—sostener que unos hijos son de mejor condición que otros. Y, después de proclamar el hetairismo, agrega: “En todos los pueblos llegados a cierto grado de civilización primitiva encontramos la propiedad común de la tierra. La comunidad de bienes era la base de toda asociación primitiva, y sin aquella no era posible ésta” (1)

(1).—Augusto Bebel.—SOCIALIZACION DE LA SOCIEDAD, págs. 115—116.

Ser una cosa igual a otra quiere decir que entre las dos existe perfecta equivalencia, no sólo de naturaleza, sino también de condición y calidad. Para ello es menester que haya no sólo similitud, sino una exacta proporción de derecho, en razón del título o estado civil, pero como ésto es imposible, toda vez que las mismas leyes que autorizan la prole proveniente del matrimonio, reprueban a la que nace fuera de él; no puede haber jamás identidad de derechos y obligaciones en donde existen normas contrarias, unas permisivas y otras prohibitivas.

Las leyes relativas a la condición jurídica o capacidad de las personas y al estado civil, en el que se incluyen el patrimonio y los derechos de familia, afectan al interés social y al orden público, son obligatorias para el individuo y la comunidad.

De aceptar la doctrina de nivelación de derechos y obligaciones de los padres para con los hijos, sean o nó legítimos, llegaríamos a una ecuación multiforme, a un bloc ilimitado de valores, a un integrismo absoluto de funciones, a una materialización definitiva de la sociedad humana, como quiere la moral positiva, al punto primitivo de barbarie y amor libre que culminan en libertinaje o promiscuidad sexual, al rol de las bestias y contubernio zoológico, biológicamente, considerados los sexos en dinamismo. Esto sería desorganización social, contraria a la **Igualdad**, que la iconografía nos presenta espiritualmente bella, lejos de toda concupiscencia y prostitución, en figura de una joven que sostiene con la una mano, una balanza que es la razón ordenada en perfecto equilibrio, y con la otra un nido de golondrinas.

Función social y síntesis de los efectos jurídicos del matrimonio entre los cónyuges.

Bien estudiado el matrimonio nos deja entrever las consecuencias que de él se derivan, en primer lugar, para los cónyuges, en cuanto a sus personas y limitación de la capacidad jurídica de la mujer, y a los bienes que forman el haber social, con ciertas reservas y excepciones; y, en segundo lugar, tocante a los derechos y obligaciones respecto a los hijos legítimos, que son como una cadena que produce el eslabonamiento y unión del tronco con las ramas.

Objeto primordial y preferente del Código Civil, es mantener la paz y el orden en el hogar establecido, donde la vida intelectual es a la vez de expansión y sentimiento, de psi-

cología dinámica y altísima misión; por eso el art. 125 impone la fidelidad, el socorro y la asistencia mutua, como deberes comunes a ambos cónyuges.

Son deberes especiales del marido: la protección a su consorte, está obligado a recibirle en su morada y puede compelerle a que le siga a donde traslade su residencia, por ser jefe de la sociedad conyugal; como tal, le representa a la mujer, judicial y extrajudicialmente, administra los bienes de ella y los sociales, correspondiéndole el gobierno y la dirección inmediata del hogar, las subvenciones a los hijos para su crianza, y el vestuario, alimentación, &c.

La potestad marital, bajo el punto de vista de la multiplicidad de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer, es la primera consecuencia jurídica del matrimonio, que mira al régimen interno y organismo de la sociedad.—En virtud de la autoridad marital, definida por el art. 126 del Código Civil, queda la mujer bajo la tutela y dependencia del jefe de la familia, le debe obediencia y sigue el domicilio de él; y si es extranjera, casada con un ecuatoriano, adquiere la nacionalidad de éste, produciéndose por el hecho del matrimonio, la incapacidad relativa de la desposada, en virtud de la cual no puede obrar con independencia y por sí sola, ni celebrar convenciones, parecer en juicios, remitir deudas, contratar préstamos, transigir, aceptar o repudiar donaciones, herencias o legados, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni menos enajenar, hipotecar o empeñar bienes de ella o de la sociedad, a no ser con el concurso o previa la autorización del marido, a quien le toca por regla general, la administración y el usufructo de todos los bienes, inclusive los de la mujer.

No se presume la autorización del marido sino en los casos que la ley ha previsto; y cuando es suplida por el juez, para actos o contratos de la mujer, queda obligada ésta solamente con sus bienes propios, siempre que la sociedad o su gerente no hubieren reportado beneficio alguno. (Art. 140 del Código Civil).

Existen legislaciones, como las de Austria y Noruega, que otorgan a la mujer casada la misma capacidad jurídica que tuvo cuando soltera, en cuanto a sus intereses personales. El art. 191 del Código Civil Suizo, le reserva los efectos exclusivamente destinados por su uso personal; los bienes de la mujer que le sirven para el ejercicio de su profesión o de su industria; y el producto de su trabajo que no sea doméstico. Lo propio ocurre en la legislación anglo sajona. Tales bienes no entran a formar parte del haber social.

El Código Civil Alemán es uno de los que mayor capacidad jurídica ha concedido a la mujer casada. No necesita ella del consentimiento del marido, según el art. 1.406:—“1º, Para la aceptación o repudiación de una herencia o de un legado; ni para la formación de un inventario de una sucesión. 2º, Para la negativa de la oferta de un contrato o de una donación. 3º, Para la ejecución de un acto jurídico respecto del marido”.

Tampoco tendrá la mujer necesidad de autorización marital—dice el art. 1407:—“Para continuar un litigio pendiente al tiempo de la celebración del matrimonio; para defender en juicio contra un tercero un derecho que forme parte de sus aportaciones, cuando el marido haya dispuesto de ese derecho sin el consentimiento de ella”. Le concede personería y libertad la ley, en muchos otros casos, como para disponer de sus aportes, art. 1.401; cuando por enfermedad o ausencia esté impedido el marido para prestar su consentimiento que, ordinariamente es necesario, conforme prescriben los arts. 1.395 a 1.398.

Según el mismo Código Alemán, existen para la mujer bienes reservados, por virtud de la ley y por virtud de contrato, que no componen el haber de la sociedad, cuales son los destinados exclusivamente para su uso personal, los que adquiere por medio de su trabajo o por el ejercicio de una profesión lucrativa, los que en el contrato de matrimonio se hubiesen declarado excluidos de la administración del marido, &, arts. 1.365 a 1.368; y en un grupo especial figuran los bienes reservados a la mujer por subrogación, los de liberalidades hechas por terceros, &.

No ocurre lo mismo bajo el sistema del Código Civil de Italia, Francia, España, Portugal, Argentina, Venezuela, Chile, Colombia, Ecuador, &, que han adoptado una **intermedia**, con tantas restricciones para la mujer que en virtud del matrimonio halla casi anulada su personalidad, no obstante ciertos derechos y prerrogativas que le concede la ley, como la de disponer de su patrimonio por testamento, litigar contra el marido, ser mandataria de éste, pudiendo cuando está separada de bienes, administrar los que le corresponden, y aun enagenarlos si son muebles. En el Ecuador, si la viuda ha pasado a segundas nupcias, no pierde el derecho de representar a sus hijos menores del matrimonio anterior, sino únicamente la administración. La incapacidad de la mujer casada es relativa, y se ha establecido en beneficio de ella y del marido,— como así lo declara el inc. 2º del art. 1.674, en armonía con los arts. 1.437 inc. 3º y 1.672 inc. 3º del Código Civil,

—quienes pueden demandar la acción de nulidad, cuando la mujer ha procedido sin autorización de aquel, o del juez en subsidio.

Otro de los efectos jurídicos que podríamos llamar económico, es que a partir del día de la celebración del matrimonio, queda establecida la comunidad universal de bienes entre los esposos, cuyo régimen prevalece en nuestro Código Civil, según el art. 1.708, a no ser que de antemano hubiere entre ellos pacto escrito de capitulaciones matrimoniales, para que la mujer administre una parte de sus bienes propios, con prescindencia del marido. (Art. 1.710.)

En Holanda, Portugal, Italia, Uruguay, Argentina, Perú, Venezuela, &, rige el sistema de comunidad legal de bienes, que comprende, como activo, todos los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, los créditos y muebles que hubiesen aportado a él los cónyuges, inclusive los bienes obtenidos por industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo del marido, tal como ocurre en el Ecuador, inclusive los frutos, las rentas e intereses devengados durante la sociedad conyugal. El pasivo se compone de todas las deudas contraídas por los esposos, antes o después del casamiento, aun por actos y contratos de la mujer en los casos en que haya podido legalmente obligar a la sociedad.

La regla de que el marido administra exclusivamente y sin rendir cuenta los bienes de la sociedad conyugal, está sujeta a varias excepciones: por haber recibido bienes en donación hecha para la mujer casada, o una herencia o legado, con la condición precisa de que él no los administre—art. 161, por haber obtenido subrogación real con los requisitos de la ley en inmuebles que por ella no ingresan al haber social—arts. 1.717, 1.723, 1.725.

Esta misma excepción se aplica a las adquisiciones hechas por la mujer, a título gratuito que se agregarán exclusivamente a su patrimonio, si consisten en bienes raíces, y lo propio respecto a los muebles, con tal que conste la condición expresa de que ellos queden excluidos de la comunidad, a la que tampoco pertenecen el vestido de los cónyuges ni las cosas de uso personal necesario, conforme dispone el inc. 4º, art. 1.729 del Código Civil.

De haber sentencia de separación de bienes, si bien la mujer administra libremente los que le pertenecen, no tiene capacidad para vender o gravar los bienes raíces; necesita para ello, así como para la comparecencia en juicio, autorización del marido, o de la justicia.

Una de las reformas trascendentalísimas es la de emancipación económica, por la que la mujer adquiere personería y

capacidad jurídica, no sólo para administrar sus bienes propios, sino para enagenarlos o hipotecarlos, por el mero hecho de haberlos excluido de la sociedad conyugal; pudiendo contraer sobre ellos nuevas obligaciones, sin necesidad de la autorización ni intervención del marido. Igualmente la mujer ecuatoriana tiene la administración y disposición de todos los bienes adquiridos por ella con su **trabajo o industria**, en los que ejerce propiedad exclusiva. (Arts. 912 y 919 del Código de Enjuiciamiento Civil).—El art. 186 del Código Civil de Venezuela prohíbe a la mujer casada, disponer a título **gratuito** de esta clase de bienes que provienen de una profesión o empleo, o del ejercicio de cualquiera aptitud literaria, artística o científica.

Aquí debemos observar que algunos de los efectos jurídicos del matrimonio subsisten aún en el caso de divorcio, sea temporal o **ad vinculum**, porque no establecen diferencia alguna los arts. 984 y 1.163 del Código Civil, que no están derogados: el primero concede al cónyuge divorciado la herencia **abintestato** de su marido o mujer, respectivamente, si no hubiere dado motivo al divorcio; y, el segundo, concede la porción conyugal, con esta misma condición expresa. No así respecto a los alimentos que para su modesta sustentación tiene derecho, sea o no culpable la mujer, aunque ella hubiere dado causa al divorcio. (Art. 170 del Código Civil).

Estas disposiciones que tuvieron razón de ser, cuando en la República existía únicamente el divorcio de simple separación de cuerpos y vida marital, deberían ser reformadas en tratándose de la ruptura completa del vínculo, en el sentido de que después de la sentencia de divorcio consensual o motivado a que se refiere el art. 22 de la Ley de Matrimonio Civil, "el juez podrá otorgar al que fue esposo inocente que caiga en pobreza por causa de la disolución del vínculo, una pensión alimenticia proporcionada a los medios de que disponga el otro cónyuge", como lo prescribe el art. 152 del Código Civil de Suiza.

Debería también reformarse el artículo 164 del Código Civil, ordenando que "si bien los efectos civiles del divorcio principian en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, por la sentencia del juez que lo declara", puede éste tan luego como se presente la demanda, y si hallare mérito, decretar las medidas provisionales necesarias, a solicitud de la mujer, en lo que concierne a la seguridad de los bienes sociales y los de ella, a su domicilio y habitación, guarda de los hijos, y expensas que el marido debe suministrar, en tanto que dure el juicio. Sobre ésto existe un vacío de ley que debería

llenarse; siendo de notar que el Código de Procedimiento Civil de Holanda, entre tales medidas de garantía y protección a la mujer, establece en el art. 825, que se refiere al art. 270 del Código Civil de esa nación, “la imposición de sellos, el inventario y la tasación de bienes”.

Respecto a los hijos concebidos **durante el divorcio**, se reputan no ser del marido; y, en tal caso, el legislador ecuatoriano admite la investigación de la paternidad, sea por haber habido reconciliación privada entre los cónyuges, u otros actos positivos que la determinen; según la clara y terminante disposición del art. 185 de nuestro Código Civil. En la frase que dice, “el **marido** le reconozca por hijo suyo” debería cambiarse el vocablo subrayado con el de “padre”.

Consecuencias jurídicas del matrimonio tocante a la filiación.

Volvamos ahora a la tesis de la paternidad y la filiación, de la que por un momento nos hemos apartado por estudiar la situación jurídica que produce el matrimonio para los cónyuges; siendo mucho mayores y de vital importancia las consecuencias jurídicas relativas a la prole, originadas de la naturaleza misma social y religiosa de esa sagrada institución, que es la fuente legal directa y primaria de innumerables beneficios y derechos civiles, reconocidos expresamente y sancionados por el Código Civil.

Primer orden de consecuencias.—A los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, los califica el legislador de hijos legítimos—arts. 30 y 174.—Esta cualidad se deriva del hecho de la convivencia y de una presunción, como regla general, que es exclusivamente favorable al hijo que ha nacido después de expirados ciento ochenta días subsiguientes al **matrimonio**, por cuya circunstancia se lo reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, en fuerza de lo dispuesto en el art. 175 del Código Civil.—He aquí cómo la **legitimidad** de la prole es el primer efecto jurídico del matrimonio, y tanto este contrato, como el hecho del nacimiento, hállanse acreditados, con las partidas fehacientes e inscripción respectiva en el Registro de Estado Civil. Esta prueba es invulnerable e indestructible, a no ser que el marido no le reconociera al infante, justificando que en el tiempo en que, según el art. 73, pudiera haberse verificado la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre.—Mientras dure el juicio de la impugnación,

que deberá ser hecha dentro del plazo y en la forma que determina la ley, será mantenido el hijo y tratado como si fuese legítimo, sin que ninguna persona, durante la vida del marido de la mujer que dió a luz, tenga derecho a impugnarlo.

Nadie se ha atrevido a combatir ni a negar los fundamentos científicos y de moral pública, en que estriba la posesión notoria y jurídica de la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, por ser ésta una garantía defensiva y de seguridad de lo más sagrado que tiene el hombre, cual es su honor y su conciencia: por éso figura en todos los Códigos del mundo, excepto el bolchevique, desde la antigüedad más remota.—El fin principal del matrimonio es la procreación, ha dicho Genovés y Benito; y la legitimidad de la prole es la base de todos los derechos civiles que existen en la familia, por el doble vínculo de la paternidad y la maternidad.—“*Pater est quod nuptiæ demonstrant. Filis eum definimus, qui ex vi et uxore eius nascitur*”.—(Digesto, leyes 5 y 12, de los Libros 1 y 2.—Novela XXXIX, Capítulo II, Tit. 2 de las Doce Tablas).

Segundo orden de consecuencias.—El matrimonio posterior de los padres **legítima ipso iure** a los hijos concebidos antes y nacidos en él; así como a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales, conforme prescriben los arts. 199 y 200 del Código Civil.

Fuera de estos casos, para que se produzca la legitimación, es necesario que en instrumento público otorgado en cualquier tiempo desde la celebración del matrimonio, designen los padres cuáles son los hijos a quienes confieren este beneficio, sea que estén vivos o muertos. (Arts. 201 y 206).

Excepto Inglaterra, las leyes de casi todos los países han establecido la **legitimación**, cuya fuente es el matrimonio de los padres, atribuyéndoles a los hijos que ellos hubieren legitimado, la misma calidad y los mismos derechos de que gozan los legítimos, nivelándoles completamente. (Arts. 30 y 207).

En cuanto al tiempo y las personas que pueden o nó ser legitimadas, al título instrumental, a la mayor o menor amplitud de derechos y forma de concesión de este privilegio, no hay uniformidad de criterio en las legislaciones comparadas. La legitimación tiene lugar en Italia—art. 198—y en España—art. 120—, no sólo por subsiguiente matrimonio de los padres, sino por concesión o Decreto Real; y para gozar de dicho estado civil es necesario que los hijos puedan legalmente ser reconocidos. Ni el adulterino, ni el concebido en matrimonio putativo, al que le faltan los requisitos y solemnida-

des de ley, no podrá ser legitimado, en el Ecuador, por más que haya habido buena fe y justa causa de error de parte de sus padres. (Arts. 197, 198, 199).—Como precedente de esta prohibición podríamos citar la Ley 11 de Toro y la Novísima Recopilación, (Ley 1, tit. 5, Lib. 10).

Irrestrictamente, el Código Francés, en el art. 331, concede el beneficio de legitimación a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, siempre que hayan sido reconocidos legalmente; y, en el fondo concuerdan con ese sistema, excluyéndoles de tal privilegio, a los adúlteros e incestuosos, los Códigos de Holanda—arts. 327 y 330, Alemania—art. 1.723, Portugal—arts. 119 y 122, Argentina—arts. 311-324, Perú—art. 266, Uruguay—art. 204, &.

La legislación de Suiza admite la legitimación, por declaratoria judicial, y en Alemania, ella es de competencia de las autoridades del Estado confederado, a solicitud del que se presenta como padre—arts. 1.723 y 1.726.—Según el art. 251 del Código Civil de Venezuela, la legitimación puede declararse, a petición del padre por decisión de la Corte Suprema competente, ya del Estado o del Distrito Federal, previas las formalidades legales.

Aceptando las proyecciones de la legitimación, como hecho familiar y social, puede verificarse respecto a hijos muertos, en favor de sus descendientes, y esta ficción, generalmente, ha sido aceptada en exclusivo interés de la familia, excepto el Código Alemán que prohíbe en el art. 1.723, que la declaración de legitimidad se haga después de la muerte del hijo.

Como precedente de este singular privilegio, podríamos citar la Ley 12 de Toro, que en su fondo se conserva en Códigos, como el de Italia—art. 196, Holanda—art. 334, Portugal—art. 120, Francia—art. 334, Suiza—art. 260 inc. 3º, Venezuela—art. 249, Chile—art. 213, Perú—art. 268, Argentina—art. 316, Ecuador—art. 206, &.

El art. 104 del Código Civil chileno, al que se refiere el art. 204 del mismo, prohíbe la legitimación por matrimonio entre personas que fueren afines en **cualquier grado de línea recta**, aun cuando exista dispensa de este impedimento.—No se encuentra un precepto igual en nuestro Código Patrio, antes bien, la Ley de Matrimonio Civil declara en el Nº 9 del art. 3, que sólo cuando la afinidad es en primer grado civil, no se podrá contraer matrimonio, so pena de nulidad.

El Código Uruguayo ha simplificado tanto el procedimiento, que según el art. 205, no se necesita sino constancia de haberse celebrado el matrimonio legalmente y de la declaración

del padre y de la madre, para que se inscriban como legítimos los hijos que nacieron antes de su celebración, debiendo especificarse su nombre, edad, sexo y lugar de nacimiento.

Hemos visto que es regla general que los hijos que tienen capacidad jurídica para ser reconocidos como naturales, pueden ser legitimados, por el subsiguiente matrimonio de los padres; sin embargo, según el art. 248 inc. 2 del Código Civil Venezolano, no obsta para tal estado civil la circunstancia de que, "en el momento de la concepción, no hubiera podido celebrarse dicho matrimonio por estar ligados el padre o la madre por otro vínculo matrimonial".

La forma de la legitimación es de lo más variable: surte sus efectos desde la fecha del matrimonio, como lo disponen el art. 103 del Código Civil de Honduras, y el art. 116 del de Costa Rica, pudiendo ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos. El reconocimiento para la legitimación puede hacerse antes o después de celebrado el matrimonio, en testamento o en otro documento público, o en la misma acta de nacimiento, según leyes centroamericanas; y en otras partes, como en la Argentina—arts. 311 y 3.118—puede hacerse ese reconocimiento de los hijos que se legitiman, ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, o por escritura pública, o en la partida de nacimiento.

Tercer orden de consecuencias.—Como causa generadora y subjetiva de la capacidad civil, debido al matrimonio encontramos doble vínculo de parentesco legal, por parte del padre y de la madre, conjuntamente, y al reconocerlo el legislador favorece amplísimamente los derechos naturales y deberes que ese doble vínculo establece respecto a los hijos, consagrando la **autoridad paterna**, que atañe más a la defensa y cuidado de la persona de ellos, que al patrimonio económico, ocupándose el Código Civil de tales derechos paterno—filiales y obligaciones correlativas, por ser corolario y consecuencia forzosa del matrimonio, tal como se hallan sistematizados en el Título IX, que es completamente distinto al Título X, que trata de la "patria potestad".

En la organización de la familia legítima, toca de consuno a los padres cuidar personalmente de la crianza y dirigir la educación de sus hijos legítimos—arts. 215 y 229; tienen la facultad de corregirles y castigarles moderadamente. Hasta por un mes puede ser impuesta la pena de detención en un establecimiento correccional, si el hijo fuere menor de diez y seis años; pero en caso de haber cumplido esta edad, será motivada la orden de arresto y calificada por el juez, conforme prescribe el art. 227 del Código Civil.

Como la primera obligación del padre es alimentar a sus hijos, pesa sobre él la de reembolsarles a terceras personas que durante la ausencia de ellos, fuera del hogar, hubieren hecho suministros alimenticios, con arreglo al art. 226.—La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa por la falta o insuficiencia de los padres a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente—art. 225.—Muerto uno de los padres, si el otro tiene posibilidad, a él le corresponden los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos—art. 223; y, en caso de divorcio, durante la tramitación del juicio, pesa sobre el padre el cuidado de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; salvo que por su depravación u otra causa de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre—art. 217.

Tales obligaciones que provienen del matrimonio en favor de la prole legítima, el legislador las ha hecho extensivas a los hijos naturales, por disposición expresa de los arts. 273, 274, 275 y 276 del Código Civil, menos en lo relativo a los alimentos que el abuelo legítimo debe a sus nietos, porque la familia que la ley concede al hijo natural, no alcanza a los abuelos, quedando reducida al tronco en el que se extingue, sin que tenga proyección más allá del primer grado de parentesco en línea recta. (Arts. 37 y 983).

Cuarto orden de consecuencias.—La idea de la familia legítima presupone jurídicamente la solidaridad, la unión de sus miembros y una asociación proteccionista, cuyos altos fines de índole económica y sociológica sería imposible conseguir y mantener, sin la institución de la **patria potestad** que es puramente civil y familiar.—En medio de las diferencias de legislación, la patria potestad tiene caracteres comunes, por ser resultado y consecuencia inmediata del matrimonio, ya que los hijos que de él nacen se hallan asociados a los autores de su existencia, inevitablemente, no sólo por la comunidad de sangre, sino por la comunidad de hogar y de bienes, cuya gerencia y administración las leyes han confiado de modo preferente al padre, y cuando él falta, a la madre.

Los Códigos extranjeros, en el plan distributivo de materias, no ocupan títulos diversos para el análisis y estudio "**De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos legítimos**" y "**De la Patria Potestad**", como lo hace el Código Civil Ecuatoriano, sino que bajo esta última denominación abarcan todo el sistema integral de leyes, inclusive las que se refieren de modo inmediato y directo a la "autoridad paterna".

La patria potestad, definida por el art. 234 de nuestro

Código Civil, como un conjunto de derechos que tienen los **padres legítimos** sobre sus hijos no emancipados, comprende como principales, los siguientes:

1.º.—La representación judicial y extrajudicial del hijo de familia—arts. 247 y 252.—2.º, El usufructo de los bienes durante su menor edad—art. 237.—3.º, La administración de tales bienes—art. 241.—Para ello, cuando el padre de familia pasa a segundas nupcias, está obligado a hacer inventario solemne—art. 120, cuya omisión se halla sancionada por el art. 123, con la pérdida de los derechos que le corresponden, como heredero **forzoso y legitimario** en la sucesión del hijo.

La evolución de la idea de la patria potestad responde al mayor grado de cultura jurídica de los pueblos, a la satisfacción de necesidades familiares y tendencias sociológicas; no es artificial ni resultado del convencionalismo, sino obra de la naturaleza de la sociedad doméstica y fines de solidaridad, que son de lo más intensos, cuando los lazos de la sangre provienen del matrimonio. Y como esa fuente de sangre es común, corresponde tanto al padre como a la madre, respetando eso sí la prelación de autoridad que él tiene sobre ella y sobre sus hijos.

“La patria potestad no es una mera creación de la ley positiva, por más que ella la hubiese reglamentado, como observa un notable comentador;—es el reconocimiento de derechos y obligaciones impuestos por la ley de la naturaleza y que son base del orden doméstico y social”. “La magistratura paterna—según las palabras del Consejero de Estado de Francia, M. Real—es la más grande de todas las magistraturas, independiente de todas las convenciones y que a todas las ha precedido”.

La patria potestad es en beneficio exclusivo de los hijos legítimos: no se ejerce en el Ecuador sobre los naturales o ilegítimos, absolutamente; ha nacido y se ha desarrollado con el matrimonio, sin que tenga otra fuente en la mayor parte de las legislaciones de Europa y América.

“Los hijos de cualquiera edad **no emancipados** se llaman **hijos de familia**; y los padres con relación a ellos, **padres de familia**”, según el inc. 2 del art. 234 del Código Civil.

“La patria potestad es consecuencia de la calidad de padre legítimo, y supone como base necesaria el matrimonio, dentro del cual sean concebidos los hijos—dice Barros Errázuriz; pero como el matrimonio puede producir también la legitimación de los hijos concebidos fuera de él, y como los hijos legitimados son iguales en todo a los legítimos, resulta que, en caso de producirse la legitimación por matrimonio

posterior, desde ese mismo momento, los hijos legitimados quedan sometidos a la patria potestad, poniéndose fin a la guarda en que se hallaren—art. 235.—Esta no es una regla especial, sino una simple aplicación de los principios generales sobre la legitimación”.

Conforme los arts. 237 y 241 del Código Civil, los derechos de patria potestad sobre los bienes del hijo de familia, consisten en el usufructo y la administración; pero como lo demuestra Fabres y nos lo enseñan los arts. 237, 240 y 242, el padre no goza de tales derechos indistintamente sobre todos los bienes, ni en idéntica medida.

No obstante la patria potestad, hay casos en que el hijo de familia se considera como emancipado, económicamente, en la vida doméstica, ora para la administración, ora para el goce de ciertos bienes que a él le pertenecen.—“Estos son de tres clases, y cada una de ellas forma un **peculio**:—El **profesional o industrial** se compone de los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, profesión liberal, industria u oficio mecánico.—El **adventicio extraordinario** lo forman: 1º, los bienes adquiridos por donación, herencia o legado, con la condición de que el padre no tenga el usufructo; y, 2º, las herencias o legados que pasen al hijo por incapacidad del padre, o por haber sido éste desheredado.—El **adventicio ordinario** comprende los demás bienes”.

Según prescriben los arts. 246 y 247, debe proveérsele al hijo de curador adjunto para los bienes del “peculio adventicio ordinario o extraordinario”, respecto a los que el padre no tiene la administración; pero él deberá autorizarle al hijo o representarle, para cualquier acción civil contra terceras personas—art. 252—; y si el padre negare su consentimiento, podrá el juez suplirlo, proveyéndole de un curador **ad litem**.

En Chile, hasta hace poco, no le correspondía a la madre la patria potestad, no así en el Ecuador que, reformando tal sistema, le ha concedido también a ella, supletoriamente, por cuanto le sucede al jefe de familia, en todos los casos en que para él termina la patria potestad, sobre sus hijos menores, no emancipados, con todos sus derechos y obligaciones.—Igual disposición contiene el art. 233 inc. 2, del Código del Uruguay, el art. 131 del Código de Honduras, el art. 138 del Código de la Argentina, & sólo que en esta última legislación y en otras, le corresponde la patria potestad, no en todo caso, sino cuando ella queda viuda.

Como el padre de familia, al **suspenderse** la patria potestad, pierde sólo la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpado de dolo o grave negligencia habi-

tual, según el inc. 2 del art. 245 del Código Civil, en tanto aquella suspensión sea decretada por el juez, es el caso de proveer al menor de un curador adjunto, en fuerza de lo prescrito en los arts. 246 y 334, después de oídos los parientes del hijo y el defensor de menores—art. 257.—Hay comentaristas que sostienen, para evitar la intervención de una autoridad extraña y todo trámite, que debe reformarse la ley ecuatoriana, en el sentido de que no sólo cuando termina la patria potestad del padre, sino siempre que ella se suspenda, ejerza la madre esa investidura. Sin embargo, nosotros disintimos de esa opinión, porque tal suspensión no es total, sino parcial, según el art. 245, para la administración de bienes solamente, no respecto a los derechos de **usufructo** y **representación** que a pesar de ello, deberá continuar ejerciéndolos el mismo padre.

Esto es imposible cuando por su larga ausencia, o por estar demente, o en interdicción de administrar sus propios bienes, llega a suspenderse la patria potestad, según el art. 256: entonces la ley no le reserva al padre sino el usufructo, y es el caso de que se le provea al hijo de curador general, conforme prescribe el art. 338 del Código Civil.

Hay legislaciones que al mismo tiempo dentro del matrimonio, conceden el ejercicio de la patria potestad a ambos padres, lo que va en mengua de la disciplina y más que todo de la unidad de acción que corresponde a la autoridad, a más de que la responsabilidad por todos los actos relativos a la administración de bienes y las cargas de familia las soporta el marido, a quien le ha concedido el legislador, con este objeto, el usufructo sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

“Los padres ejercerán en común la patria potestad durante el matrimonio”; así lo dispone el art. 274 del Código Civil de Suiza. Y agrega estos incisos: “A falta de inteligencia entre ellos prevalecerá la opinión del padre”.—“En caso de muerte de uno de los esposos, pertenecerá la patria potestad al superviviente; y en caso de divorcio, a aquel que designe la sentencia”.

Según el art. 138 del Código de Portugal: “Las madres participan de la patria potestad, y deben ser oídas en todo lo que se refiera a los intereses de los hijos; pero al padre es a quien especialmente corresponde **durante el matrimonio**, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, tanto en juicio, como fuera de él”.—“Disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, dice el art. 155, el que sobreviva continuará ejerciendo la patria potestad”.

Atendida la dualidad de sociedades, conyugal y pater-

no—filial, el art. 373 del Código de Napoleón, confiere **única-**
mente al padre el ejercicio de la patria potestad, durante el
 matrimonio, en armonía con el art. 220 del Código de Italia,
 que contiene un precepto semejante. Lo propio ocurre en Chi-
 le y en el Ecuador.—El Código Alemán, en el art. 1.627, re-
 conoce sólo para el jefe de familia la patria potestad, sin em-
 bargo “cuando él esté impedido para ejercerla, o cuando se
 halle suspendida, ordena al art. 1.685, que le toca a la madre,
 durante el matrimonio, excepto en lo relativo al usufructo”; y
 esa misma autoridad, con todos sus derechos y obligaciones,
 corresponde también a la madre viuda, perdiéndola por el he-
 cho de pasar a segundas nupcias, según el art. 1.697.

Existe completa variedad de criterio sobre este punto
 legislativo y doctrinario. En España—art. 168, conserva y
 ejerce la patria potestad sobre sus hijos, la viuda que ha con-
 traído nuevo matrimonio, siempre que el padre de éstos hubiera
 previsto expresamente en su testamento y consentido que ella
 pase a segundas nupcias. Los Códigos Civiles de Méjico y de
 la Argentina no establecen excepción ninguna, condenándole
 a perder la patria potestad a la madre viuda que vuelve a
 casarse; y esta misma sanción se estableció antiguamente en
 la Ley 8, Tit. 1, Lib. 3 del Fuero Juzgo.

En el Ecuador, si bien científica, no es original, la dis-
 posición contenida en el art. 260 inc. 2, que no existe en el
 Código Civil Chileno, dice así:—“La que pasare a segundas o
 ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de
 los bienes; pero nó los demás derechos de patria potestad”.—
 Encontramos un precepto análogo en el art. 237 del Código
 Italiano y art. 162 del Código Portugués: por el primero, la
 madre **viuda** perderá el derecho de administración, y por el
 segundo también el usufructo, a no ser que ella hubiere ob-
 tenido del consejo de familia resolución especial para conser-
 var tales derechos, sujetándose a las condiciones que se le
 impusieren; siendo en tal caso solidaria la responsabilidad del
 marido. Pero si no obtiene autorización del consejo de familia,
 no por ello la madre que ha pasado a segundas nupcias pier-
 de el derecho de representar a sus hijos legítimos del matri-
 monio anterior, que es inherente a la patria potestad.

El art. 305 del Código Civil de Venezuela prescribe que:—
 “La viuda que contrajere nuevas nupcias conservará todos los
 derechos de la patria potestad, menos la administración de los
 bienes; a no ser que el Tribunal, con conocimiento de causa,
 se la conceda”.—“En este caso se nombrará un **consultor**
 cuyo dictámen habrá de oír en todos los actos que ocurran,
 y ella, y su marido, responderán solidariamente de las resul-

tas de la administración posterior al matrimonio”.

La madre que volviere a enviudar recobrará los derechos de patria potestad, perdidos por haber contraído ulteriores nupcias, según lo disponen los Códigos de España - art. 172 y de Méjico—art. 306.—Hay legislaciones que no preveen esta situación, como la del Perú y Uruguay, siendo de notar que en el Ecuador la ley es de lo más rigurosa, porque **perpetuamente** se le condena a perder la administración de los bienes del hijo no emancipado, a la madre, por el hecho del nuevo matrimonio.

En todas las legislaciones extranjeras que han seguido los principios y normas del Derecho Romano, figura la patria potestad como consecuencia inmediata y directa del régimen matrimonial, en beneficio exclusivo de los hijos de familia legítimos no emancipados.—No sólo los países latinos e ibero-americanos, han adoptado este sistema, sino también los de origen prusiano, sajón, &.—; sin embargo, él ha sufrido quebranto y algunas innovaciones, como en Holanda y en España, donde ciertos derechos de la patria potestad se han hecho extensivos en favor de los hijos naturales reconocidos, en atención a la autenticidad de estado civil y posición jurídica que éstos adquieren por voluntad expresa de sus padres.

El Código Civil del Uruguay, bajo el epigrafe “De la Patria Potestad en los Hijos Naturales”, al reglamentarla condicionalmente, con varias restricciones, no concede a los padres naturales el usufructo de los bienes de sus hijos, pero si la administración, con el deber de rendir cuentas—art. 254.— Si ambos lo han reconocido, permanecerá el hijo en poder de la madre, hasta los cinco años de edad, y de allí en adelante, en poder del padre, conforme prescribe el art. 255 inc. 2; pero la persona casada no puede traerlo a su casa sin el consentimiento de su consorte. El art. 144 del Código Civil de Costa Rica y el inc. 2 del art. 131 del Código de Honduras, conceden también la patria potestad, con trabas y limitaciones, al padre o madre que hubiese reconocido a un hijo natural.

Finalmente los Códigos centroamericanos de Nicaragua y El Salvador, conceden a la madre, dada su certeza e identidad y la mayor ternura de su corazón, derechos de patria potestad sobre la persona y bienes de sus hijos ilegítimos.

En la sumaria exposición histórica que precede hacemos constar la divergencia y choque de principios y legislaciones comparadas, para que se vea que es casi imposible llegar a la unificación del derecho privado, internacionalmente, por más que se celebren Congresos y Conferencias, tanto en Europa como en América, con tal objeto ideológico.

La mayor parte de los Códigos modernos, si bien definen y reglamentan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales reconocidos, estableciendo la **guardia legítima** de aquéllos sobre éstos—art. 358, no les conceden la patria potestad, porque ella significaría nivelación con los hijos legítimos que gozan de tal estado civil familiar, jurídico—sociológico, por razón del matrimonio.

Con nuestro sistema vigente, están mejor asegurados y defendidos los intereses del hijo natural, bajo la tutela o curaduría de su padre, que si estuviera bajo la patria potestad. No puede el tutor o curador, sin previa decisión judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ni puede disponer de muebles preciosos o que tengan valor de afección, según el art. 383 del Código Civil; y la venta de cualquier parte de tales bienes deberá hacerse en pública subasta, al tenor del art. 384.—Fuera del caso de enajenación de inmuebles, que requiere sentencia, a ninguna de estas cortapisas está sujeto el padre de familia que ejerce la patria potestad.

No pueden cambiarse las cosas del pupilo que no pueden venderse, ni son hábiles para el contrato de permuta las personas que no son capaces para el contrato de venta—art. 1890.—El padre investido de la patria potestad no está obligado a prestar fianza ni hacer inventario de los bienes del hijo; y éstas y otras obligaciones pesan sobre él cuando ejerce la curaduría, de la que deberá dar cuenta estricta y documentada. El padre curador, sin previa orden judicial, no podrá proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea pro indiviso—art. 386; y después de hecha la división, tiene que someterla nuevamente, para que surta efecto, a la aprobación del juez—art. 389. Sin esta aprobación, so pena de nulidad, no puede proceder a transacciones o compromisos sobre los derechos del pupilo, respecto a bienes cuyo valor exceda de ochocientos sures—art. 390.

Lejos de estar el padre de familia sujeto a estas onerosas cargas y restricciones, la ley le dispensa toda confianza en el ejercicio de la patria potestad, fuera de que sería oneroso y perjudicial que el hijo natural ponga su fortuna y porvenir en manos de quien quizás es insolvente y no se ha acordado de él en la época de la adversidad.—Patria potestad sin usufructo legal, imponiéndole al padre gravísimas responsabilidades, como ocurre en la legislación uruguaya, es una antilogía: es una de las mayores injusticias del legislador, imponerle sólo cargas y obligaciones, sin concederle los frutos de los bienes del hijo que administra. Tales frutos, provenien-

tes del peculio adventicio ordinario, son en beneficio del mismo hijo, para subvenir los gastos de crianza, educación y establecimiento; tanto que por esta finalidad es inembargable el usufructo del padre de familia—inc. 3 del art. 2.418.

La familia, como organismo vivo y sociológico—jurídico, descansa sobre la columna y sostén del matrimonio, debidamente organizada según las normas de la ley humana positiva, inspirada en fines y principios superiores, más grandes y nobles que los de cualquiera otra sociedad de formas externas y visibles, sin que el concubinato u otra asociación ilícita, por íntima que sea, pueda igualarse a la unión conyugal.

La patria potestad, con la plenitud de derechos y obligaciones, con todos sus matices y líneas fundamentales, no puede encontrarse fuera del matrimonio, en que el jefe de familia, no lo es sólo por derecho natural, sino por el consentimiento de la mujer y por la voluntad de la ley, mientras los hijos sean menores, sin emanciparse. Emancipados, sea por voluntad del padre y por escritura pública, si el hijo legítimo es adulto y consiente en ello, sea por orden judicial, en ciertos casos, o por el ministerio de la ley, en otros, termina la potestad; y bajo el punto de vista de las relaciones jurídicas y de la misión trascendental del matrimonio, si con él empieza para el padre, con él termina para el hijo, esa magistratura, cuando éste se casa, emancipándose por el mismo hecho. (Art. 263 N^o 2).

Quinto orden de consecuencias.—Dentro de las normas de justicia social, en el exámen de los efectos civiles del matrimonio, podemos considerar la altísima previsión del legislador que ha establecido la institución cuasi familiar de las tutelas y curatelas testamentarias y en especial la guarda legítima, para la defensa jurídica y en favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo la potestad de padre, madre, o marido que pueda darles la protección debida.

En la República Romana, la facultad que tenía el padre de familia para nombrar tutor que represente a sus hijos legítimos no emancipados, era una consecuencia necesaria de la patria potestad, conforme al texto de las Doce Tablas: *Uti pater familias legassit super pecunia tutelavæ suæ rei ita ius esto.*

Cuando se suspende la patria potestad y en la mayor parte de los casos de emancipación, corresponde la guarda a los parientes más próximos del pupilo; lo propio ocurre cuando el padre ha muerto sin proveerla respecto a sus hijos, por acto testamentario.

Los llamados a la tutela o curaduría legítima, en general, son al tenor del art. 357 del Código Civil: 1º, el padre del menor; 2º, la madre; 3º, los demás ascendientes de uno y otro sexo; 4º, los hermanos varones del pupilo y de los ascendientes de éste.—Esta regla tiene varias excepciones, respecto a la curaduría del disipador, art. 437; del demente, art. 451; del sordomudo, art. 459; y de los bienes del ausente, art. 463. Tales parentescos, en rigor de ley y en verdad, son estrictamente legítimos.

La curaduría **legítima**, como su nombre lo indica, a juzgar por el objeto y por la historia de esta institución, fue antiguamente y es hoy en beneficio casi exclusivo de la familia legítima, como derivación y consecuencia del parentesco proveniente de unión matrimonial; y habiéndose traspasado estos límites, con la agregación de los hijos naturales a la familia del padre o madre que los reconoció, vióse de súbito innovada la legislación, aplicando por analogía a tales hijos algunas de las reglas generales, relativas a la guarda testamentaria y legítima.

Conforme a este criterio de transición, el art. 349 de nuestro Código Civil prescribe que el padre o madre natural podrán ejercer los mismos derechos que le conceden los artículos 344 y 345 al padre legítimo, quien puede proveer por testamento a la tutela o curaduría testamentaria de sus hijos.

En la economía familiar, tan importantísimo derecho basado en el amor del padre y verdadero interés que él tiene por la suerte del hijo y de sus bienes, no sólo proviene del matrimonio y de la patria potestad, como en la antigua Roma, sino que es emanación jurídica de la **autoridad paterna**, en favor tanto de los hijos legítimos, como de los naturales reconocidos.—Eso sí, se halla limitada la guarda legítima del hijo natural únicamente al padre o madre que primero le reconozca; y si ambos le han reconocido a un mismo tiempo, al padre, según dispone el art. 358 del Código Civil.

Los legisladores de otras naciones, armonizando el sistema y unificándolo teórica y prácticamente, han reducido las "curadurías" a una sola guarda con el nombre de "tutela"; y este plan científico de Códigos extranjeros es más filosófico y superior que el nuestro.

Considera el Código Italiano como un atributo de la patria potestad y de su ejercicio, la facultad que tiene el padre o madre legítimos de nombrar tutor, y en caso de que, para desempeñar este cargo, no existieran abuelos paternos o maternos—arts. 243, 244 y 245—o que éstos se hubieran excusado, corresponde tal nombramiento al **consejo de familia**, que

se compone del Pretor y de cuatro miembros de ella. Únicamente para la **administración de bienes**, se nombra **curadores**, en casos excepcionales. El padre o la madre que hayan reconocido al hijo natural, tendrá la **tutela legal** durante la menor edad de éste, dice el art. 181 del mismo Código Italiano.

El Código de Portugal contiene disposiciones distintas, porque allí no es un atributo de la patria potestad el nombramiento de tutor testamentario, y tampoco se hace extensiva la tutela legítima "a los hijos naturales"—art. 278; pero si pueden los padres nombrar curador para el hijo que lo hubiesen reconocido, a cualquier persona de su confianza—art. 277. Y en cuanto a la formación del consejo de familia y designación de "protutor", también hay divergencia con lo dispuesto por la ley italiana.

Apartándose Francia de tales doctrinas, ordena en el art. 390 que "después de la disolución del matrimonio, acaecida por la muerte natural o civil de uno de los esposos, la **tutela** de los hijos menores, pertenece de derecho al **cónyuge superviviente**".—Este sistema de **padres tutores**, rechazado por casi todos los Códigos, sobre ser arbitrario y anticientífico, es contrario al régimen de la patria potestad, cuya naturaleza y caracteres sustanciales no deberían cambiarse ni transformarse para el padre, por el solo hecho de la muerte de la mujer, a quien le corresponde suceder en su ejercicio si aquél fallece, quedando hijos no emancipados. A la viuda que ha de ser tutora puede el marido nombrar un **asesor especial**, sin cuyo dictamen no puede ejercer el cargo, así como al consejo de familia toca nombrar un **tutor sustituto**, en fuerza de lo prescrito en los arts. 391 y 1.420 del Código Civil francés.

El art. 206 del Código Español concede a los padres amplísima facultad de nombrar tutor y protutor de sus hijos menores o mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya sean naturales reconocidos o ilegítimos, a quienes estén obligados a alimentar, según el art. 139. Sin embargo, es preciso observar que trata exclusivamente de la "tutela legítima" y de las personas llamadas a servirla, el art. 211 del mismo Código español, la que no tiene lugar respecto a los hijos ilegítimos, absolutamente.

Hacemos resaltar todas estas antinomias que tendrían que desaparecer si algún día se realizara el ensueño de la unificación del Derecho Civil, en la gran Sociedad de las Naciones. Y por lo que respecta a los Códigos americanos, el de la Argentina incurre como el del Ecuador, en la antilogía de sujetar a "curatela" al demente y al sordomudo que no sabe

leer ni escribir—art. 469; cuando éstos, inclusive el impúber, por su incapacidad absoluta deberian estar bajo “tutela”, porque donde existen idénticas razones y la misma filosofía de ley, es anticientífico que haya dualidad y contradicción de sistemas.

La novedad de Códigos modernos, sobre esta materia, consiste en declarar sometidos a tutelaje, bajo un solo régimen uniforme, a personas cuya incapacidad es absoluta, por cualquier causa llámese fisiológica o intelectual. No hay en otras partes, como en Chile, Colombia, Uruguay, & idiotas y dementes bajo curaduría e impúberes bajo tutela, como observa el eminente civilista Dr. Luis F. Borja, sino que la guarda para todos ellos es una sola.

En cambio, otras legislaciones, como la civil de Honduras—art. 169, agrupan a toda clase de individuos, inclusive a los pródigos que no son menores de edad, o sea a cualquier persona cuya incapacidad es absoluta o relativa, bajo el mismo régimen y formalidades de la **tutela**, que para todos es aplicable y surte efectos iguales. La ley hondureña es copia del art. 200 del Código Civil español, que dice: “Están sujetos a **tutela**: 1º, Los menores de edad no emancipados; 2º, los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir; 3º, Los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos; 4º, Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil”.

La preindicada tutela es ejercida por un solo tutor, bajo la vigilancia de un Juez de Letras y de un protutor, tanto en Honduras como en Costa Rica; y en España ocurre lo mismo, sólo que en lugar del Juez de Letras, interviene el consejo de familia, que se compone de los miembros más cercanos del pupilo, cuales son los abuelos, hermanos y tíos, sin distinción de sexo. Las funciones del consejo de familia son importantísimas, así como las del protutor, cuya fiscalización es necesaria, estando limitado este cargo en la legislación francesa a la curaduría dativa, que es la más peligrosa.

En Prusia no se conocen tutelas legítimas, todas son dativas, según el art. 90 del Código Civil; sin embargo, ordinariamente se confiere este cargo a personas nombradas por el padre, la madre o el testador. En Austria, el art. 198 no defiere la tutela dativa a la madre, sino en defecto del abuelo paterno, que es preferido a élla.

El art. 400 del Código de Holanda, casi copia del art. 390 del Código de Napoleón, ordena que disuelto el matrimonio por muerte, ejerza la tutela **ipso iure** el padre o la madre sobreviviente; pudiendo hacerse la designación de tutor, por testamento, o en cualquiera otra forma auténtica—art. 410. No

hay tutela legítima respecto a los huérfanos, sino dativa, previa consulta del juez a los parientes del menor, llamados a la elección de tutor, según los art. 413 y 415.

En Suiza, al tenor del art. 360 del Código Civil, "son órganos de la tutela: las autoridades tutelares, el tutor y el curador".—Existe el consejo de familia, y, además el fuero tutelar circunscrito al domicilio del menor o del interdicto—art. 376; y no está reglamentada ni tiene preferencia la guarda legítima sobre la dativa. El art. 380 prescribe que: "Si a ello no se oponen justos motivos, nombrará la autoridad tutor al incapacitado, ya a uno de sus próximos parientes o afines aptos para desempeñar estas funciones, ya a su cónyuge".

Termina la patria potestad en el organismo de la familia, y, en consecuencia, se produce la emancipación de los hijos, cuando éstos llegan a la mayor edad, que es uno de los casos que contemplan las leyes. Esta se produce a los veinte años cumplidos en Suiza; a los veintiún años en Italia, Portugal, Uruguay, Suecia, Ecuador, &; a los veintidós en la Argentina; a los veintitrés en Holanda; a los veinticuatro en Austria; y a los veinticinco en Francia, Honduras, Costa Rica, &.

No se crea que estas diferencias de edad obedecen a las de raza ni a la variedad de climas y situaciones geodésicas y geográficas de los diversos países; pues hemos tenido ocasión de observar que hay contraste y completa divergencia en la escala cuantitativa para la mayor o menor edad, que no estriba en cálculos científicos ni se sujeta al medio cósmico, en naciones que se hallan limítrofes unas de otras, como ocurre, verbigracia, entre Chile y el Perú, repúblicas que están separadas por los ríos Sama y Salado; en la primera son mayores, las personas que han cumplido veinticinco años, y en la segunda a los veintiún años (paralelo 17° 15').—¿Cómo explicar por qué tales sistemas son arbitrarios y hasta contradictorios, ni cómo realizar la unificación del Derecho Privado, imponiendo una sola edad a todos los individuos, sea cual fuere su raza y situación geográfica, política o económica, en el globo terráqueo?.....

Sexto orden de consecuencias.—El sexto orden de consecuencias jurídicas que provienen del matrimonio y del entronque y vinculación de la familia legítima, es la **sucesión por causa de muerte**, testada e intestada. En primer término, figura la sucesión intestada en varias legislaciones, como las de Francia, Bélgica, Alemania, Italia, Holanda, Suiza, Ecuador, Chile, Argentina, Venezuela, &; a diferencia de los Códigos de España, Portugal, Austria, Uruguay, Honduras, Costa Rica, Perú, &, que tratan primeramente de la sucesión tes-

tamentaria, ya que sólo a falta de ésta tiene lugar aquélla. Es principio universalísimo el consignado en el art. 970 de nuestro Código Civil: que las leyes reglan la sucesión de los bienes que el difunto no ha dispuesto por testamento, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han surtido efecto sus disposiciones.

Siguiendo el proceso histórico, la sucesión intestada y forzosa apareció en el escenario de la humanidad como consecuencia de la evolución jurídica y de los derechos individualizados de propiedad y familia, a un mismo tiempo, antes de que existiera la testamentifacción, obra de la voluntad del propietario, más que de la ley que la reglamenta.—No sólo el Derecho Romano cuyas máximas y principios de sabiduría son trasunto e irradiación de legislaciones que existieron hace más de treinta siglos, sino también la Revolución Francesa que combatió al Feudalismo y al sistema sucesorio de mayorazgos y primogenituras, han definido y consagrado esta regla:—que los hijos legítimos excluyen a todos los demás herederos, siempre y en todo caso de sucesión **ab intestato**, sin que pueda privárseles de la herencia, a no ser por causa de incapacidad o indignidad.—Esta misma regla contiene el art. 978 de nuestro Código Civil; sólo que en junta de los hijos legítimos concurre el cónyuge sobreviviente que no esté divorciado por su culpa—art. 984, siempre que tenga derecho a porción conyugal, correspondiéndole por ella la legítima rigurosa de un hijo—art. 1.168 inc. 2.

En todo sistema sucesorio el modo de adquirir el dominio es **derivativo**, y por lo tanto, debemos buscar un título, que lo acredite y justifique: ese título, como acabamos de ver, no es otro que el **testamento** o la ley, según sea la sucesión testamentaria o intestada.

Para saber a quienes y la forma cómo se transfieren los bienes en la sucesión intestada—la que no depende del arbitrio ni voluntad del causante, sino que se defiere por el ministerio de la ley—, precisa examinar el derecho familiar y los principios científicos a que obedecen los diversos órdenes sucesorales, según pertenezca por vocación la herencia a personas, cuyo entroncamiento sea legítimo o que hayan nacido fuera de matrimonio.—Son dos situaciones completamente diversas.

Estudiando los sistemas parentales y de sucesión forzosa, en armonía con la institución sociológica y jurídica del matrimonio y protección eficaz que la ley dispensa a la familia legítima, para el pleno desarrollo individual y por consiguiente colectivo, según las épocas de transición histórica, en el complejo y variadísimo escenario de las legislaciones antiguas

y modernas;—se verá cómo todos los Códigos del mundo, excepto el bolchevique, han establecido reglas generales y rigurosos principios distributivos de la herencia, conforme al grado inmediato y líneas troncales de parentesco, a la calidad y condición de los herederos, sin nivelar a los legítimos con los ilegítimos.

De modo humanitario y razonable el Código Civil, científicamente, armoniza la justicia distributiva y refrena los vicios de la sociedad, en la lucha por la existencia y conservación de la especie, atemperando prácticamente el rigorismo de la ley. No reconoce sino dos clases de sucesión intestada, una que los comentadores llaman **regular**, o sea legítima; y otra **irregular** que es la del hijo natural. Ambas están definidas y reglamentadas eficazmente.

Ordenes de sucesión intestada regular.—Se hallan reducidos a estos grupos, entre los que existe la siguiente prelación:

a) El primer grupo es el de los **descendientes legítimos** llamados a suceder al difunto, ya por derecho personal, ya por derecho de representación, en concurrencia con el cónyuge—arts. 974 y 978. En esta asignación que hace la ley (**ex lege**), no se concede ventaja al sexo, a la edad ni a la primogenitura, aterdiendo sólo a la legitimidad de los hijos—art. 972.—No concurren con éstos los hijos naturales, ni tienen título para menoscabar la herencia; y “los simplemente ilegítimos en ningún caso”. “Solamente han podido solicitar alimentos, con arreglo al art. 311, y debidos por el padre, esos alimentos gravan la masa hereditaria, según los arts. 950 y 1.158.

b) El segundo grupo es el de los **ascendientes legítimos** de grado más próximo, en concurrencia con el cónyuge y los hijos naturales del difunto, supletoriamente, a falta de hijos o descendientes legítimos. De las cinco partes en que la ley divide la herencia, asigna tres para los primeros, una para el cónyuge y la quinta parte para los hijos naturales—art. 979.

c) El tercer grupo lo forman los **hijos naturales** que suceden abintestato al difunto, en unión con los hermanos legítimos de éste y el cónyuge, en defecto de herederos de las clases anteriores. Dividese la herencia en cuatro partes: dos para los primeros, una para los hermanos y la restante para el cónyuge, que sucede exclusivamente, como heredero, no a título de porción conyugal. Art. 980.

d) El cuarto grupo es de herencia divisible por mitades, la una para los **hijos naturales** y la otra para el **cónyuge**. Esto ocurre cuando el intestado no ha dejado descendientes ni hermanos legítimos—art. 981.

e) El quinto grupo es el de los **colaterales legítimos**, excluyendo el de grado más próximo a los demás, sin que se extienda la sucesión más allá del sexto grado, conforme ordena el art. 5 de la Ley de Impuestos sobre Herencias, Legados, Donaciones, &, de 28 de Agosto de 1928.—Aquí no produce ventaja alguna el doble parentesco colateral, sobre el de simple conjunción, porque según la regla 3ª del art. 982 del Código Civil, los consuesores gozan de los mismos derechos. Tampoco concurren los hermanos, ni los sobrinos legítimos del difunto, por estar incluidos en el tercer grupo.

A falta de todos los herederos expresados, el Fisco es heredero abintestato—art. 985—, y él se halla representado en cada Provincia por el Colegio Nacional de Enseñanza Secundaria, porque así lo dispone el Decreto Legislativo de 1905.

Como se relajan los sentimientos de afecto y se debilitan los lazos que unen a la familia, mientras más se aleja el heredero del antepasado y se multiplica el número de generaciones en la línea transversal, opinamos que no debería hacerse extensiva la sucesión intestada, más allá del cuarto grado de consanguinidad legítima, en armonía con el art. 37 del Código Civil, que fija ese límite máximo para la audiencia a los parientes. Y como donde se halla el provecho de la herencia, está la carga de la tutela, como dice un aforismo romano, de establecerse esta reforma, quedaría ella en armonía con los arts. 437 N° 3, 451 N° 5 y 464 del Código Civil, que al tratar de la curaduría del disipador, del demente y de la de los bienes del ausente, no se extiende a los parientes, sino hasta el cuarto grado únicamente.

En Suiza que es donde más se ha limitado el número de grados del sistema sucesorio, cada uno de ellos produce millones de ingreso a la Hacienda Pública, adjudicados para obras de beneficencia en los cantones donde tenían los fallecidos domicilio. No tiene otra justificación el cercenamiento a la herencia, ante la conciencia colectiva que reduce los vínculos de la sangre; a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Justiniano, que **sin limitación de grado** llamaba a los parientes legítimos (Novela CXVIII), excluyendo el más próximo al más remoto, hasta que el art. 755 del Código de Napoleón, fijó como límite el duodécimo grado, tal como ocurre en Holanda, Uruguay, &.

Sucesión irregular.—Para la comprensión científica, vamos a transcribir las principales diferencias entre la sucesión llamada **regular**, que acabamos de estudiar, y la **irregular** de un hijo natural, sujeta a leyes especiales, anotadas por Barros Errázuriz:

“a) En el orden de sucesión regular, los ascendientes legítimos son llamados juntamente con los hijos naturales y en mejor condición que éstos, mientras que en la sucesión de un hijo natural, los hijos naturales que él hubiere reconocido prefieren a los padres naturales. La razón de esta diferencia es clara, porque al ascendiente legítimo nada tiene que reprochársele, mientras que a los padres naturales debe reprochárseles la falta de su misma paternidad; lo que no ocurre con los hijos naturales, fruto desgraciado de una falta de que ellos no son responsables.

“b) En la sucesión regular de un hijo legítimo son llamados todos los ascendientes, y en la del hijo natural sólo el padre o la madre que le han reconocido.

“c) En la sucesión regular son llamados los colaterales legítimos hasta el sexto grado; mientras que en la sucesión de los hijos naturales solamente los hermanos.

“d) El hermano legítimo hereda al hermano natural; pero el hermano natural no hereda al legítimo.

“Como resumen de lo dicho y combinando las reglas especiales para la sucesión de un hijo natural, con las reglas generales aplicables a toda sucesión intestada, tenemos que en la del hijo natural hay los siguientes órdenes:

“Primer orden:—Los hijos legítimos que concurren con el cónyuge—art. 978.

“Segundo orden:—Los hijos naturales, en unión con el cónyuge que, en tal caso, tiene la cuarta parte—art. 983 inc. 6.

“Tercer orden:—Los padres naturales y el cónyuge: a éste le toca asimismo la cuarta parte—art. 983 inc. 6.

“Cuarto orden:—Los hermanos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre, o de ambos, y el cónyuge, a quien toca la mitad, en este caso.

“Quinto orden:—El Fisco”. (Colegios Nacionales de Enseñanza Secundaria de la respectiva Capital de Provincia).—

Sistema sucesoral mixto en antinomia con el plan científico del

Código Civil

Amoldando al Código Civil la reforma que contiene el N° 19 inc. 3 del art. 151 de la Constitución Ecuatoriana, que declara como garantía fundamental, que los hijos ilegítimos

tienen derecho a heredar a sus padres, en la proporción que determine la ley, es evidentísimo que para ello ha de innovarse y romperse radicalmente el sistema sucesorio que se halla en vigencia, incorporando a tales hijos en la "familia legítima" de la que se hallan excluidos; y, por consiguiente, para la sucesión abintestada y aun para la testamentaria, tiene forzosamente el legislador que concederles derecho de "parentesco legal", sin el que no podrían ser herederos forzosos, ni tomar **ipso iure** posesión de la herencia.

Ella descansa en la capacidad del asignatario, que es el primer requisito en toda sucesión, cuando hay absoluta certeza de que existe parentesco reconocido previamente y definido por la ley; en esta certeza se funda el derecho y la posesión de la herencia que se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore—art. 710.—A la prole de dañado ayuntamiento no debería incluírsela en esta reforma constitucional, como más adelante veremos.

Por ser consecuencia del sistema sucesorio mixto, el art. 978 del Código Civil, deberá decir: "La calidad de hijos legítimos no excluye a los demás herederos abintestato, debiendo concurrir en junta de ellos a la sucesión **ex lege**, los hijos naturales, reconocidos voluntariamente por sus padres y los simplemente ilegítimos, cuando por sentencia se hubiere declarado la paternidad o maternidad, en la siguiente proporción....."

El art. 972 podría redactarse:—"En la sucesión intestada no se atiende al sexo, a la edad, a la primogenitura, ni a la calidad de los hijos, con tal que éstos no sean de dañado ayuntamiento".

En cuanto al derecho de **representación**, reglamentado por el art. 974 del Código Civil, habría que convenir en el absurdo de hacerlo extensivo de un grado a otro, para los hijos ilegítimos, aceptando lo que antes prohibía la ley; pues si ellos son llamados, como asignatarios por derecho personal, **in capitis**, consecuencia inmediata de ese derecho será la representación, en la sucesión intestada, para las **estirpes**, es decir para las descendencias que sean legítimas del hijo ilegítimo, natural, &c.—Como la "concurencia efectiva", colectivamente, es personal y propia para cada heredero forzoso, la ficción de ley llegaría al extremo de que los hijos ilegítimos sean representantes del padre, que tampoco ha sido descendiente legítimo del difunto;—lo que significaría derrumbamiento y completa destrucción del sistema científico.

Por la arbitrariedad y rudo absolutismo de reputárseles como herederos forzosos a los hijos ilegítimos, en el primer

orden de sucesión intestada, ésta para ellos no sería ya irregular, sino regular, y la excepción se convertiría en regla, dando pábulo a terribles injusticias: tendría que rebajarse al cónyuge sobreviviente su cuota hereditaria, ya que no puede ser de mejor condición y calidad que aquéllos que están con el difunto en el primer grado de **consanguinidad legal**, en línea recta. Su concurrencia con los ilegítimos, no sólo modificaría el sistema, para el caso de **porción conyugal**, sino que lo variaría completamente en su naturaleza y cuantía, dejando de ser lo que es hoy esta importantísima institución defensiva de los intereses del viudo o viuda.

Por igual motivo, los padres legítimos del difunto y demás ascendientes quedarían privados de herencia, sea la sucesión testada o intestada, por la preferencia que sobre ellos se ha concedido a los hijos ilegítimos y naturales; pues sólo a falta de éstos, o sea del **primer orden sucesorio**, tendría cabida el **segundo** en favor de dichos ascendientes legítimos, contrariando de este modo las leyes de la naturaleza y de justicia social.

Bajo otro punto de vista, en las sucesiones testamentarias es donde más se dejaría sentir tan perniciosa y violentísima reforma, quedando extinguidas las "legítimas y mejoras", que económica y jurídicamente han sido y serán una garantía contra los abusos del testador, que sin ellas podría a su arbitrio privarles del haber hereditario a sus hijos.—Combatida por la estulticia de legisladores esta institución de Derecho Civil, y herida de muerte por el socialismo, antes de que el concubinato quede al rol del matrimonio y desaparezca esta última muralla defensiva y atrincheramiento de la familia legítima, antes de que se eliminen las legítimas y mejoras, o se dé participación en ellas a los hijos ilegítimos,—es preferible que se establezca la libre testamentifación, puesto que en el piélago de males y abismo en que se encuentra la República, éste sería el menor.

Asignaciones forzosas.—Establecidas y reglamentadas por el legislador ecuatoriano, en el art. 1.157 del Código Civil, son las siguientes: 1º, Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2º, La porción conyugal; 3º, Las legítimas; 4º, La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.

Se llaman asignaciones forzosas, porque el testador está obligado a hacerlas, y se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias.

Por acto entre vivos puede el propietario casi siempre disponer como le plazca del todo o parte de sus bienes, pero

al morir, la ley le recuerda, cohibiendo su libertad, que tiene ciertos deberes impuestos por la misma naturaleza humana y su conciencia, que provienen de hechos lícitos e ilícitos de que es responsable, figurando en primera línea la deuda alimenticia.

No se trata aquí de las asignaciones voluntarias alimenticias, sino de las obligatorias que gravan a toda sucesión de bienes, sea testamentaria o abintestato, a favor del grupo de personas enumeradas en el art. 311 del Código Civil, entre las que figuran "los hijos ilegítimos", cuando la paternidad es conocida y ha sido declarada con las formalidades y requisitos exigidos en el Título XIV del Libro 1º.

Según el art. 950 del Código Civil, "en toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del difunto o de la ley", ésta dispone que han de hacerse, previamente, para saber cuál es el **acervo líquido**, las siguientes deducciones:—1º. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad y los gastos funerales.—2º. Las deudas hereditarias.—3º. Los impuestos fiscales que gravaren la integridad de la masa hereditaria.—4º. **Las asignaciones alimenticias forzosas**.—5º. La porción conyugal, siempre que no hubiere descendientes legítimos.

Llevó en sí la convicción el legislador con esta ordenación privilegiada y rigurosa, de profunda equidad y sabiduría, que no podían quedar mejor defendidos y abroquelados los derechos de la prole habida de una unión ilícita, estableciendo para toda clase de hijos menores de edad, la deuda alimenticia.

Quedaron efectivamente de tal modo aseguradas y protegidas las **asignaciones forzosas** en nuestra legislación, que el art. 1.160 del mismo Código Civil prescribe que:—"Los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna, en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los **alimentos futuros** que parezcan desproporcionados al caudal del patrimonio efectivo".—Lo que no se establece respecto a ninguna otra clase de legados—como observa Pinochet Contreras—: "las pensiones alimenticias, una vez recibidas, no contribuyen al pago de las deducciones preferentes de la herencia; sólo los alimentos futuros y en lo que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio, se rebajan para pagar esas deudas".

Como si no existieran estas leyes que son de lo más benéficas y humanitarias, la última Asamblea que no las tomó en cuenta, ha dado título de heredero al hijo ilegítimo, convirtiéndole de acreedor que lo es de alimentos, en heredero

forzoso.

Planteado este problema, veremos después en otro Capítulo, cómo la pensión alimenticia satisface los intereses de justicia y una necesidad antropológica, que al mismo tiempo es social y jurídica. Entretanto, no olvidemos que los legados estrictamente alimenticios, a que el testador estuviere obligado por ley, según el inciso 3º del art. 1.353, no entran a colacionarse, sino después de todos los demás, o sea en último lugar, para el pago de las deudas hereditarias, si ellas no hubieren sido tomados en cuenta en la formación de los acervos.

Las asignaciones privilegiadas y forzosas valen más que la herencia, en muchas ocasiones, y siempre están sobre ella, no sirven jamás para el pago de las legítimas y mejoras que pueden desaparecer, como efectivamente desaparecen cuando no se cubren todas las deducciones previstas en el art. 950: pues el legislador, después de la enumeración de estas bajas o deducciones que sufre la masa de bienes, ha establecido que: **“el resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.”**

Esta es la regla que podríamos llamar fundamental: después de las bajas, lo primero es saber si existen o no bienes sobrantes, esto es, acervo líquido, para de él hacer la extracción y pago de las legítimas y mejoras. Aquella disposición se halla corroborada por el art. 1.174, conforme a: que **“la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el art. 950 y las agregaciones que se expresarán (en los arts. 1.175 y 1.176), se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esta división será su legítima rigurosa.”**

Según se vé, la base es el acervo líquido o el acumulado a éste, teórica o imaginariamente, tanto para extraer y computar las cuartas de mejoras y de libre disposición, en las testamentarias, cuanto para fijar y establecer las porciones asignadas por la ley a los herederos, en la sucesión intestada. No hay precepto más claro ni fijo que el del art. 1.173: **“Los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada.”**

La deuda alimenticia grava a la masa hereditaria, ésta es la regla; menos cuando el testador hubiere impuesto esa obligación a uno o más sucesores, ésta es la excepción que contempla el art. 1.158.

“Las asignaciones alimenticias voluntarias en favor de personas que por la ley no tienen derecho a alimentos, son

una mera liberalidad del testador; no tienen el carácter de deuda como las asignaciones forzosas, y no se deducen previamente de la masa de bienes. Son verdaderos legados gratuitos, que siguen la regla general de los legados comunes, esto es, se imputan a la cuarta de libre disposición que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, y están sujetos a contribución para el pago de las legítimas y de las deudas hereditarias, en la misma forma que los legados no preferidos [Arts. 1.161, 1.124, 1.351". (1)

La **porción conyugal**, en todos los órdenes y sistemas sucesorios, menos en el de los descendientes legítimos, es la quinta y última deducción del acervo o masa común de bienes, conforme dispone el art. 950 del Código Civil. Si hay tales descendientes, se computa y extrae dicha porción contando al cónyuge sobreviviente entre los hijos legítimos, para darle una cuota igual a la legítima rigurosa que no sea mayor ni menor a ella, tanto en la sucesión testamentaria, como en la intestada. Este importantísimo problema, que tiene una fisonomía característica y especial, tal como la dió Don Andrés Bello, en el Código Civil, quedaría incognoscible y completamente desfigurado, de agregarse al número de los hijos legítimos el grupo de los naturales e ilegítimos, para la distribución entre ellos de la herencia y el cómputo de la porción conyugal.

Según el sistema actual, si concurre el sobreviviente con hijos naturales del finado, la porción conyugal es deducción previa de la masa de bienes, y puede ésta quedar absorbida por aquélla íntegramente. No así en el orden de los descendientes legítimos, en que esa porción se toma del **acervo líquido** de que dispone el testador o la ley.—“El sobreviviente puede encontrarse en innumerables situaciones graduales que forman una escala que empieza en el límite más alto, —la porción conyugal íntegra—pasa en seguida por todos los tramos descendentes y termina en cero, situación esta última que se presenta cuando el sobreviviente tiene bienes equivalentes o superiores a la porción conyugal”—art. 1.166. Por lo demás, se imputará a ella todo lo que tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare.

Históricamente participa de varios de los caracteres de

(1).—Alfredo Barros Errázuriz.—CURSO DE DERECHO CIVIL.—Tom. 3. pág. 570.

la **deuda alimenticia**, sin ser tal deuda en puridad de verdad, por su cuantía que no la fija el juez sino la ley, computación, libre transferencia, modo y forma de pago. El derecho a la porción conyugal **íntegra o complementaria**, se fija definitivamente en el instante de la muerte; y puede reclamar por ese título lo que le corresponde, el viudo o viuda que careciesen de lo necesario para su **cóngrua sustentación**, art. 1.162, aún en el caso de divorcio, siempre que el cónyuge divorciado no haya roto el vínculo, por culpa suya, según prescribe el art. 1.163.

Entre todos los sistemas que han merecido especial atención de parte de los legisladores, ninguno como el de las **legítimas**, que fortifica cuanto hay de sagrado en la vida y de noble en el corazón, cuales son las relaciones de la paternidad y la filiación, manteniendo el buen nombre y el decoro de la familia en el santuario del hogar, del que dependen el porvenir y la ventura de la Patria, el lustre y felicidad de las presentes y futuras generaciones, a las que se encadena la libertad del testador, obligado por la ley a cumplir con los deberes originados del matrimonio y del vínculo de la sangre, con reservas a favor de los hijos y descendientes legítimos.

Esas reservas de bienes que constituyen la **legítima**, por la misma ley, se han hecho extensivas también en beneficio de los hijos y padres naturales, en virtud de la autenticidad y comprobación de ese estado civil, que como condición esencial requiere instrumento público.—La cuota de los bienes de un difunto toma el nombre de **legítima**, cuando la ley asigna forzosamente a ciertos herederos, que tienen el carácter y gozan del privilegio de **legitimarios**. Estos son: 1^a, los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima; 2^o, los ascendientes legítimos; 3^o, los hijos naturales, personalmente, o representados por su descendencia legítima; 4^o, los padres naturales (Art. 1.172 del Código Civil).

Sea cual fuese la sucesión, tales herederos son llamados a ella por mandato de la ley, y no por voluntad del testador. En consecuencia, concurren, son excluidos y representados, según el orden y las mismas reglas de la herencia intestada, porque así lo dispone el art. 1.173.—Sin embargo, “no son legitimarios todos los herederos abintestato, sino algunos de ellos”.

Todo legitimario es heredero forzoso, pero no viceversa: para convencerse de ello basta fijarse que el art. 973 del Código Civil, llama a la sucesión intestada, no sólo a los parien-

tes en línea recta que son legitimarios, sino también a los de línea colateral, en diversos órdenes y grados, hermanos, tíos, &c.

Siendo palpable la diferencia que existe entre legitimarios y herederos abintestato, descartando a aquéllos que tienen superior calidad que éstos, “quíeralo o nó el causante”, para reclamar su cuota en toda sucesión, no debería dárseles participación en la testamentaria a los hijos ilegítimos, pero como la ley no distingue, resulta que la condición de ellos es privilegiada: van a ser herederos forzosos y legitimarios, al mismo tiempo.

En semejante emergencia, desaparecería la garantía fundamental de la “protección al matrimonio”, a que están obligados los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y sería letra muerta “el derecho de testar y el de herencia, conforme a las leyes”.—Es evidéntísimo que con preceptos tan claros y terminantes, como son los precitados y contenidos en los Nos.—19 y 20 del art. 151 de la Constitución, se ha puesto una valla defensiva a la legítima rigurosa y a las mejoras, que son instituciones derivadas del matrimonio y testamentarias a la vez, según el Código Civil, de las que hasta hoy han estado excluidos los hijos ilegítimos, que no pueden ser colocados en el mismo rango que los legitimarios.

Si, pues, conforme a las leyes vigentes, al tiempo en que llegó a expedirse la Constitución de la República, estuvieran reconocidas y eficazmente garantizadas las relaciones de familia, tanto el derecho de testar, como el derecho de transmisión y herencia que es su complemento; no debería el legislador dar después reglas contrarias a tales sistemas vinculados preestablecidos, alterando las legítimas y mejoras al extremo de anularlas y derogarlas.—Conforme a la equidad y la justicia, entre los herederos abintestados que menciona el art. 973 del Código Civil, podría colocárseles a los hijos simplemente ilegítimos, después de los naturales.

Como la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno—art. 1.182—, a ella está ceñido económicamente el título familiar y legal, que es el testamento, para la sucesión forzosa y consiguiente reparto de bienes; la voluntad del testador está encadenada, sin que pueda apartarse un ápice de las disposiciones de ley, para el reparto de las cuotas legitimarias. La invariabilidad de éstas es su mejor garantía; permanecen siempre fijas en su unidad de medida, que es la mitad de los bienes de que se compone el **acervo líquido**, ordinariamente, sea cual fuere para su computación la cuantía global.—“Es aquí donde mejor se advierte la naturaleza invariable de las legítimas rigurosas, dados un

mismo acervo partible e idénticos legitimarios”.

De la **cuarta de mejoras**, que es otra asignación forzosa familiar, al amparo del art. 1.185 del Código Civil, puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus **descendientes legítimos**.—Legítimas **efectivas** son las rigurosas aumentadas en aquella porción de bienes que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición. (Art. 1.181).

Se rompería el nexo de unión que se interesa en conservar la familia legítima y desaparecería la arquitectura científica ideada por el legislador, si aceptáramos la intromisión de herederos **ilegítimos** en la sucesión testamentaria, en la que prevalecen legitimarios que tienen condición privilegiada, social y jurídicamente. Antes de que se premie el concubinato y se sacrifiquen derechos adquiridos en razón del matrimonio, que mantienen el orden y la moral pública, mejor sería abolir completamente el sistema de legítimas y mejoras.

Hasta aquí esa antigua fortaleza, obra de la previsión y sabiduría de legisladores, ha sido inexpugnable. Lo único que gravaba a la cuota legitimaria era la porción conyugal. En efecto, si alguno de los herederos no lleva la parte que en ella le corresponde, sea por incapacidad, indignidad, desheredación, o porque la ha repudiado y no tiene descendencia legítima, con derecho de representarle; de modo claro y terminante ordena en tales hipótesis, el art. 1.180 del Código Civil, que dicha parte se agregará a la **mitad legitimaria** y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros herederos y la **porción conyugal**, en el caso del art. 1.168 inc. 2.—No hay aquí acrecimiento en favor de la masa de bienes, nó. Esta es una excepción a la regla general consignada en el art. 1.175, en que para formar las hijuelas se traen a colación y agregan al **acervo líquido**, todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que, según el art. 1.166, se hagan a la porción conyugal. Estas deducciones, que consisten en toda clase de bienes que a cualquier otro título estuvieren en el patrimonio del cónyuge sobreviviente o que éste tuviere derecho a percibir, se sustraen y se imputan, en su valor, a la cuantía a que ascienda globalmente la porción conyugal. Este es el primer caso de acervo teórico o imaginario, en el que los bienes colacionados, o mejor dicho, su precio, aprovechan a los legitimarios.

El segundo caso de acervo imaginario que contempla el

art. 1.176 “tiende a defender las legítimas contra las donaciones entre vivos hechas a extraños, las que siendo excesivas podrían agotar el caudal con perjuicio de los legítimos”.—La operación aritmética para el cómputo de las legítimas y mejoras y consiguiente restitución de lo excesivamente donado a extraños, contemplan los arts. 1.176 y 1.177 del Código Civil; debiendo colacionarse tales donaciones entre vivos, cuando el valor de todas ellas excediere a la **cuarta parte** de la suma formada por dicho valor y el del acervo imaginario, a que el exceso se agregue a éste, también imaginariamente, sólo en beneficio de los legítimos.

Habría que destruir éstas y muchas otras garantías científicas y barreras infranqueables establecidas sabiamente por el legislador que ha defendido las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras, con el sistema de acervos y colaciones reales y teóricas, para el cómputo y nivelación de aquellas cuotas, en las que ningún país civilizado les ha dado participación alguna a los hijos ilegítimos, mucho menos a los de dañado ayuntamiento.—Para los hijos simplemente ilegítimos, en la hipótesis de que el Congreso les calificara de legítimos, tendrían que formarse lotes partibles especiales, en la sucesión intestada.

De la filiación de la prole habida fuera de matrimonio.

El art. 31 de nuestro Código Civil, en un sentido demasiado lato, bajo la denominación de **hijos ilegítimos**, comprende a todos los concebidos y nacidos fuera de matrimonio. Llama **naturales** a los que han obtenido el reconocimiento libre y voluntario de su padre o madre o de ambos. Llama de **dañado ayuntamiento** a los adulterinos, incestuosos y sacrilegos.—Y a los que no han sido reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, les llama **simplemente ilegítimos**.

Como el reconocimiento define y establece lazos **cíviles** de parentesco, para su autenticidad y validez quiere la ley que se lo haga constar por instrumento público, ante un juez y dos testigos, o por acto testamentario, al tenor de lo prescrito en el art. 269.

Prohíbe la ley reconocer a los hijos, cuando al tiempo de la concepción existía en uno de los padres algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio. I por esta cau-

sal, que es de orden social y público, puede ser impugnado el estado civil de hijo natural, conforme prevén los incs. 2º y 3º del art. 272 del Código Civil ecuatoriano, en armonía con lo que disponen sobre esta materia casi todas las legislaciones.

El reconocimiento de un hijo natural presupone el consentimiento libre y voluntario del padre o madre que lo reconoce, tanto que sería nulo si hubiese algún vicio de error, fuerza o dolo. Es un acto personalísimo y solemne que atañe al honor, a la conciencia y la moral del individuo que se cree ser padre; y, de consiguiente, no puede verificarse el reconocimiento por ninguna persona intermediaria, llámese representante legal o mandatario.

Para que el reconocimiento sea como es irrevocable y confiera definitivamente el estado civil de hijo natural, deberá ser hecho sin que se omita ninguna de las varias solemnidades que exigen las leyes, como medio probatorio y en razón de la importancia trascendental de ese acto que es puro y simple, no sujeto a plazo, condición suspensiva ni resolutoria, ni a modalidad alguna.

Aquellos hijos no reconocidos voluntariamente quedan de **simplemente ilegítimos**, cuando en virtud de una demanda judicial, el demandado ha confesado ser padre, bajo juramento, o se le ha declarado tal, por no haber comparecido ante el juez, después de citado en forma legal, siendo estos casos previstos por los arts. 279 y 280 del Código Civil, de investigación de la paternidad, así como en el de raptó de la madre, cuando coincide con él, la época de la concepción, mientras estuvo la robada en poder del raptor, art. 284.— Sea o nó motivada la investigación, no tiene otro objeto que establecer la deuda alimenticia en favor del niño, según la legislación vigente.

Esta misma pesquisa y averiguación judicial puede hacerse contra toda mujer que hubiese tenido la debilidad de ser madre, sin haber contraído matrimonio, para que cumpla con la obligación impuesta por la naturaleza de alimentar al hijo, puesto que es de lo más fácil encontrar un conjunto de pruebas y testimonios irrefutables que establezcan el **hecho del parto y la identidad del hijo**.— (Arts. 285 y 286).

Consultando la paz y la armonía de los esposos, el decoro de la familia y la tranquilidad de sus miembros, la ley prohíbe investigar la maternidad, cuando la mujer es **casada**.—Ésta, sea cual fuese su condición, puede pedir alimentos al hijo ilegítimo, en caso de necesitarlos, con tal de que no lo haya abandonado, pero nó el padre, lo que indica que a ella le correspon-

de la crianza y cuidado del sér que dió a luz, art. 288.— El derecho a alimentos debería ser igual y recíproco; sin embargo, la ley sanciona al padre ilegítimo, como si la falta de él fuera mayor que la de la mujer que consintió en ser madre.

Por lo demás, en razón del estado civil y condición jurídica del hijo natural, le otorga la ley mayores derechos y prerrogativas que al simplemente ilegítimo. Si la calidad de este último constare del testamento del finado, podrá exigir a los herederos los alimentos a que estaría obligado el testador si viviese; pero sin acción retroactiva—art. 1.159.— Lo cual se entiende si el testador no le **reconociere formalmente**, como hijo natural.—Atendiendo a los términos que se hubieren empleado, habrá de buscarse la **intención** claramente manifestada en el mismo acto testamentario que, a falta de sentencia, es el título para recibir alimentos forzosos y necesarios.

La ley ordena que el reconocimiento deberá notificarse al hijo natural, para que lo acepte o lo repudie, libremente, por los intereses pecuniarios y familiares, así como por las responsabilidades inherentes al estado civil que no siempre es un beneficio—art. 270. “El hijo, por su parte—se ha dicho conienzudamente en el Mensaje adjunto al Código Civil de Chile:—¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido....?”

Una serie de consecuencias jurídicas produce el reconocimiento, cuando ha sido hecho en forma legal y con la intención clara e inequívoca de que los hijos adquieran la calidad de **naturales**. En tanto que éstos ingresan en la **familia** del padre o madre que los hubiere reconocido y aún pueden ser **legitimados**, por subsiguiente matrimonio, reunidas las circunstancias y condiciones que exige el art. 200;—en tanto que sus progenitores pueden proveerles de **curador testamentario** y necesitan los hijos del consentimiento de ellos, expreso, cuando son menores de edad, para contraer matrimonio, so pena de ser desheredados—arts. 349, 104 y 110;—en tanto que como consecuencia ineludible de los lazos de parentesco, los padres e hijos naturales son **legitimarios**, y por consiguiente herederos forzosos, a falta de descendientes legítimos, según el orden y reglas que fija la misma ley—arts. 978, 979, 980, 983, 1.172 y 1.173—pudiendo entablar acción de reforma de testamento, si acaso no se les hubiere dejado la legítima rigurosa—art. 1.206;—los hijos **simplemente ilegítimos** no gozan de ninguna de estas prerrogativas, según el sistema de legislación actual, sino únicamente de la pensión alimenticia estable-

cida a su favor—arts. 270, 282, 283, 284, 285, 287.—Queda demostrado que sólo con este fin pueden solicitar judicialmente el reconocimiento y obtener la declaración de la paternidad, no para adquirir el estado civil de **hijos naturales**, según la clara y terminante disposición contenida en el art. 277 de nuestro Código Civil.

Como la reforma constitucional les ha colocado en la misma situación o área económica, al hijo natural y al simplemente ilegítimo, para los efectos de la herencia que les corresponde en la mortuoria de sus padres, como **consucesores**; surge para el Congreso Nacional un problema muy arduo y difícil de resolver, acertadamente, cual es si para el uso y goce de los demás derechos y obligaciones civiles, que son derivaciones del **parentesco legal**, ¿deberán o nó borrar-se las diferencias que hoy existen, entre el hijo natural y el ilegítimo, para nivelarlos completamente, en su capacidad jurídica y estado civil?.....

Antecedentes históricos y variedad de criterio jurídico sobre el reconocimiento de hijos naturales

En el Derecho Romano, los hijos de comercio ilícito, concebidos y nacidos fuera de matrimonio, se reputaban **naturales**, y con este nombre se les conocía, siempre que hubiese habitado la madre en la misma casa del supuesto padre, viviendo con él en concubinato, “siendo ambos libres y solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio”.

Esa clase de uniones fueron toleradas entre los romanos, y en la época de Augusto admitidas por la ley.— “En el fondo, pues, las justas nupcias y el concubinato no tenían diferencias radicales”, como observa un doctísimo civilista venezolano (1).— Con todo, en la esfera de los hechos y ante el mismo Derecho Civil, ningún vínculo jurídico se producía para los convivientes: la mujer cuya condición era servil y depresiva, mensajera de su debilidad y deshonra, social-

(1).—Dr. José Santiago Rodríguez.—ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO.—T. I. pág. 147.

mente estaba en un plano muy inferior al de las damas romanas, no podía aspirar “al honorífico título de **mater familias**, de **matrona**”. En el concubinato “no había **vir** ni **uxor**, dote ni patria potestad, como dice Ortolán—; se tomaba por concubinas a mujeres que no merecían ser esposas” (1).

Sin embargo, de ese estado de amor libre que desapareció con el Cristianismo y con la encarnación de nuevas ideas y doctrinas, emanaban ciertos derechos y relaciones civiles paterno—filiales: se consideraban como **naturales** los hijos de concubinato, a diferencia de los bastardos, bajo cuya denominación genérica estaban comprendidos los adúlteros e incestuosos, y quedaban como una estela sin nombre, hijos del libertinaje, de la violencia y prostitución: **stuprum**, **adulterium**, **incestum**.

En este sentido la conciencia colectiva y las leyes escritas han remarcado hondas diferencias entre los hijos legítimos nacidos de matrimonio y los hijos naturales. No olvidemos que también era diversa la condición social y jurídica de estos últimos, comparada con la de los bastardos o **espúrios**.—“Se les llamaba así, **spuri**, voz que según Plutarco procede de indicarles con las letras **s. p.**, iniciales de las palabras **sine patre**, y haber un nombre propio, Spurio, que se escribía abreviadamente con las mismas iniciales, tomada esta palabra en la acepción amplia que a veces le dan los textos, dentro de cuyo grupo se comprendían:—a) los que llamaba Justiniano **ex damnato coito**, a saber: los **adúlteros** o procedentes de adulterio; los **incestuosos** habidos entre parientes en grado no dispensable; y los **sacrilegos**, los de personas ligadas con voto solemne de castidad:—b) **Espúrios propiamente dichos**, también llamados **vulgo quæsití vel concepti**, los concebidos en cualquier otra unión ilegítima, que no era concubinato (v. g., entre mujer y hombre solteros, no parientes ni ligados con voto solemne de castidad o matrimonio.)”

En las Leyes de Partidas encontramos igual clasificación, sin que hubiere cambiado el concepto de **hijo natural**, que lo era el de concubina libre o barragana, en relación ilícita con un hombre que no tenía ningún impedimento para ser su marido: ya no era necesario el hecho de vivir en la mis-

(1).—M. Ortolán.—EXPLICACION HISTORICA DE LAS INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO, tomo I, pág. 124.

ma casa, ni tampoco era menester el reconocimiento de la prole natural. Se presumía, en tal caso, **ipso iure** la paternidad.

Posteriormente, la Ley II de Toro, modificando las teorías y doctrinas romanistas españolizadas, apellidó **natural**, al hijo que “cuando naciere o fuere concebido, podía casarse su padre con su madre, justamente, sin dispensa” con tal que el padre lo **reconociera** por su hijo, aunque no hubiere tenido en su casa a la mujer de quien le engendró, ni fuere una sola”.—Desde entonces ningún efecto civil concedieron las leyes a la barraganía, antes bien se la miró con desprecio, como reñida con las buenas costumbres y la moral pública; y quedó definitivamente fijado el concepto técnico de **hijo natural**, para cuyo estado civil requirióse el reconocimiento **libre y explícito** del padre, en vez del asentimiento **tácito**, es decir, prueba plena y perfecta, en vez de la **presunción de ley** que antes era suficiente. Prohibiósele al juez que acepte y declare dicho estado civil, sin requisito ni formalidad ninguna, por la sola circunstancia de la frecuencia de relaciones y la capacidad de los padres para contraer matrimonio, “en el momento de la concepción, o del parto, justamente y sin dispensación”.

Las Leyes de Partidas y de Toro rigieron en la Península Ibérica, siendo modificadas antes que en Chile,—en el Ecuador, por la Ley de 17 de Abril de 1837, que estableció los requisitos internos para el reconocimiento del hijo natural, y al mismo tiempo, las solemnidades extrínsecas, reglamentando la forma de dicho acto que es de lo más solemne y trascendental.—“En lo sucesivo, sólo por el reconocimiento explícito del padre—dice el art. 5 de la citada Ley—, hecho en instrumento público, o a presencia del juez y dos testigos, se podrá declarar a alguno por **hijo natural** para todos los efectos civiles. Sin este reconocimiento será prohibida toda investigación sobre paternidad natural”.

De este modo cambióse radicalmente el antiguo sistema de **presunciones**, por tratarse de un hecho positivo, cual es la paternidad que por estar envuelta en “las sombras del misterio”, no es susceptible de medios probatorios que llevan al juez el convencimiento de la verdad, *sine rarísima vez*, a no ser por “el reconocimiento del padre que deberá constar de una manera clara, explícita y terminante, no por indicaciones y conjeturas, ni por servicios u oficiosidades”, como dice el art. 3 de la Ley ecuatoriana del pasado siglo, expedida el año 37.

Frente al concepto antiguo de hijos naturales, el derecho moderno exige seguridades para la validez del acto

y garantías para que surta pleno efecto civil el reconocimiento; motivo por el que ha quedado proscrito y abandonado el viejo criticismo de las Auténticas de Justiniano, según el que la "única fuente de la filiación natural era el concubinato", elevado a categoría jurídica: **Natus et procreatus ex unica concubina, retenda in domo, et utroque soluto, et quibus indubitanter videatur procreatus.**

Con caracteres del todo fijos y circunstanciales, mientras el legislador ecuatoriano ha establecido marcada diferencia entre los hijos simplemente ilegítimos y los hijos naturales, bajo un aspecto técnico y peculiarísimo, como signo de progreso científico; muchos Códigos extranjeros, inclusive algunos americanos, mantienen en inmovilidad las ideas preconstituidas a base del derecho antiguo, considerando como voces completamente sinónimas las de "hijo natural" e "hijo simplemente ilegítimo".—Existen Códigos, como el de Holanda, Francia, Venezuela, Uruguay, &, que bajo el rubro "DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES", se ocupan en el mismo Capítulo de todos los casos declarativos de la filiación ilegítima, sin excluir los de inquisición judicial de la paternidad y maternidad.

A los que hoy llamamos hijos ilegítimos, antiguamente se les apellidaba naturales. Tienen este último nombre, según el art. 118 del Proyecto de García Goyena, "los nacidos fuera de matrimonio de padres, que al tiempo de la concepción de aquéllos, pudieron casarse, aunque fuera con dispensa."

En medio de la oposición y contraste de sistemas, los Estados civilizados que están a la vanguardia y representan en su carrera el enaltecimiento de las ideas jurídicas, no han variado en su fondo los principios fundamentales de justicia social y moralidad pública, que prohíben el reconocimiento de la prole adulterina e incestuosa; así como la mayor parte de las legislaciones tampoco permite que, en tales casos, se investigue la paternidad.

El Código Civil de Italia prescribe en el art. 180, que no podrán ser reconocidos: 1º. Los hijos nacidos de personas, de las cuales una estuviese casada con otra al tiempo de la concepción.—2º. Los hijos nacidos de personas entre las cuales no podía celebrarse matrimonio por causa de parentesco o afinidad hasta el infinito, en la línea recta, y hasta el segundo grado, en la colateral.—En estos casos en que el reconocimiento está prohibido, expresamente, dice el art. 193 del mismo Código italiano: "no podrá el hijo hacer indagaciones sobre la paternidad".—El Código de Napoleón, en sus

arts. 335 y 340, coincide con este criterio y doctrina legislativa.

Sin embargo, conforme al precitado art. 193, en Italia el hijo natural tendrá siempre acción para obtener alimentos:—1º, Si la paternidad o maternidad se deduce indirectamente de una sentencia civil o criminal.—2º, Si la paternidad o maternidad depende de un matrimonio declarado nulo.—3º, Si resulta de una declaración explícita hecha por escrito por los padres".—No tiene la ley francesa disposiciones como éstas, tan altruistas y humanitarias, por las que se evita el sacrificio forzoso de la existencia natural y civil del individuo, destinado a perecer en la orfandad, si no tiene quién provea a su crianza y alimentación. En cuanto a la forma, permite la misma ley italiana que el reconocimiento se haga "en el acta de nacimiento, o en un documento público anterior o posterior al mismo"—art. 181; y aunque estén prohibidas las investigaciones sobre la paternidad, el art. 189 exceptúa los casos de **rapto o violación**, cuando la fecha de estos hechos esté en relación con aquella en que se verificó la concepción.

Pueden ser reconocidos todos los hijos ilegítimos, según el art. 122 del Código Civil de Portugal, excepto los "adulterinos o incestuosos".—También está prohibida la investigación de la paternidad ilegítima, salvo los casos detallados en el art. 130:—1º, Existiendo escrito del padre en que expresamente declare su paternidad.—2º Hallándose el hijo en posesión del estado considerado en esta calidad, tanto por sus padres, como por la familia de éste y por el público.—3º, En los casos de estupro, violencia o rapto, coincidiendo la época de la concepción con la del hecho criminal."

Sería conveniente que se reforme nuestro Código Civil, adoptando estos preceptos de orden público y sana moral, que revelan mayor amplitud de criterio legislativo, cual existe en España, donde el art. 135 del Código Civil contiene idénticas disposiciones. I, dentro del proceso evolucionista, en correlación con las antiguas instituciones jurídicas, el art. 132 de la ley portuguesa, declara que "la investigación de la paternidad o maternidad, no puede ser admitida en juicio en los casos en que está prohibido el reconocimiento".—Aquella acción puede ser intentada en vida de los presuntos padres, según el art. 133, salvo que éstos fallecieren durante la menor edad de los hijos, o de encontrarse un documento escrito y firmado, revelador de la paternidad.—Concuerda este artículo con el 137 del Código Civil español, que con-

cede el plazo de seis meses para intentar dicha acción, en el caso de hallazgo del documento.

El Código Civil de Suiza, en el art. 304 contiene igualmente la siguiente prohibición:—"El hijo nacido de un comercio adulterino o incestuoso, no puede ser reconocido".—Sin otras excepciones que éstas: "el hijo natural podrá ser reconocido por su padre, o en caso de fallecimiento o de falta de discernimiento, por el **abuelo paterno**".—La implantación de esta reforma que no tiene precedente, si bien equitativa, sería anticientífica y peligrosa, por ser el reconocimiento un acto individualísimo personal, esencialmente.

En cambio, sería conveniente que en el Ecuador se adopten disposiciones análogas a las de los arts. 307 y 308 del Código Suizo, según las que no sólo el hijo natural, sino también la madre, puede investigar judicialmente la paternidad, "incoando la acción antes o después del nacimiento del hijo, pero **dentro de un año lo más tarde**".—Esa acción deberá ser rechazada, cuando en la época de la concepción fuere notoria la mala conducta de la madre; tal como dispone el art. 315 del Código citado. "El juez, fundándose en las conclusiones de la parte demandante, declarará la paternidad del demandado, cuando este último hubiese hecho promesa de matrimonio a la madre o cuando la cohabitación haya constituido un acto criminal o un abuso de autoridad; pero no podrá declarar la paternidad si el demandado estaba ya casado al tiempo de la cohabitación". (Art. 323).

Los hijos adulterinos tampoco pueden ser reconocidos según el art. 338 del Código Civil de Holanda. Respecto a los demás, mientras viva la madre, es inadmisibile el reconocimiento de un hijo natural, cuando ésta no lo consienta—art. 339. Esta disposición originalísima da derecho a la madre para desconocer y negar el hecho de la paternidad que puede atribuirse a un individuo a quien ella no ha conocido. La indagación de la paternidad está prohibida por el art. 342, salvo que se hubiese declarado en juicio criminal, o cuando hubiese violación o rapto.

No así en cuanto a la maternidad, cuya averiguación está permitida en casi todos los países, sin que se necesite otra prueba a más del hecho del parto y de la identidad del hijo. En muchos Códigos, como en el de Francia—art. 341; en el de Holanda—art. 343, y otros, son inadmisibles las declaraciones de testigos, a no ser cuando haya un **principio de prueba por escrito**, para el fallo judicial sobre la maternidad, sin que en Suiza, Portugal, España, Uruguay, Ecuador, &, exista una restricción semejante.

Tal como ocurre en la mayor parte de las legislaciones modernas, el Código Civil alemán no reconoce parentesco alguno legal, entre el hijo ilegítimo y su padre—art. 1.589, en armonía con el derecho prusiano y el sajón; sin embargo, le impone a éste la obligación de alimentar a aquél, hasta la edad de dieciséis años—arts. 1.708, 1.716 y 1.717. Esta protección jurídica tiene lugar, sea que se reconozca la paternidad después del nacimiento del niño, en un **documento público**, art. 1.718; sea que haya declaratoria de la autoridad judicial, por haber el demandado, con engaños, amenazas o abuso, hecho que una mujer consienta en la cohabitación extraconyugal—art. 825, debiendo en tal caso repararse el daño causado, a menos que ésta haya cohabitado también con otro hombre, en la misma época en que se presume la concepción—art. 1.717.—Esa época de la concepción para la ley alemana no es otra que “el período de tiempo comprendido entre los 181 días y 302, antes del nacimiento.”

En las legislaciones de América rige también el principio jurídico universalmente admitido, de que no puede verificarse el reconocimiento, si en uno de los padres existía al tiempo de la concepción del hijo, algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio. La religión y la severidad de las costumbres, el interés social y la sanción pública, responden a esta prohibición que la encontramos en los Códigos Civiles: del Uruguay—art. 210, de Chile—art. 270, de Venezuela—art. 233, del Brasil—art. 358, en armonía con el 267 de la ley ecuatoriana. Con la siguiente diferencia notabilísima, que si se reconoce a un hijo de dañado ayuntamiento, en el Ecuador, ese acto no será **ipso iure** nulo, sino susceptible de impugnación, al tenor de lo preceptuado en las reglas 3^a y 4^a del art. 272, como acertadamente sostiene Borja; mientras que por la ley venezolana, “en ningún caso puede hacerse válidamente ese reconocimiento”, ya que si él atañe al régimen económico de la familia y sobre todo al derecho público, necesariamente hay objeto ilícito por el hecho de contravenir a una ley prohibitiva.

En Honduras—arts 96 y 106, y Costa Rica—arts. 114 y 119, “son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse sin dispensa o con ella”.

La ley venezolana prohíbe toda inquisición acerca de la paternidad ilegítima y ningún Tribunal podrá admitir demanda o gestión sobre ella, salvo en los casos de rapto y violación—art. 242.—En cuanto a la maternidad no es susceptible de demostrarse por medio de testigos—arts. 224 y 225, a

no ser que haya un principio de prueba por escrito, según lo estatuido en los arts. 224 y 225, o cuando las presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos sean bastantes para determinar su admisión.

La ley uruguaya prohíbe toda indagación de paternidad o maternidad adulterina o incestuosa—art. 221; pero en el caso que contempla el art. 186, de matrimonio no putativo, en armonía con el art. 223, de haberse declarado nulo por sentencia ejecutoriada, si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, el hijo que entonces no goza de la calidad de legítimo, sólo podrá pedir alimentos necesarios. Como en el Ecuador, en el Uruguay, se admite la investigación de la maternidad, cuando no se trate de atribuir el hijo a una mujer **casada**—art. 219.

En la Argentina, según el art. 342 del Código Civil, no tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad los hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, que por las leyes, no tienen padre o madre, ni parientes de ninguna clase. La sola excepción al artículo anterior, es que si ellos han sido **reconocidos voluntariamente por sus padres**, pueden pedir alimentos hasta la edad de **diez y ocho años**, siempre que estuvieren imposibilitados para proveer a sus necesidades. (Art. 343).

En el actual momento histórico, es tan grande la variedad de intentos legislativos y la antilogía de principios y doctrinas jurisprudenciales, que en las Américas es mucho más difícil la unificación del Derecho Civil que en Europa, sobre estas materias híbridas de derecho familiar, especialmente en lo que respecta a la paternidad natural, cuyos intereses trascendentalísimos son éticos y sociales; pues, como acabamos de ver, la investigación está prohibida en Francia, Bélgica, Holanda, & y aceptada en cambio por otras naciones, entre las que figuran Austria, Suecia, Prusia, España, Inglaterra, los Estados Unidos de Norte América, & que han fijado términos cortos y procedimiento sumario.

La Ley inglesa "**an act to amend the bastardy laws**", para dicha acción concede el plazo de un año, contado desde la fecha del parto o desde el regreso del padre presunto, en el caso de estar ausente: la causa tiene dos instancias, en la primera intervienen dos jueces de paz. Según el Acta de 3 de de Abril de 1872, para el Estado de Illinois, la madre puede ejercer la acción de investigación de la paternidad, dentro de dos años desde el nacimiento del hijo. (1).

[1] Véase CODIGO CIVIL FRANCÉS, concordado y comparado con las le-

Para concluir esta sola fase del problema relativo a la filiación ilegítima, citaremos el art. 128 del Código Civil de Costa Rica, que permite al hijo, una vez que esté fehacientemente prolado en juicio el adulterio o el incesto entre los padres u otras partes, investigar la paternidad o maternidad, concediéndole los mismos derechos que al hijo natural reconocido. Pero esto no debe mirarse como una violenta innovación, en tratándose del **reconocimiento forzoso**, puesto que en Chile y en el Ecuador han podido siempre ejercitar ese derecho toda clase de hijos, con sólo el objeto de conseguir alimentos, excepto contra la mujer casada.—El Código Civil de Honduras concede en el art. 117 alimentos a los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, en los casos siguientes de investigación, como ocurre en Italia y España: “1º, Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.—2º, Si resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”.

La investigación de la paternidad como etapa de desarro

llo del Derecho familiar

Si no por la imposibilidad de la prueba que casi siempre es congetural y aventurada, por los obstáculos infranqueables y dificultad que existen para determinar cuál es el comercio ilícito al que se debe la generación del hijo, cuya paternidad aun en el matrimonio es simple presunción;—ha sido y será el problema de la filiación ilegítima uno de los más arduos y complejos, para el Estado y las sociedades, para el individuo y los legisladores afanados en encontrar una solución científica.

De cuanto dejamos consignado anteriormente, se deduce que hay tres variedades de criterio doctrinal y científico, sobre el reconocimiento forzoso e investigación de la paternidad, o sean tres son los sistemas que, —como observa Sánchez Román— ofrecen la ciencia jurídica y las legislaciones históricas: el **absolutamente prohibitivo**, que estimamos in-

justificación e inaceptable; el **absolutamente permisivo**; y un tercero, que podríamos calificar de **intermedio**, del cual parece que se muestran partidarios algunos ilustrados escritores modernos.—(1)

Al hablar de la antigua legislación romana y española, hemos visto que no se conocía ni era necesario el reconocimiento solemne voluntario de quienes habían procreado a un hijo natural, que si era nacido en concubinato se revelaba y presumía **ipso iure** la paternidad, y en cuanto a la madre había certeza completa; por eso el niño seguía la condición de ella y tomaba su apellido. La filiación del hijo natural gráficamente quedaba establecida respecto a la madre, en el campo jurídico, por el hecho del parto, con el consiguiente vínculo de agnación, constituyendo regla de imputación normativa este aforismo del Digesto: **mater semper certa est**.

La Ley II de Toro exigía del padre, pero no de la madre, que de una manera **explícita** le reconociera al hijo, sea o no fruto de concubinato, para que recaigan sobre su autor todas las responsabilidades consiguientes. Elevado por primera vez el reconocimiento libre y voluntario al rango de institución jurídica, por las leyes de Toro elaboradas en las postrimerías del siglo XV, que tomaron este nombre y se publicaron en España el año 1505, figura como una evolución del reconocimiento forzoso, con el objeto de evitar el escándalo y estrépito judicial, a que daba lugar la investigación de la paternidad, autorizada con no pocas restricciones por la Ley 7^a, Tit. 19 de la Partida 4^a.

Examinando el obrar humano, el pensamiento crítico y la teoría jurídica, dentro de las fronteras del primer sistema que deniega la inquisición de la paternidad, transcribiremos los siguientes razonamientos de sus impugnadores, que los refuta Sánchez Román:

Se ha dicho "que ese sentido prohibitivo se funda en la tranquilidad de las familias, garantizada por la acción tutelar de la ley, para evitar que los particulares sean víctimas de los ataques de la impudencia, de los agravios de la difamación y de las asechanzas de la codicia".— Se ha sostenido "que es más conveniente para la moral pública prohibir, que no estimular y fomentar las relaciones ilícitas con el aliciente de que podrán ser base del reconocimiento forzoso de

(1).—Felipe Sánchez Román.—ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL, tomo 5, pág. 999.



la prole mediante ella engendrada y causa de ciertas consecuencias legales que originen derechos y beneficios para los hijos habidos fuera de matrimonio, y de un modo indirecto para otras personas".— Se ha hecho hincapié en fenómenos internos y en realidades no tangibles, afirmando "que por ser impenetrable el arcano de la naturaleza respecto del momento de la fecundación, hay imposibilidad de demostrarla, y si se puede conjeturarse siquiera aproximadamente, las consiguientes dificultades de prueba son inevitables, para la imputación fundada de la paternidad llamada ilegítima o natural".— (1).

Imposible prever los abusos ni remediar el diluvio de males que traerían consigo el rompimiento del dique más fuerte del Código Civil, de aceptarse en toda su amplitud y sin restricciones la teoría de la investigación de la paternidad, examinando a la luz del día las sombras de la noche, para descubrir por indicios cuanto hay de oculto y misterioso, en la transmisión de la vida y creación del alma humana, que encierra el amor y la materia fecundada por el instinto.

Cuadros de lo más horrorosos e inmorales se desarrollaron en la República Francesa, no bien se implantó el sistema de reconocimiento forzoso de la paternidad, con la dictadura y el avance desenfrenado de la corrupción femenina y de litigios escandalosos, en vista de los que, por evitar ese escollo, el Código de Napoleón llegó al extremo de prohibir toda inquisición, salvo los casos de raptó o violación.—"Al lado de una desgraciada que pedía auxilio en nombre y a expensas del honor—dice Duveyrier—mil prostitutas especulaban con la publicidad de sus desórdenes y sacaban a subasta la paternidad de que disponían; buscábase padre para un hijo que podía ser reclamado por veinte y de ordinario se prefería al más virtuoso, al más honrado, al más rico, para tener el premio del silencio en proporción del escándalo".

En tanto que la maternidad es siempre cierta y para demostrarla existe prueba perfecta y plena, la paternidad es de lo más dudosa, "es un misterio que la ciencia y las investigaciones de la justicia no han podido penetrar"—como dice Laurent.—(2).

Destacados los rasgos característicos de la filiación legi-

(1).—Sánchez Román.— Obra citada, tomo 5, págs. 991—994.

(2).—F. Laurent.— PRINCIPES DE DROIT CIVIL FRANCAIS.— Tomo I, pág. 9.

lina que se deriva del matrimonio, exclusivamente, la ilegítima que fuera de él se origina, no puede confundirse con aquélla ni menos identificarse; no se acortan sino que se alejan las distancias y son diversos los principios jurídicos que demarcan tales filiaciones.

Opinamos que la aritmética del sentimentalismo y las fórmulas de la ley son injustas, al denegar la inquisición de la paternidad, como si el nexo de la filiación ilegítima y las consecuencias de la generación, fuesen imputables sólo a la madre, a quien por razón del sexo le ha impuesto la naturaleza la obligación de llevar al hijo en su vientre; y como si ésto fuese poco, en cuanto él nace y se halla en el camino de la vida extrauterina, la ley severa, lejos de aligerar, agrava la situación de la misma madre, que tiene el deber de continuar la crianza y educación del niño, con el mayor sacrificio y la más grande abnegación.

La falta es la misma en principio, y como resultado de ella debería haber reciprocidad de obligaciones para el hombre y la mujer que son autores del sér que nace, cuya existencia se debe a un hecho ajeno a su voluntad; y esas obligaciones mutuas son tanto más inviolables, cuanto más sagrado es el derecho a la vida del hijo que la reclama, sumando su sangre a la de sus padres, en virtud de herencia y sucesión natural biológica—física y antropológica—jurídica.

Esta es una consecuencia lógica y estrictamente obligatoria del derecho sucesorio, fundado en la paternidad que es un hecho, así como lo es la maternidad, con sólo la diferencia que la primera es invisible y no sujeta a inspección en su raíz y origen, y la segunda, lejos de ser enigmática o dudosa es de fácil comprobación médico—legal y de evidencia abrumadora, especialmente en el proceso fisiológico, que se manifiesta a los ojos del público y en la fecha en que se produce el parto.

Establecido el derecho que el hijo tiene para inquirir la paternidad y maternidad, nadie dejará de comprender que la prueba tiene decisiva importancia en esta materia, para descubrir la verdad de la generación que se le atribuye al demandado. El criterio judicial está sujeto a frecuentes y deplorables errores, en toda controversia, por más que ésta verse sobre intereses concretos y cosas de hecho, susceptibles de comprobación, mayormente si se trata de un asunto de moral privada, en el que si no se obtiene confesión de parte, son inadmisibles las presunciones, a no ser que haya un principio de prueba por escrito.

Tan gravísimo asunto no puede ser acreditado con la de-

claración oral de testigos, la cual es de lo más falible e insegura, conjetural y dudosa, ya que no van a dar testimonio de lo que les consta, sino de lo que presumen e imaginan. Si para los simples hechos materiales sujetos a la acción de los sentidos, ha rechazado el legislador con profunda filosofía y previsión la prueba de testigos que es peligrosísima, limitándola para los actos y contratos relativos a la entrega o promesa de una cosa cuya cuantía no exceda de ciento sesenta sucres, según dispone el art. 1.698 del Código Civil: ¿cómo va a aceptarse esta clase de prueba para decidir el problema de la paternidad y filiación ilegítimas, que tiene infinitamente mayor valor que el dinero, mercadería con la que se cotiza y corrompe la conciencia de jueces poco escrupulosos y se cohecha a testigos venales....?—Semejante prueba debería proscribirse por ser de coartada y de fácil elaboración.

Percatándose de estos inconvenientes ni para la investigación de la maternidad se acepta el criterio de testigos, en muchos Códigos, como el de Francia, Holanda, Venezuela, & como hemos visto en otro lugar, a no ser que hubiese un principio de prueba escrita, que resulte de documentos de familia, de registros auténticos o de cartas privadas del padre o de la madre, respectivamente.

Somos partidarios del sistema admisorio de inquisición de la paternidad que estriba en imperiosas obligaciones de religión y de conciencia, porque así lo exige la moral pública, el interés individual y la justicia social.—Reconocemos que hay derechos esenciales inherentes a la personalidad humana, anteriores a la existencia de la ley positiva y a todo convencionalismo, como revelación inmanente y consecuencia necesaria de nuestra naturaleza, sin que por ello desconozcamos el escándalo que producen la difamación y enormes abusos de arpías que viven del lenocinio y de vacantes en comercio infame, medrando en esta clase de juicios, en los que mujeres deshonradas pueden poner en juego toda clase de medios, inclusive la calumnia y la prostitución misma, para obtener un fallo favorable.

Dentro de los límites de la posibilidad de la prueba, somos partidarios de la investigación de la paternidad, sin más restricciones que las que la razón impone y el **egoísmo rechaza**: Para ésto es necesario que una prudente y sabia legislación, sin prejuicios ideológicos ni alucinaciones bolcheviques, abarque los distintos puntos de vista de este problema sociológico—jurídico, en que se interesan los hijos abandonados y las madres seducidas, el Estado y la sociedad entera, y que debería resolverlo el legislador ecuatoriano en el senti-

do de que sea aceptable la demanda, cuando los escritos o correspondencia del presunto padre, la posesión notoria del estado que en el seno de la familia y en sus relaciones sociales le hubiese dado al hijo, demuestran inequívocamente que a ninguna otra persona puede imputarse la paternidad; y ella deberá tenerse por reconocida, no sólo en los casos de testimonio fehacientemente escrito por su autor, como cuando ha suscrito la partida de nacimiento del hijo en el Registro Civil, sino siempre que haya sentencia ejecutoriada en juicio civil de nulidad de matrimonio, por ejemplo, o en un proceso criminal por raptó, estupro, violación, adulterio, &c.

La ley no debe consentir que a ningún ser humano se le deje perecer; no ha de ser cómplice de quienes han transmitido a los hijos, con la herencia física, el virus corrosivo de los huesos y el cáncer de la sangre, para negarles después una limosna de amor, un mendrugo de pan, el sustento y la vida, que las aves del cielo no niegan a sus polluelos, ni las fieras del bosque a sus cachorros. La deuda alimenticia es de ley natural, por derecho divino y humano.

Huelgan razones para que la ley humana positiva haya prohibido el reconocimiento **voluntario**, cuando los hijos son de dañado ayuntamiento; y por una correlación de ideas y doctrinas para éstos se ha rechazado la investigación **forzosa** de la paternidad, en la mayor parte de las legislaciones, como acabamos de ver, quedando por consiguiente privados los incestuosos, adulterinos y sacrilegos del socorro alimenticio. Se trata de saber si hay o no contradicción en Códigos, como el ecuatoriano, que permiten al hijo ilegítimo tal investigación, sea o no de dañado ayuntamiento, no obstante que si lo es no puede ser reconocido como natural.

Juzgamos que no hay ninguna antinomia, porque el acto jurídico voluntario que llamamos reconocimiento libre, confiere al hijo la calidad y el estado civil de natural, que es del todo diferente a la condición del hijo reconocido **forzadamente**, en virtud de la respectiva demanda y sentencia judicial, por la que él queda como antes fue, **ilegítimo**, pero con derecho a alimentos necesarios. Éste no puede investigar la paternidad o maternidad, sino con el exclusivo objeto de que se le dé una pensión alimenticia; en tanto que aquél, por el sólo hecho de haber sido reconocido como **hijo natural** por sus padres, a más de dicha pensión, es heredero a falta de descendientes legítimos, tiene opción a la curaduría testamentaria, &c.—Son estas dos situaciones que corresponden a dos estados civiles completamente diversos.

Sobre las bases creadas por la escuela positivista, si

bien se descubre en la herencia física caracteres anatómicos y fisiológicos, no se ha podido hasta hoy justificar la **identidad de personas**, siguiendo los métodos de observación pericial y análisis de la sangre "cristalográficos y biológicos", para la investigación de la paternidad y filiación: por más que se haya llegado a medir la fuerza y volúmen de la corriente sanguínea y se conozcan las causas de variación instantánea y depresión duradera, en el mismo individuo, que con relación a otro cambian completamente. La escala psico—física de tales causas es numerosa, debido a alteraciones funcionales, al estado patológico, a la fisonomía e intensidad de las emociones, según nos lo demuestra G. Sergui, Profesor de Antropología y de Psicología Experimental en la Universidad de Roma.

"La identidad no existe como D' Aguanno pretende. Esa identidad no es sino la **conciencia de sí mismo** que tiene el sér, y no es posible admitirla física ni jurídicamente entre padres e hijos y menos entre todos los individuos de una familia, pues ello implicaría la negación de la individualidad de cada uno".— (1).

La imagen de la personificación no se encuentra en la sangre; la multiplicidad de representaciones, los glóbulos rojos y blancos y el plasma de que se compone, son inalterables, como resultado de sus elementos esenciales; su formación al través del organismo varía en la misma persona, así como su número y cantidad. Existen muchos aparatos de gran precisión y potencialidad, "para registrar las propiedades de la sangre" y hasta sus modificaciones, como el tenómetro de Gartner, el kimógrafo de Ludwig, el manómetro de estilete de Frank, & y después de ensayos no sólo espectroscópicos, sino anatómicos y biológicos, centenares de sabios han llegado a esta conclusión científica: "que la sangre total puede modificarse en su cantidad, como en sus propiedades físicas, químicas y biológicas", así como entre otras sustancias, "la hemoglobina puede también experimentar variaciones patológicas".

La Antropología Criminal y Medicina Legal han resuelto satisfactoriamente el problema, al descubrir la antigüedad de las manchas de la sangre y determinar a cuál de las partes del organismo humano corresponde, y si procede o nó de reptiles, aves, mamíferos, & apreciando cristales y cor-

(1). Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo—Americana.—Espasa—Calpe.—Tomo 58, pag. 233.

púsculos células epiteliales, pestañas vibrátiles, & y, en cuanto a la generación, hasta aquí han fallado el microscopio y todos los métodos y teorías, inclusive el de investigación de los ematies, “el de los sueros precipitantes, la eritroaglutinación, la eritroprecipitación, la desviación del complemento y la anafilaxia”.— El aumento de sensibilidad y los fenómenos anafilácticos por la inyección de la sangre, para saber si procede o no de un animal de una misma especie, por sí solos no despejan la incógnita, ni sirven para establecer la identidad que se busca, por la variedad de componentes normales de la sangre que son: “agua, fibrinógeno, fibrinoplasto, sueroalbúmina y hemoglobina; en pequeña cantidad contiene también colasterina, lecitina y materia grasa, y en proporción mucho menor, creatina, cretinina, úrea, ácidos úrico e hipúrico y glucosa. Como sustancias inorgánicas se encuentran en la sangre cloruros potásico y sódico, fosfato, sulfato y carbono potásicos, fosfato magnésico, hierro, ácido silícico, ácido carbónico, oxígeno y nitrógeno”.

Además de éstas existen otras muchas sustancias en la sangre que todavía no están clasificadas y que a pesar de los maravillosos descubrimientos de la ciencia, ésta no las conoce en el principio de la vida y en todos los fenómenos íntimos del organismo humano.

Examinado prolijamente y a fondo este problema técnico, en todo su alcance y finalidad, es incuestionable que, atendiendo al espíritu y al texto literal de leyes pertinentes, toda clase de hijos tiene innegable derecho para que sea reconocida judicialmente su personalidad, tanto por el padre, como por la madre, “con el solo objeto de exigir alimentos”, según se desprende de los arts. 279, 280, 282, 283, 285, y 586 del Código Civil ecuatoriano; con la sola diferencia que, el primero, si niega con juramento la paternidad que se le atribuye, queda absuelto; no así la segunda, cuya negativa puede ser contradicha por el hijo, que será declarado tal, una vez que compruebe su identidad y el hecho del parto, **con testimonios fehacientes**, sin que esta acción sea procedente contra la mujer casada.

Es generalísima la clasificación que contiene el art. 31 del Código Civil; y según ella, bajo la denominación genérica de **hijos ilegítimos**, se hallan: 1º, los naturales; 2º, los de dañado ayuntamiento; y, 3º, los simplemente ilegítimos.—En cambio, es del todo especial la nueva división señalada en los Títulos XII y XIV del Libro I del mismo Código, de los cuales el uno se concreta exclusivamente al estudio “DE LOS HIJOS NATURALES”; y el otro al “DE LOS HIJOS ILE-

GITIMOS NO RECONOCIDOS SOLEMNEMENTE"; comprendiéndose en esta última clase todos los hijos ilegítimos que no han sido reconocidos como naturales, esto es, los de dafinado ayuntamiento y los simplemente ilegítimos, como observa con precisión lógica y jurídica Barros Errázuriz.

Los alimentos en su propia significación jurídica y en sus especies

La augusta institución del matrimonio, base de casi todos los derechos civiles, es la más amplia forma económico—realista y biopsíquica de vitalismo funcional y existencia jurídica de la familia legítima, que no podría subsistir sin el cumplimiento de sus fines primordiales y obligaciones imperiosas, imponiéndose como el primero de los deberes ético—jurídicos, el de la alimentación de los hijos.

Se han definido los **alimentos**, como "el conjunto de medios necesarios que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y asistencia médica" (necesidades del organismo); y, en un sentido más amplio, individualmente, tienen por objeto la cultura psicológica, o sea la instrucción o educación del niño (necesidades espirituales).—Este es el ideal y aspiración del derecho moderno, siempre que lo permitan la posición económica y circunstancias de los padres.

Nuestro Código Civil clasifica los alimentos, atendiendo a su origen, en **voluntarios**, cuyo título es el testamento, el contrato o la donación entre vivos; en **legales**, cuya fuente no es otra que la ley que los define y garantiza, en favor del cónyuge, descendientes y ascendientes legítimos, hijos naturales e ilegítimos y demás personas enumeradas en el art. 311 del Código Civil; y en **judiciales**, cuya pensión alimenticia, provisional o definitiva, es fijada por el juez de la causa, quien determina su forma y cuantía, figurando como **asignación forzosa** este derecho en la sucesión del alimentante, según los arts. 1.157, 1.158 y 1.159.

Los alimentos legales y judiciales se dividen en congruos y necesarios. **Congruos** son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. **Necesarios** los que dan lo que basta para sustentar la vida. Únos y otros comprenden la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio; así lo dice el inci-

so final del art. 213 del Código Civil, al definirlos.

En cuanto a la capacidad para el ejercicio del derecho, a la aplicación de las reglas sobre alimentos, a su cuantía y extensión, hay enorme variedad de teorías científicas y principios legislativos, especialmente por lo que respecta a los hijos naturales e ilegítimos.—Si bien la deuda alimenticia en favor de ellos ha sido reconocida desde la más remota antigüedad, con los caracteres de personalísima e intransmisible a los herederos; hay Códigos que deniegan este derecho a los hijos adulterinos e incestuosos, que no pueden ser reconocidos, como el de Bélgica, art. 383, el de la Argentina, art. 341, el de Suiza, art. 304, &.—Otros Códigos conceden alimentos a toda clase de hijos, sean o nó de dañado ayuntamiento, como el de España—art. 139, el de Portugal—art. 134, el de Italia—art. 193, el de Francia—art. 762 inciso 2º—(1), el del Ecuador—art. 277, el de Chile—art. 280, el de Costa Rica—art. 128, el de Honduras—art. 116, &.—(Véase sobre esta materia la Ley 5ª, Tit. 19, Part.4—Ley 10 de Toro, (6, Tit. 20, Lib. X de la Novísima Recopilación).

Los alimentos son recíprocos entre ascendientes y descendientes legítimos, sin que a falta de los **abuelos**, pase esta obligación a otra línea anterior a ellos, según el art. 225 del Código ecuatoriano y art. 231 del chileno; restricción que es de lo más arbitraria y no existe en otras legislaciones.

La obligación de prestar alimentos cuando el padre y el hijo son naturales, no pasa de ellos en línea ascendente a ninguna otra persona, pero la posteridad legítima del segundo tiene derecho a percibirlos, según regla general y lo dispuesto por el art. 311 Nº 4.—No existe reciprocidad en tratándose del padre ilegítimo, como en otro lugar se ha visto: éste debe alimentos a sus hijos ilegítimos, y ellos nada le deben a él, conforme prescribe el art. 288 de nuestro Código Civil, que copió esta disposición del art. 291 del Código de Chile.

En el Perú—art. 251, la obligación de alimentar al hijo natural reconocido pasa después de la muerte de los padres a los abuelos. No ocurre lo mismo cuando se trata de un hijo ilegítimo: la obligación de alimentarlo que pesa sobre el padre o madre únicamente, es mutua y recíproca, según el artículo 253. No hay otra excepción que respecto al hijo

(1).—Es un error de la "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo—Americana", que en la página 731 del Tomo 4º, sostiene que el Código Francés, no concede alimentos a los hijos adulterinos o incestuosos.

adulterino, que jamás debe alimentos a su padre, porque lo prohíbe la ley peruana.

Es tal la anarquía legislativa y contraste de sistemas que se nota en las legislaciones positivas, que su unificación internacional, en estas y otras materias, si no imposible, es de lo más difícil.

El derecho y consiguiente obligación de suministrar alimentos se extingue y cesa con la **muerte del obligado**, aunque él mismo los diese en cumplimiento de una sentencia: así lo dicen los arts. 146 del Código Civil de Italia y 150 del Código de España. El art. 1.853 del Código de Sajonia consagra este mismo principio; y legislaciones modernas, como la de Honduras—art. 127, de la Argentina—art. 374, del Brasil—art. 402, de Venezuela—art. 325, establecen que ese derecho no puede transferirse por acto entre vivos o **muerte** del acreedor o deudor de alimentos; pues con ella cesan los efectos de los convenios y aún de las sentencias.

En completa antilogía, todo lo contrario se ha establecido en otros países que consideran la deuda alimenticia como derecho permanente, cuyo fundamento es la necesidad y la conservación a la vida que presupone los lazos de parentesco. Y, en consecuencia, admiten la transmisibilidad con la herencia del deudor de alimentos, si éstos se han pedido y declarado judicialmente, el art. 176 del Código Civil de Portugal, el art. 171 del de Austria, el art. 1.158 del Código ecuatoriano, & según el que los alimentos que consisten en **asignaciones forzosas** que el difunto ha debido por ley a ciertas personas gravan a la masa hereditaria.

Es tan grande la bifurcación de leyes diseminadas y antitéticas, que excede los límites de todo principio unitario, por los detalles y variedad de circunstancias. No puede ser más complejo el problema respecto a los alimentos forzosos y al derecho que la ley concede a ciertas personas para solicitarlos: hay diversidad de títulos y condiciones de prelación.

En la tasación de la deuda alimenticia han de tomarse en cuenta la fortuna del deudor y circunstancias domésticas, y cuando son varios los obligados conjuntamente, la proporción en que deben contribuir ha de regularse por la extensión y naturaleza del derecho, en conformidad al título en que se apoye la demanda. Al juez le toca determinar la cuantía y si han de prestarse los alimentos en dinero o en especie.

En cuanto le sea posible, el padre debe alimentos al hijo, sin desatender a sus propias necesidades ni a las de la familia legítima. Puede haber colisión de derechos entre el hijo natural y otro que sea simplemente ilegítimo; así como en-

tre éstos y los que son legítimos, en cuanto a la pensión de alimentos. Por lo que respecta a la persona que durante la menor edad del hijo puede demandar, al plazo dentro del que ha de incoarse la acción, a la forma legal y tiempo de pago de los alimentos y a las causales por las que se extingue este derecho, también hay completa divergencia de leyes y doctrinas.

Como resultado de necesidades apremiadoras, entre las que se halla la vida real, que es trabajo y actividad, debería el legislador limitar el socorro alimenticio hasta la edad de diez y seis o diez y ocho años, como ocurre en Alemania y en los Estados Unidos, donde al adolescente se le enseña a trabajar y a ganar el pan con sacrificio y privaciones, formando la personalidad armónica del hombre futuro, con todas sus actividades en campaña, contra la vagancia y ociosidad, los vicios y la miseria. Convirtiendo los hogares en talleres se alejaría la crisis económica, y entonces la mujer emancipada no continuaría percibiendo alimentos, como si fuese menor de edad, por toda la vida, según el art. 322 del Código Civil.

En el Ecuador se deben alimentos **congruos** a los descendientes, ascendientes legítimos y cónyuge, &—art. 314, y también al hijo de la mujer que fue raptada, subordinados a su posición social; y sólo **necesarios** al hijo natural e ilegítimo, para sustentar su vida. Otros Códigos no aceptan esta división, como el de Venezuela, en donde el padre y la madre tienen la obligación de mantener, educar e instruir a sus hijos legítimos, a los adoptivos e ilegítimos, cuya filiación esté legalmente probada—art. 308: queda a la voluntad del alimentante satisfacer en dinero la pensión, o recibir y mantener en su propia casa al alimentario, con tal que éste no sea ascendiente de aquél.

El hijo tiene acción, primero contra el padre ilegítimo, y supletoriamente contra la madre, según el art. 285 de nuestro Código Civil. El hijo ilegítimo tiene primero que dar alimentos a la madre antes que el legítimo, porque aquél ha de rehusar más el cumplimiento de este deber, como observa Casares.—En otras partes, cuando falta la madre o está en imposibilidad de hacerlo, es demandado el padre; y hay Códigos, como el de Venezuela, en que **conjuntamente** ambos están obligados a la prestación alimenticia, en conformidad a los medios de que disponen. Convendría implantar esta reforma que es de lo más equitativa.

En el mecanismo de nuestras leyes, en que la sociedad o comunidad de bienes es consecuencia forzosa del matrimonio, es inherente y propia de ella toda carga de familia, con-

siderándose como tal los alimentos que uno de los casados esté obligado a suministrar a sus ascendientes o descendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, al tenor de lo dispuesto en el párrafo penúltimo del art. 1.730 del Código Civil. En consecuencia, la deuda alimenticia en favor de un hijo natural o ilegítimo de cualquiera de ellos, grava a la sociedad conyugal, y por lo tanto, está obligado a pagar el marido, como gerente y administrador. Lo propio ocurriría si la mujer viuda que volviere a casarse hubiere tenido hijos de anteriores nupcias, con derecho a una pensión de alimentos.

“No basta tener derecho por la ley, a una pensión alimenticia—como escribe un profesor chileno—; es menester, además, que se reúnan ciertas **condiciones**, tanto de parte del acreedor, como de parte del deudor:

“ a)—De parte del acreedor, o sea alimentario, se requiere que carezca en absoluto de medios de subsistencia, o por lo menos, que no le alcancen los medios de que dispone, para subsistir de un modo correspondiente a su posición social—cuando le corresponden alimentos congruos—, o para sustentar la vida, cuando sólo tiene derecho a alimentos necesarios”— (Art. 320 del Código Civil ecuatoriano).

“En el primer caso tiene derecho a la pensión íntegra de alimentos congruos o necesarios, según corresponda; en el segundo, sólo tiene derecho a un **suplemento**, esto es, a una cantidad que, unida a la de que él dispone, le alcance para la subsistencia”.

“ b)—De parte del deudor, o sea del alimentante, se requiere que esté en situación de dar la pensión, lo que se comprobará estudiando sus facultades pecuniarias y sus circunstancias domésticas. (Art. 319 del Código Civil ecuatoriano).— Puede ocurrir que éste se encuentre en imposibilidad absoluta de darlos, por no alcanzarle sus medios para su propia subsistencia y la de su familia, y entonces nada debe”.

En caso de **injuria atroz** cesará enteramente la obligación de prestar alimentos, dice el art. 314 inc. 3.—Según el art. 969 se colige que la injuria atroz tiene lugar en los cinco casos que contempla el art. 958 del Código Civil, que son de indignidad para suceder al difunto. Otras legislaciones, como la del Perú—art. 262, prescriben que las causas para la desheredación, lo son también para negar alimentos. En el Brasil no existen tales motivos de impedimento. En Venezuela están enumerados en el art. 317; y según el art. 316, el que fuere de mala conducta notoria no tiene derecho a alimentos, siempre que hubieren sido impuestos por sentencia. Esta disposición es copia de una ley española, y debería con-

tener una igual a ésta el Código Civil ecuatoriano.

En casi todos los países europeos, en los que el Estado persigue fines económicos, abriendo a la juventud horizontes amplísimos de adaptación al trabajo, cesa la obligación de dar alimentos, entre otros casos, cuando el adulto puede ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión para su subsistencia. Los arts. 129 N.º 3 del Código Civil de Honduras y 159 N.º 2 de Costa Rica, así lo disponen expresamente.

Acerca de estos detalles no legisló Don Andrés Bello, a pesar de que dedicó sobre el sistema general especialísima atención, al formular el Proyecto del Código Civil chileno, estableciendo que en toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán previamente del acervo o masa de bienes, las **asignaciones alimenticias forzosas**, después de los impuestos fiscales, de las deudas hereditarias y de las costas anexas a la apertura de la sucesión y de las expensas de la última enfermedad y funerarias. (Art. 950).

¿No será lógico y científico que les haya negado herencia el señor Bello, a los hijos ilegítimos, toda vez que les concedió alimentos forzosos, como deducción singularmente privilegiada sobre la masa global de bienes hereditarios?— ¿Qué más pudo haber hecho el legislador en beneficio de los hijos ilegítimos, como de los naturales, al darles ventaja y primacía sobre toda clase de herederos mayores de edad, para que se deduzca la pensión alimenticia a su favor, forzosamente, en cuanto quepa al derecho que en el cuarto orden de prelación corresponde a tales alimentistas?...

Es evidéntísimo que los bienes de la mortuoria responden a toda clase de créditos o derechos personales, hasta agotarse; y como las causas de preferencia son de derecho estricto, en Chile y en el Ecuador, se extraen del acervo común los alimentos legales y forzosos en favor de los acreedores concurrentes, pudiendo ocurrir que si no alcanzan a pagarse, no sobre un maravedí para el **acervo líquido**, y queden sin herencia los legitimarios mayores de edad, que no estén en el caso de solicitar alimentos, a no ser que les sobrevenga una incapacidad física o intelectual.—Es bien sabido que para el reparto, la computación de las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras, se hace únicamente sobre la base del acervo líquido, previas las deducciones indicadas en el art. 950, tal como lo ordena el art. 1.174 del Código Civil.

El art. 1.018 del Código Civil del Uruguay contiene un

precepto casi idéntico: llama **acervo líquido** de una sucesión, para ejecutar en él las disposiciones del testador o de la ley, lo que queda en la masa de bienes y derechos del difunto, después de las bajas y deducciones, entre las que figuran, en tercer lugar, las **asignaciones alimenticias forzosas**.

Al hijo ilegítimo no debería concedérsele en toda su amplitud todos los derechos que tiene el hijo natural reconocido, menos nivelar a éstos con el hijo legítimo. Son tres estados civiles diversos, que corresponden a tres posiciones jurídicas distintas: a)— la investigación de la paternidad ofrece duda y descansa en presunciones; b)— el reconocimiento libre y espontáneo de hijo natural, hecho por el padre de un modo libre y fehaciente, se basa en la certeza; c)— la filiación autorizada por las leyes es muy superior a cualquier otra, porque la única forma de unión sexual que éstas admiten para la legitimidad de la prole, es el matrimonio.

Saltan a la vista, social y jurídicamente, estas diferencias. “Es condición de todo lo humano, que al lado de lo perfecto, esté lo imperfecto; al lado de la virtud, el vicio; y por ello, al lado del matrimonio, que bendice la religión y sanciona la ley, están esas uniones ilícitas a que con frecuencia es arrastrado el hombre, por la fuerza de sus pasiones”, estableciéndose—como dice Genovés y Benito—la diversidad del título y de la prueba en cuanto al estado civil: la regla de la legitimidad y la excepción de la ilegitimidad.

La paternidad legítima y filiación provenientes de matrimonio no necesitan investigarse, porque en dicho estado civil toda probabilidad se transforma en certeza y toda presunción en prueba de evidencia: al santuario de la familia, al hogar doméstico, no penetra el legislador, sino cuando el jefe de ella lo consiente y solicita, impugnando la paternidad que se le atribuye, en casos taxativos y excepcionales.

En lugar oportuno hemos visto cómo dentro de la estructura lógica del Código Civil, según los arts. 30 y 174 inc. 2, el matrimonio verdadero y el putativo que a él se equipara, producen la legitimidad de los hijos, sin que por tanto se necesite declaratoria judicial ninguna:—**Pater is est, quem nuptiæ demonstrant.**—L. 5, Digesto, 11, 14 (de in ius, vocando).

Los únicos casos de investigación de la **paternidad legítima**, si así podemos llamar, conforme al Código Civil ecuatoriano, son los señalados en los arts. 185 y 195, a saber: Cuando durante el divorcio temporal ha habido **reconciliación privada** de los cónyuges, o llegare a demostrarse por actos positivos que el padre le ha reconocido por suyo al hijo con-

cebido durante la separación de vida marital; y si no concurren estas circunstancias, la presunción de ley es contraria a la legitimidad del hijo. Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias, se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece el hijo, y se solicitare una decisión judicial, es otro de los casos de investigación de la paternidad; porque entonces, según el art. 195, corresponde al juez decidir sobre ella, tomando en consideración las circunstancias y el dictamen de facultativos, si creyere necesario.

El Código Civil de Chile no tiene una disposición semejante a ésta, porque a diferencia de lo que ocurre en el Ecuador, no puede allá la mujer contraer matrimonio, sino después de un año, a contar desde que murió el marido; lo propio ocurre en Francia, en donde existe una prohibición igual.

El precitado art. 185 se expidió en la República cuando sólo había separación de vida marital; y ahora que existe, conforme a los arts. 21 N° 4 y 22 N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil, divorcio motivado y consensual, con cuya sentencia ejecutoriada termina el matrimonio y se disuelve el vínculo; es incuestionable que como no se halla derogado el art. 185 del Código Civil, puede investigarse la paternidad ilegítima, por los mismos medios que en él se determinan, cuando ha habido reconciliación privada de los divorciados, o el padre por actos positivos ha reconocido como tal al hijo, concebido y nacido después de la sentencia por la que se disolvió el vínculo matrimonial. En esta hipótesis la situación jurídica que estudiamos es de todo excepcional, para los efectos de la deuda alimenticia.

Variantes del problema relativo a la herencia concedida por

la Constitución a los hijos ilegítimos.

Según acabamos de demostrar, una de las asignaciones forzosas a que está obligado el testador, es la de **alimentos** que éste debe por ley a ciertas personas, entre las que se cuentan los hijos naturales y los ilegítimos, sobre la base del reconocimiento voluntario o forzado; y que se suplen judicialmente cuando no figuran de su testamento, aun con perjuicio de cláusulas contrarias. No hay ni puede haber dificultad alguna sobre esta cuestión prevista y claramente definida por los arts. 311 Nos. 4 y 6, 1.158 y 1.159 del Código Civil.

Con tal objeto, la Constitución de la República, permite la investigación de la paternidad denegada por el art. 281 del Código Civil, que sólo contempla casos de excepción; y debido a esa reforma amplísima, háse convertido en regla permisiva lo que antes fué regla prohibitiva.—La antilogía proviene especialmente en que a renglón seguido la misma Constitución, que protege y garantiza el matrimonio y la familia legítima, concede derecho hereditario a los que no pertenecen a ella, o sea a los hijos ilegítimos, en la sucesión de sus padres, que no lo son por ley sino por naturaleza.

Debido a esta violentísima reforma que no fué discutida jurídica ni científicamente en las Cámaras con la detención y escrupulosidad que se merecía, sino impuesta por la mayoría de los asambleístas, ha quedado rota la barrera infranqueable del estado civil que proviene del matrimonio, habiéndose mutilado y destruido centenares de leyes del sistema antiguo, en junta del plan armónico del Derecho Civil, síntesis de sabiduría doctrinaria y jurisprudencia universal.

Hemos visto que el hijo nacido fuera de matrimonio, cuando no ha sido reconocido voluntariamente, inclusive el de dañado ayuntamiento, sólo tiene derecho a alimentos, según el art. 277 del Código Civil, más nó a la herencia de sus padres ni a incorporarse a la familia de éstos. Con la reforma constitucional, los hijos ilegítimos, de haberse declarado la paternidad o maternidad judicialmente, gozan del mismo derecho de herencia y de familia, cual si fuesen hijos naturales; y en consecuencia para unos y otros ha de innovarse el art. 978—en el sentido de que “los hijos legítimos no excluyen a tales herederos en la sucesión intestada”.

Para ello tiene el Congreso de 1930 que reformar los arts. 37, 192, 220, 362, 435 y 802 N^o 3 del Código Civil, concediendo el derecho de **parentesco legal** a los hijos ilegítimos, en el mismo grupo que los descendientes legítimos para que unos y otros hereden, por cabezas, como si entre ellos no hubiera prelación ninguna ni diferencia de título.

Con esta modificación radical, hay que considerar dos cosas atentamente: 1.—Que según el art. 976, se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. 2.—Que de establecerse identidad entre el reconocimiento **voluntario y el forzoso**, o sea entre el hijo natural y el ilegítimo, sea este último adulterino o incestuoso, competiría a su **descendencia legítima**, de conformidad con lo que ha prescrito el art. 976 del Código Civil, el derecho de representar a tales hijos, en caso de que ellos faltasen o no pudiesen llevar la herencia por incapacidad, in-

dignidad o desheredamiento.

Y, como el objeto de la representación es dividir la herencia por estirpes, de aceptarse este sistema sin restricciones, el ilegítimo en caso de fallecer antes que sus padres o de tener prohibición o impedimento para heredarles, sería entonces representado por sus hijos sean o nó legítimos, cualquiera que sea su número; toda vez que el art. 977, les concede este derecho, con prescindencia del heredero directo, ocupando aquéllos como representantes el lugar de éste, aun cuando hayan repudiado la herencia del difunto.

Considerado el derecho sucesorio con relación a su autor, o sea a la persona del difunto, los arts. 679, 980, 981 y 982 del Código Civil, han establecido categorías jurídicas y diversas graduaciones, según el estado civil y la clase de herederos, cuando la sucesión es intestada, dando preferencia después de los descendientes, a los ascendientes legítimos que en unión con el cónyuge supérstite actualmente heredan cuatro veces más que un hijo natural. A falta de tales ascendientes, concurriendo sólo hermanos legítimos e hijos naturales, distribúyese el patrimonio del causante en dos partes iguales, y cuando ninguno de ellos existe, son llamados los colaterales supletoriamente.

Reformado el sistema, el art. 973, deberá decir: "Son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto (en junta de los hijos naturales e ilegítimos), sus ascendientes legítimos, sus colaterales legítimos, sus padres naturales e ilegítimos, sus hermanos naturales, el cónyuge sobreviviente y el Fisco, representado por los Colegios de Enseñanza Secundaria."

En estas condiciones y admitida la superioridad de derecho del hijo ilegítimo del causante, sobre los padres legítimos de éste y demás ascendientes, sea cual fuese el menoscabo que éstos sufran, no deberían quedar excluidos de la herencia. De no existir hijos legítimos, en la sucesión intestada del difunto, el problema se reduciría a aumentar la cuota hereditaria de los hijos naturales e ilegítimos, dejando en beneficio del padre o madre del intestado, o del ascendiente más próximo que concorra a la hijuela, siquiera el cincuenta por ciento, o sea la mitad de los bienes de la mortuoria; mitad que se reduciría sólo a la cuarta parte, en la hipótesis de existir cónyuge sobreviviente, ya que no debe dársele una porción inferior a ésta, mientras se hallen en vigencia los arts. 1.162 y 1.168 del Código Civil.

Siguiendo el camino de tan forzadas innovaciones, dentro del plan general de las reformas, el art. 983 del Códigi-

go Civil, que trata de la sucesión de un **hijo natural** que no ha dejado descendientes legítimos, deberá decir: "Se deferirá la herencia intestada del **hijo natural o ilegítimo**, en el orden y según las reglas que siguen: Primeramente, a sus hijos naturales o ilegítimos, (podrá dividirse el derecho en cinco partes, tres para los primeros y dos para los segundos). En segundo lugar, a sus padres, y si concurriesen hijos ilegítimos, se dividirá la herencia por mitades. En tercer lugar, a falta de hijos a los hermanos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre, o de ambos. Todos ellos sucederán simultáneamente; pero el hermano carnal llevará doble porción que el paterno o materno."

Es sabido que para obtener el estado civil de hijo ilegítimo, se necesita sentencia ejecutoriada en la que se declare judicialmente el vínculo de la paternidad o maternidad; no así para obtener el título y estado de hijo natural, que requiere reconocimiento libre y espontáneo del padre o de la verdadera madre que no hubiesen tenido impedimento alguno al tiempo de la concepción.

Para la solemnidad de dicho acto voluntario se necesita instrumento público, que deberá ser notificado al hijo natural, y aceptado o repudiado—arts. 270 del Código Civil—, de la misma manera que lo sería la legitimación por subsiguiente matrimonio. Sólo el supuesto hijo tendrá derecho a impugnar el reconocimiento, por haberse omitido la notificación o aceptación, en cualquier tiempo, ya que la ley no lo ha fijado. Este se reduce a un plazo demasiado corto, atendidos los fueros del matrimonio, cuando el marido rechaza la legitimidad del hijo, o se impugna la legitimación, en los casos puntualizados en los arts. 209 y 219 del Código Civil: entonces las leyes son taxativas y de excepción, toda vez que se controvierte el derecho de filiación adquirida dentro del matrimonio, o a consecuencia de él.

Sea o nó la familia legítima, la Constitución quiere que se coloque **materialmente** en el primer orden de sucesión hereditaria a los hijos naturales e ilegítimos, a pesar de que su calidad jurídica y condición civil son completamente diferentes ante la prole legítima habida en matrimonio verdadero o putativo. El concepto científico de la sucesión **mortis causa** que atañe al derecho público y al interés social que consagran los lazos de verdadera igualdad y unión entre los miembros de la familia legítima, ha sido desnaturalizado fundamentalmente, concediendo parentesco legal y herencia, a quienes han nacido de relaciones prohibidas y castigadas

por la ley.

Que se conceda derecho a los alimentos es de lo más humanitario y justo atendidas las relaciones y deberes que ligan a los padres con toda clase de hijos sean legítimos o ilegítimos: esta es una obligación sagrada e imperiosa que ha de satisfacerse dentro o fuera del matrimonio. Tampoco rechazamos que con tal objeto se investigue la paternidad o maternidad, que es la causa inmediata para establecer la relación jurídica de la filiación, en los casos en que sea posible su comprobación. Sin embargo, la ley que consigna este principio en la Constitución, es general, y, en cierto sentido, absoluta. Lo propio ocurre con la herencia que el legislador concede, sin restricciones ni limitación ninguna.

No tomaron en cuenta los asambleístas que por favorecer a los hijos ilegítimos, entre los que se incluyen los de dañado ayuntamiento, atacaron los fueros del hogar y la herencia doméstica, destruyendo por el mismo hecho el sistema de legítimas rigurosas, la sociedad conyugal y la organización jurídica del matrimonio, reduciendo a escombros tan excelsas y admirables instituciones del Código Civil.

Derecho de los hijos ilegítimos, en diversos momentos sociológicos e históricos.

En el ESTADO SOCIALISTA, al cual aspira Antonio Menger, no vacila éste en afirmar que se debe "sustituir el matrimonio actual por el amor libre o el matrimonio colectivo", "por los cuales han pasado casi todos los pueblos en el transcurso de su evolución". (1) Y agrega: "Si el movimiento social nos llevase a esta situación, de manera que poco a poco la gran mayoría del pueblo la aceptase, los fánaticos de la realidad verían pronto en ella el único orden moral de la vida sexual".

La historia de la familia es la síntesis gloriosa de la sociedad y de sus instituciones religiosas, en la formidable lucha del bien y del mal.—Para el género humano es ley victoriosa de la naturaleza el matrimonio monogámico, contrario

(1).—EL ESTADO SOCIALISTA, tomo 2, pág. 19. Versión española de Miguel Domenge Mir.

al amor libre que significa prostitución masculina y femenina, con la consiguiente esterilidad voluntaria y disminución de la población, contrario a las aberraciones del instinto y comunismo sexual que es supervivencia del paganismo que convirtió a la mujer en una mercadería en los lupanares de Babilonia y del Egipto, en las estepas de la India y la Turquía, en los prostibulos de Grecia y de Lesbos, en los gineceos de Arcadia y de Roma, en los templos de Armenia y de Libia.

Si el matrimonio sólo tuviera por objeto el amor sexual, con sus depresiones y exaltaciones, de ser colectivo, como quiere Godwin, agravaríanse lejos de remediar los males y dolencias de la sociedad; materializándola de ese modo cambiaríanse los hábitos y costumbres, quedaría destruido el concierto de armonía y belleza del hogar cristiano; fuera de él, los hijos serían como las aves condenadas a emigración constante, rotos los lazos más íntimos de la familia legítima, conocida y legalizada por el matrimonio que eleva y dignifica a la pareja humana, respondiendo uniformemente a la ideología y civilización superior de todas las razas y naciones, a sus leyes y constitución jurídica universal.

No hay sentimiento más grande ni incentivo más fuerte para el hombre que el de la familia en que nace y la Patria en que vive; para probarlo basta estudiar cuáles son los derechos que se adquieren y se conservan en el hogar, y cuáles son los caracteres esenciales de la sociabilidad y de la naturaleza humana espiritual y física, o sea los principios intrínsecos de unidad, dinamismo e integración social. Y como toda sociedad familiar es específica por sus condiciones esenciales "la naturaleza de ella se determina por su fin propio", cual es la unión y representación jurídica de sus miembros, la declaración legal de sus derechos, la satisfacción de sus necesidades y perfeccionamiento ético-jurídico, que presuponen la vinculación paterno-filial que adquiere certeza y eficacia plenisimamente en el matrimonio.

Prescindiendo del problema religioso, son tan graves e irremediabiles los abusos e inconvenientes del **amor libre**, que él conduciría si no a la anarquía y completa disolución del hogar, al mayor desenfreno y convulsiones de la prostitución capitalista y a la criminalidad, al delirio del placer convertido en vicio, al fetichismo, al mazoquismo, al uranismo; al empobrecimiento general económico y psicológico, por el derroche de energías, por la división del trabajo y de la riqueza, por el desconocimiento de toda ley divina y eliminación de toda ley humana. Serían insuficientes y desproporcionados los medios de conservación de tantas familias ile-

gítimas, cuántas son las mujeres para quienes el libertinaje sería negocio lucrativo y contrato aleatorio, convertida la maternidad en granjería dolorosa e infamatoria, como lo fué antes de que se disiparan las sombras del politeísmo, antes de que se trocaran en leyes sociales la austera Moral y severas doctrinas de la Iglesia Católica.

En la familia ilegítima, como es dudosa, por ser incierta y muchas veces desconocida la paternidad, el poder moral y directivo, todo lo bueno y amable que tienen la vida y el corazón para los hijos, reside en la madre, cuya autoridad es obra de la naturaleza que no siempre es amparada y reconocida por la ley. Y aunque élla no ejerza la representación jurídica del hijo ilegítimo, tiene un caudal de ternura y de energías en su propia sangre, con el amor que todo lo suple, con el espíritu de sacrificio y solicitud que son tan grandes como su desgracia que se trueca en alegría y felicidad, cuando cumple heroicamente su misión.

La civilización anticristiana al negar a la que ha sido madre, fuera del tálamo nupcial, la esperanza de la rehabilitación, le condena a ocultar su desvío, agravando su dolor y responsabilidad, si no con los abortivos y el infanticidio, con el abandono voluntario del hijo, como si ése no fuera un crimen de mayor magnitud contra el cielo y la Divinidad de la que los niños son mensajeros.

La vida, la crianza, la educación y el desarrollo del ser humano, exigen el reconocimiento de la sociedad materno-filial, que encontramos en el hecho mismo de la concepción y del parto. La comunidad y herencia de la sangre traen consigo la necesidad moral e imperiosa de que la madre cuide del hijo antes y después de darlo a luz: no puede dejarlo perecer ni abandonarlo desde que está asociada a él íntimamente: élla es autora de la existencia natural y de la civil que es su complemento, ésta se enlaza con la anterior, como el efecto a su causa originaria e inmediata. Mediante el nacimiento y viabilidad, la criatura transformada en persona, es capaz de adquirir y conservar los derechos que reconoce y protege la ley, en fuerza de lo prescrito en el art. 71 del Código Civil. He aquí la razón por la que el Código Penal, castiga severamente el aborto, el infanticidio, el abandono de niños.

Al reconocer que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición, no establece el legislador diferencia alguna, sea cual fuese la filiación legítima o ilegítima. (Art 51 del Código Civil).

La ley sin atender a la procedencia, posición social o linaje, protege la vida del que está por nacer. "El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, dice el art. 72 del mismo Código Civil, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del nacido, siempre que crea que de algún modo peligra."

Tan sabia regla de moral y sana filosofía, es tomada de la legislación romana. Según ella, la criatura aún antes del alumbramiento se reputaba por nacida, en todo lo concerniente a su utilidad y beneficio: **infans conceptus pro nato habetur quotie de commodis eius agitur.**

El art. 74 del Código Civil ecuatoriano, debería reformarse en el sentido de que tales derechos se hallan en suspenso no sólo hasta que el nacimiento se efectúe, como ordena dicho artículo, sino hasta que transcurran a lo menos veinte y cuatro horas, desde que la criatura fué completamente separada del claustro materno, ya que antes no se le reputa persona. Quedaría esta reforma en perfecta armonía con lo que prescribe el art. 71 del Código Civil, que señala este lapso de tiempo, como prueba fehaciente de **viabilidad**; la misma que figuraba antiguamente, tanto en las Leyes de Toro, como en las de la Novísima Recopilación, y que a diferencia del Código chileno, el español todavía la conserva.

En Roma el hijo seguía la condición de la madre cèlibe, era mantenido y educado por ella, y cuando nacía de concubinato se producía la **cognación**, que así se llamaba el vínculo jurídico de parentesco uterino. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano (158—176), concedieron tanto a la madre ilegítima, como a sus hijos, derechos recíprocos, en la sucesión abintestato; no así en la mortuoria del padre, a no ser que éste le hubiera reconocido al hijo como natural.

El concubinato que no fué tomado en cuenta por el legislador en la época de la República Consular, llegó a producir obligaciones civiles en el Imperio Cesarista, en el cual figuraba reglamentado y reconocido expresamente por las leyes caducarias de Augusto, que establecieron ciertas condiciones de validez y licitud, de las que aprovecharon los mismos emperadores, como Vespaciano, Antonino Pio y Marco Aurelio.

Bajo el aspecto jurídico, social y religioso, había enorme diferencia, en los primitivos tiempos, entre las **justas nupcias**, que en virtud del **connubium** producían la legitimidad de la prole y plenos efectos civiles para ella y para el hombre y la mujer que, en vida común, unían sus destinos; y el **concubinato** propio de esclavas manumitidas y de mujeres frágiles y

deshonradas—como hemos anotado en otro lugar—; pues la ley prohibía bajo penas severísimas toda clase de unión sexual entre personas ligadas con vínculo de parentesco o de matrimonio no disuelto, y en los demás casos era indulgente.

Multiplicáronse los divorcios, en la época del derecho clásico romano, y con el amor libre que significa desconocimiento de todo vínculo, sufrió quebranto la moral pública, así como se relajaron los lazos de la familia legítima y de la sociedad conyugal. Esto ocurrió por haberse difundido el concubinato en la mayor parte de las esferas sociales, casi nivelado con la institución del matrimonio, como hecho lícito sancionado y protegido por las mismas leyes.—En el fondo no había otra diferencia social que el lustre y el esplendor de la familia legítima y la **intención** en el enlace—**animus matrimonii, maritalis affectio**—fortificadora del sentimiento de asociación perpetua y autoridad doméstica; a veces se hacía constar por escrito el contrato matrimonial, como simple medio probatorio, o como un título relativo a la dote, **instrumenta dotalia**.

Como acción que directamente emanaba del concubinato, figuraba en alguna de las leyes imperiales de Roma, la investigación de la paternidad, por lo notorio de ese estado y firmeza de relaciones, habiéndole autorizado al padre ciertas Constituciones, para dejar una parte de sus bienes al hijo natural y hasta legitimarlo por subsiguiente matrimonio.

Actualmente, no hay Código en el mundo, ni el de la República musulmana, que reconozca como lícito el concubinato a usanza de la gentilica Roma, ni que admita la barragania española que fué de los francos y lombardos, no obstante que según queda demostrado éstas y otras uniones disolubles y privadas, fueron toleradas por las costumbres y practicadas en muchos otros pueblos, como resultado del amor libre, o sea de la concupiscencia voluntaria y convencional defendida por Fourier y, hoy en día, por la mayor parte de las escuelas socialistas.

Una nueva concepción espiritualista y la reforma consiguiente al cambio de ideas y costumbres, hizo que León el Filósofo, prohibiera el concubinato en el Imperio Oriental (887 de la Era Cristiana), “como contrario a la religión y al derecho público”; y asimismo después de la Reconquista Ibérica, quedó abolido definitivamente en España y castigado por Ordenanzas Reales, cuando del pórtico de la jurisprudencia desaparecieron las antiguas doctrinas arábicas y musulmanas.

Cuantos han seguido con detención la genealogía y evolución romanista del derecho sucesorio, basado en el orga-

nismo de la familia legítima, han podido darse cuenta y comprobar cómo el Derecho Romano, conciliando el rigorismo de sus máximas con las de la ley natural, dióles participación en la herencia de su madre a los hijos naturales, en junta de los legítimos, con excepción de los de dañado ayuntamiento. “Al padre aquéllos le sucedían, si no dejaba esposa ni hijos legítimos, en cuyo caso recibían la **sexta parte** de la herencia, divisible con la madre por partes iguales; si el padre tenía esposa e hijos legítimos, los **naturales** (hijos de concubina) sólo tenían derecho a alimentos”. Si era un hijo **espurio** por haber sido su madre de vida licenciosa, no le sucedía si ésta era ilustre o tenía descendencia legítima; tampoco le heredaba al padre porque se reputaba incierto y desconocido.

El Fuero Real, en España, prohibió igualmente el derecho de sucesión hereditaria a los hijos adúlteros, incestuosos y sacrilegos. Las Partidas ordenaron que: “**En defecto de hijos legítimos**, sucedan a la madre los naturales y cierta clase de legitimados por concesión real, y a falta de éstos los **espurios** que no fuesen de dañado ayuntamiento, con preferencia a los ascendientes; pero en la herencia del padre sólo tomaban los naturales y dichos legitimados (no los espurios) una sexta parte (que partían con la madre) pasando el resto a los ascendientes y demás parientes”.

Como en otras muchas naciones civilizadas, en España, “los hijos naturales no concurren con los legítimos a la sucesión hereditaria, pero el padre o la madre puede dejarles, como reconocimiento, el quinto de los bienes, aun habiendo hijos legítimos”. Con este objeto, está destinada la cuarta parte de libre disposición, en las legislaciones modernas. Y si esta cuota no fuere suficiente para subvenir a las necesidades del hijo, tiene derecho a alimentos, como hemos visto en otro lugar; lo que demuestra que el legislador no ha descuidado jamás, antes bien se ha preocupado de modo especial de la suerte de los hijos ilegítimos.

En la sucesión testamentaria, de aceptarse el sistema colectivo y mixto que se quiere implantar en el Ecuador, respecto a los hijos cualquiera que sea su grado, condición y calidad jurídica, hay dos escollos inevitables y un fondo de enorme injusticia: a) se ataca el sistema de las **legítimas**, exentas de cargas, gravándolas y reduciéndolas a su mínima expresión, de hacerse extensivas a los ilegítimos, en perjuicio del haber familiar y de la generación autorizada por el matrimonio; b) en caso contrario, si como asignación forzosa, destinaré el legislador la cuarta de libre disposición íntegra para los

hijos naturales e ilegítimos, quedaría anulada y cohibida la libertad del testador a tal extremo que, en tal caso, no podría cumplir con otras obligaciones de conciencia ni disponer parte alguna de sus propios bienes en beneficio de extraños, absolutamente.

No hay término medio: en homenaje al amor libre, se conceden o no las **legítimas rigurosas** a toda clase de hijos inclusive a los ilegítimos, bajo cuya denominación se hallan comprendidos aún los de dañado ayuntamiento (sacrilegos, incestuosos, adulterinos); o sin innovar el sistema antiguo quedan ellas reservadas, en junta de la **cuarta de mejoras**, en beneficio exclusivo de los hijos y descendientes legítimos, por no ser susceptibles las legítimas de desintegración, modo, plazo o gravamen alguno.

Exposición de motivos y análisis de diversas tesis sobre la herencia deferi'da por testamento

Podemos reducir este problema que ofrece graves dificultades en la práctica, a tres tesis que seguramente serán discutidas en el actual Congreso:

Primera.— ¿Deberá o no abolirse la institución romanista de las **legítimas** sustituyéndola con la de **libre testamentifación**?

Segunda.— ¿De no aceptarse esa solución, sería o no conveniente eliminar la **cuarta de mejoras**, únicamente?

Tercera.— Siendo marcada la diferencia que existe entre **legitimarios** y **asignatarios forzosos**, ¿qué sistema normativo deberá adoptarse para la distribución de la herencia abintestada y testamentaria en el orden sucesorio mixto de hijos legítimos e ilegítimos?

De este modo formulados los temas generales, para el estudio legislativo, y bajo el punto de vista de las reformas, es preciso el concienzudo análisis de cada uno de ellos, concretamente, siquiera en sus lineamientos generales, en las situaciones jurídico—científicas, a que nos conduce su examen imparcial y severa crítica.

A) LIBRE TESTAMENTIFACCION.—Contra la institución de las legítimas reglamentadas por el Código Civil, que consisten en la reserva forzosa de una cuota de la herencia que destina la ley a los **legitimarios**, que por el mismo hecho gozan de una situación privilegiada respecto a los demás herederos; el socialismo y la escuela liberal han reaccionado fuertemente, rechazando este sistema sucesorio, por distintos mo-

tivos: unos argumentan que a la muerte del titular deben pasar sino la universalidad de sus bienes, gran parte de ellos al Estado que es representante de la colectividad; y otros que no reconocen fundamento superior al psicológico y económico que consagra la personalidad del propietario y la libre disposición de sus bienes, sostienen que el poder dominical y el testamento con el que se enlaza, íntimamente, es un hecho libre y voluntario, cuyo ejercicio no debería estar a merced de leyes impositivas, incondicionales y absolutas.

Haciendo caso omiso de la institución del matrimonio, del organismo y razones de existencia de la familia legítima, en beneficio de cuyos miembros en línea recta ha establecido el legislador restricciones y garantías eficaces, definiendo obligaciones legales, para hacerlas efectivas al tiempo de la muerte del testador, con o sin su voluntad;—es incuestionable que si el fundamento del derecho sucesorio no fuera otro que la propiedad privada y la expresa voluntad del causante, todo acto testamentario debería ser de libre disposición, atendida su naturaleza y esencia. Ningún acto jurídico es de mayor trascendencia e importancia, él debería ser obra exclusiva del consentimiento de la persona que lo ejecuta, porque es esencialmente revocable, sin dejar por ello de ser más o menos solemne y fehaciente, rodeado como está de requisitos y formalidades de ley: así lo exige su autenticidad y validez.

Es extraño que después de reconocer la ley, el principio y las reglas fundamentales en que estriba la propiedad privada, cuyo principal atributo es la libre disposición, por acto entre vivos, sea cual fuese el título traslativo de dominio; condene y prohíba la **sucesión voluntaria**, constriñéndole al testador a dejar gran parte de sus bienes, por razón de legítima, como si la sucesión **mortis causa**, pudiera cambiar la naturaleza del hombre y del dominio, cuya libertad y derechos esenciales no pueden ni deben trocarse en **asignaciones forzosas**.

Estas argumentaciones serían irrefutables, de no existir para el propietario personas íntimamente unidas a él por vínculos de sangre, bajo el régimen de la comunidad familiar que exige la defensa y protección del Estado, para reprimir los abusos, la excesiva liberalidad y las transgresiones de conciencia del testador que podría reducir a sus hijos a la miseria, ofuscado por pasiones violentísimas, con un desheredamiento inmotivado, si la ley no les concediera la acción de reforma del testamento.

El derecho moderno tiende a simplificar el testamento y garantiza su validez y ejecución, aboliendo el sistema coerci-

tivo de las **legítimas y mejoras**, por la confianza absoluta que el legislador y los hijos deberían tener en el amor, en las virtudes, en la probidad y conciencia del padre de familia, que ante el tribunal inexorable de la muerte y el de Dios, rarísima vez es capaz de cometer una iniquidad, una injusticia, sacrificando el porvenir de sus hijos.— ‘Hay padres desnaturalizados, cierto, son injustos alguna vez —como observa un jurista español—; pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna. Buscad lo común, lo ordinario, lo universal, lo natural, y acertaréis seguramente; preocupándoos con lo excepcional, quebrantáis las leyes de la Naturaleza....’

El problema relativo a la libertad de testar no está por completo resuelto: antes de ahora lo hemos combatido cuando era intangible y privilegiado el derecho sucesorio de la familia legítima, de acuerdo con las disciplinas científicas y filosóficas del Código Civil. (1) En la hora actual de despojo y desplazamiento al que conduce la reforma legislativa, opinamos que antes de que se establezca la nivelación hereditaria, para toda clase de hijos, antes de que se deroguen los principios e instituciones fundamentales de la sociedad y del Código Civil; sería menos peligrosa y preferible la testamentifacción libre, con la que se pondría un dique a las olas anarquistas que traspasan las puertas del hogar doméstico, a la arbitrariedad y despotismo del legislador.

El fundamento de las **legítimas** ya no puede encontrarse como antes en la institución del matrimonio: prescindiendo de toda norma jurídica, está a merced de los hijos ilegítimos, por obra y gracia del legislador. Se ha cambiado el concepto y la esencia del deber jurídico, por la acción hostil y coactiva de que es víctima la familia legítima, sujeta a la intemperancia y violencia de la ley civil.

Mucho menores y preferibles serían los males que traería consigo la libre testamentifacción, que los que se lamentarían de convertirse en sucesión forzada, coercitivamente, en mengua y con grave perjuicio de la prole legítima, arrebatándole las **legítimas rigurosas** y con ellas gran parte del patrimonio adquirido durante la sociedad conyugal, en la que la mujer legítima, en junta del marido, acrecienta los bienes que quedan, fruto del trabajo mancomunado, de economías y priva-

(1) Véase CONFERENCIA DE EXTENSION UNIVERSITARIA que publicamos en 1924. El Capítulo 5, págs. 82—100, contiene: ‘Análisis crítico acerca del sistema de libertad de testar y del restrictivo de legítimas y mejoras’.

ciones. Arrebatarse a la familia el haber que le corresponde, desmembrando la porción conyugal a que tiene derecho el viudo o viuda que carecen de los medios de subsistencia, por favorecer a los hijos que no han sido concebidos y nacidos en matrimonio, sería una expropiación injustificable, un sarcasmo de la ley, un atentado y ultraje a la sagrada institución de las legítimas que más bien deberían abolirse.

Desde un punto de vista amplísimo y de renovación trascendente, han aceptado la libertad de testar que en otra hora fué proclamada por la República Romana, pueblos representativos de progreso económico y de sabiduría jurídica, como Inglaterra y los Estados Unidos de la América del Norte, cuya experiencia histórica es tan grande como sus actividades: y este mismo sistema está vigente en muchas legislaciones que han roto los moldes del empirismo tradicionalista, como las de Suecia, Canadá, Méjico, Salvador, Costa Rica, Honduras, &c. Siendo de notarse que en algunos de estos países, como una justa limitación a la arbitrariedad del testador y como garantía que inspira el orden familiar y social, no hay más **asignaciones forzosas** que las siguientes, por razón de alimentos que se deben: 1º A los hijos legítimos y naturales menores de edad; 2º Al viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare separado o divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto.— En Méjico se exige que siendo varón esté impedido de trabajar, o que, siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente. En Honduras y Costa Rica, por razón de alimentos tienen derecho los cónyuges a la quinta parte de la herencia, que la pierden si antes de recibirla pasan a segundas nupcias.— 3º A los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la calidad de naturales, se les conceden sólo los auxilios necesarios para su subsistencia.

Consecuente con la ideología moderna inspirada en principios altruistas y reglas fundamentales, como síntoma de progreso y de superlativa civilización, tiende a prevalecer entre todos los sistemas la libre testamentifacción, rompiendo las trabas y cadenas de la ley, o sea la esclavitud del ciudadano que no puede disponer de sus propios bienes al tiempo de su fallecimiento, por cuanto en ese instante se produce por el ministerio de la ley la incautación y el despojo forzoso, en favor de los legitimarios, según el sistema de reservas rigurosas que se hacen efectivas, independientemente y, muchas veces, en contra de la voluntad del testador.

Con un criterio exclusivista y normativo de valores, en el campo objetivo, se produce en tal caso el fenómeno de

sucesión **intestada y legítima**, a título universal, que es del todo privilegiada y particular, dentro del nominal sistema condicionado de la **sucesión testamentaria**, en la que directamente interviene el legislador para el reparto y distribución de bienes que no son de él sino del individuo, que, como si estuviese en interdicción, tiene que someterse al mandato de la ley transformada en cláusulas testamentarias.

Siguiendo esos dictados universales y absolutos, coercitivos y empíricos, la última voluntad del ciudadano, no siempre es testimonio de lo que él piensa ni quiere, sino copia de una regla imperativa, de un precepto jurídico, de una fórmula abstracta que se hace concreta en los labios del moribundo, forzado a repetirla. Obra nó como señor y dueño de sus bienes, sino como un vehiculo de transmisión, al otorgar su testamento. Es acto solemne, pero no exclusivo de la voluntad, porque el testador no dispone de todos sus bienes, a su arbitrio, sino de una parte de ellos, solamente, para que tenga pleno efecto después de sus días; anulada de este modo la personería jurídica del propietario, se asemeja a la de un mendigo, al fin de su vida, para descender a la tumba, adonde le sigue el rigorismo de la ley, como si ella fuera única fuente de derechos y obligaciones.

Indudablemente por estas y otras razones de mayor peso, para no alterar ni destruir el concepto científico, la naturaleza legal y el fundamento jurídico de la testamentifacción, la mayoría de las leyes forales de España, conceden al testador autonomía y libertad más o menos amplia, garantizando la validez y eficacia de sus disposiciones. La legítima se halla reducida a la cuarta parte de la herencia en Cataluña. En otras provincias ibéricas, como en Aragón, el testador puede instituir heredero a uno solo de sus hijos, con tal que deje a los demás diez sueldos jaqueses; y en ninguna parte, como en Navarra, es libre de toda vinculación el derecho sucesorio: puede disponer de su patrimonio el padre de familia en favor de extraños, excepto el labrador cuyos descendientes gozan de fuero testamentario respecto a los inmuebles, por estar en vigencia, con las costumbres del país, los cánones de las Cortes, y las prerrogativas concedidas por la Ley 16. Tit. 13, Lib. 3 de la Novísima Recopilación.

Con tendencias a la unidad y armonía legislativa, para establecer la absoluta libertad de testar, se ha desarrollado en España, en estos últimos años, una corriente casi uniforme, entre civilistas de nota, con el apoyo y concurso de grandes pensadores y sociólogos, como Sánchez Román, Joaquín Costa, Gumercindo de Azcárate, Giner y Calderón, Cán-

dido Nocedal, &.— Como las funciones del derecho sucesorio, a más de ser individuales, se reflejan en la sociedad familiar, suprimiendo con perjuicio de ella, la cuarta de mejoras, hay muchos partidarios y defensores del Proyecto de transacción de don José María Manresa y Navarro, que consiste en dividir la herencia en dos mitades: una para la **legítima** de los hijos y la otra de **libre disposición**.

Lumbrera de América y legislador de ella, don Andrés Bello, fué panegirista y defensor del sistema sucesorio basado en la autonomía y exclusiva voluntad del testador, y, sin embargo, tuvo que ceder a la opinión de la mayoría en el debate que consagró el triunfo de las legítimas y mejoras por las que estuvo la Comisión Revisora del Código Civil Chileno.

En contra de su establecimiento, el autor del Proyecto y de las Notas de tan afamado Código que también es nuestro, se expresa así: "En el corazón de los padres tiene el interés de los hijos una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley; y el beneficio que deben éstos a la intervención del legislador es más que contrapesado por la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho de los hijos sobre casi todos los bienes del padre. No se diga que la desheredación legal remedia estos inconvenientes. ¿Qué padre con entrañas de tal, querrá sacar a la luz pública la criminalidad de su hijo, criminalidad cuya afrenta recae sobre él mismo y sobre toda su familia?... Las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y talvez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres o procurada con más ansia la educación de los hijos. Cuanto más suave es el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres. ¿I cómo suplir el amor paternal si llegase alguna vez a extinguirse?... Si pasiones depravadas hacen olvidar lo que se debe a aquéllos a quienes hemos transmitido el ser, ¿de qué sirven las precauciones del legislador?— Cabalmente a la hora de la muerte cuando callan las pasiones maléficas, cuando revive con toda su fuerza el imperio de la conciencia, es cuando menos se necesita su intervención (la del legislador)".

"Se dirá que estas razones prueban demasiado y que militan no sólo contra el tercio de mejoras, sino contra la mitad legitimaria. Nosotros individualmente aceptaríamos en to-

da su extensión la consecuencia", dice el mismo señor Bello.

En las Notas ilustrativas del Código Civil Francés, comentado por don Alberto Aguilera y Velazco, y concordado por el mismo con las legislaciones vigentes, en defensa de la libertad, sin la cual no respondería el testador a sus fines primordiales, ni a la conciencia y al derecho natural que es su fundamento, leemos lo siguiente: "¿Puede ser más previsora un Código que el corazón de un padre?—¿El abuso, se evitará mejor con una ley, que llega hasta penetrar en el recinto sagrado de la propiedad y de la familia, o dejando obrar con libertad al amor paternal allí donde tanto resplandece el sentimiento de la justicia? Y, en el caso poco probable, de que esas afecciones falten, no es bastante la limitación legal, porque un padre desnaturalizado, que no encuentra límites en el ejercicio de su derecho de propietario, sino cuando trata de disponer de sus bienes para después de la muerte, halla siempre medios indirectos con que perjudicar a uno o a todos sus hijos. Por otra parte, la igualdad absoluta no representa en todos los casos el ideal de la equidad y del derecho: ¿son las mismas, acaso, siempre, las condiciones de todos los hijos? ¿Podrá tener igual derecho el que ha sido causa del deshonor o de graves perturbaciones en la familia, que el que haya cumplido siempre sus deberes filiales?.....".

"En cuanto a los inconvenientes que para la familia y para la propiedad pudiera tener la libre disposición de los bienes, no se ven ciertamente en la práctica; son temores que únicamente existen en la imaginación de intérpretes y comentaristas".

"Las afecciones, son desde luego más respetuosas, tienen un sello mayor de cariño en los países en que la libertad existe, que en aquellos donde la voluntad del testador está limitada por los preceptos legales. La familia aragonesa y la navarra no ofrecen nunca el espectáculo que muchas veces se presenta en la familia castellana, donde las cuestiones de interés llegan hasta relajar lazos que siempre deberían permanecer inalterables".

Esta misma es la doctrina del Profesor chileno Barros Errázuriz: "Hemos dicho en otra parte que hay graves razones en favor de la libertad de testar, aun en el caso de que el testador tenga descendientes legítimos o naturales. Esa libertad sirve para fomentar la virtud y reprimir el vicio dentro de la familia; hace más respetable la autoridad de los padres; permite a éstos atender en la distribución de los bienes, no sólo a los méritos de los hijos, sino también a otras circunstancias y necesidades; y ha demostrado prácticamente

sus ventajas para la buena formación de la familia, en los pueblos donde se ha aplicado”.

B) ELIMINACIÓN DE LA CUARTA DE MEJORAS.— De aceptarse las **legítimas rigurosas** y conservarse tal como hoy existen en nuestra legislación, es necesario estudiar el problema relativo a saber si con ellas deberían o no subsistir las **mejoras**, que son su apéndice y complemento; formando unidas en la plataforma del Derecho Civil, la institución que se llama de **legítimas efectivas**, cuando el testador no ha dispuesto entre sus descendientes legítimos de la cuarta de mejoras, porque no quiso hacerlo o no ha surtido efecto su disposición en este sentido. (Art. 1.181).

El Derecho Romano no conoció el sistema de mejoras, por más que algunos glosadores crean encontrar su origen remoto en un Senadoconsulto de la época de Claudio, Emperador que le sucedió a Calígula. Hemos sostenido antes de ahora, apoyados en monumentos históricos y autores de nombradía, que el Fuero Juzgo, al adoptar las bases de la legislación germánica, en la época de Chindasvinto, implantó en España la mejora del tercio que antes no fué conocida, en la herencia testamentaria de los padres y los abuelos, en beneficio de sus descendientes legítimos. (1) Deducida primero esta **tercera parte** del caudal distribuible, “del resto se extraía el **quinto**, de que el testador podía disponer **libremente**, y el sobrante era la **legítima**”. Consignando este hecho histórico, dice García Goyena: “Las leyes españolas, aunque más favorables a los hijos respecto a extraños, han cuidado también de armar al padre con la ingeniosa mejora del tercio que remonta al Fuero Juzgo y no tiene original ni copia en los Códigos antiguos”.

El ideal en que se inspira la mejora es la familia legítima, por la que le impone la ley al testador obligaciones imperiosas, reglas directivas y normas de las que no puede apartarse absolutamente; y según queda demostrado la sucesión resulta **forzosa y legal**, haya o nó testamento, para el que tiene descendientes legítimos, en cuyo exclusivo beneficio es la legítima rigurosa, o la efectiva, en su caso.—La libre testamentación se halla reducida a la cuarta parte de la herencia, y las tres cuartas partes restantes equivalen a sucesión **ab intestato**.

(1).—Capítulo IV, págs. 55 y 56 del Opúsculo, *Conferencia de Extensión Universitaria*, que publicó el autor, en 1.924.

La elección del heredero no depende de la libre voluntad del testador, para las legítimas, y en cuanto a las mejoras éstas son de índole específica y carácter familiar, de naturaleza relativa y condicionada, pudiendo unas y otras ser expresas o tácitas. En efecto: el hecho de haber sido pasado en silencio un legitimario, no significa desheredamiento, como ocurría antiguamente en Roma, sino que deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima—art. 1.208 del Código Civil; y de igual modo el caso de las mejoras tácitas se produce forzosamente, cuando de ellas no ha dispuesto el testador, o las donaciones que éste hubiere hecho al asignatario excedieren a la mitad del acervo imaginario, debiendo en el cómputo y extracción de la legítima, ese exceso imputarse a la cuarta de mejoras, siendo esta cuota a diferencia de aquella susceptible de **gravamen**, en favor de uno o más de los descendientes legítimos. (Arts. 1.181, 1.183, 1.185 inc. 2.)

En cuanto a la prueba, o sea al título instrumental de las mejoras, pueden ellas ser asignadas y distribuidas por testamento, o por contrato, en escritura pública, según el art. 1.194 del mismo Código Civil; sin que se permita ninguna otra estipulación a más de ésta por **acto entre vivos** sobre la sucesión futura, entre el que debe la legítima y el mejorado. Este es uno de los defectos de nuestra legislación que da el carácter de irrevocable a la mejora ofrecida y estipulada, contra el sistema científico y doctrinario que rechaza todo pacto sucesorio, convirtiendo de ese modo el proteccionismo a un heredero en enagenación perpetua, contra la naturaleza y esencia del testamento, obra de una sola voluntad, esencialmente revocable.

Pocos Códigos, como el alemán, el suizo, el austriaco, & admiten los pactos sucesorios de origen germánico, completamente prohibidos por el Derecho Romano, que casi siempre son objeto de especulaciones inmorales e ilícitas, a la vez que de sorpresas y abusos. Con esos contratos aleatorios se pone en riesgo y peligro la vida; y aunque así no fuera es injurídico el hecho de someter el derecho sucesorio, como una mercancía cotizable, a estipulaciones que al mismo tiempo que sacrifican el patrimonio, restringen la libre revocación y voluntad humana, trocando las meras expectativas en derechos adquiridos, antes de que ocurra la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

El fundamento o idea del derecho moderno, es la libertad siquiera relativa que no se compece con las restricciones negativas del testamento: de allí la tendencia para su simplificación, tanto en los países latinos, como en los europeos,

ya en las formas de que se reviste dicho acto, ya en el contenido de sus disposiciones.

Para zanjar toda dificultad, en las sucesiones testamentarias acaso debería eliminarse la cuarta de mejoras que muchas legislaciones no la reconocen, como las de Francia, Italia, Portugal, Méjico, Venezuela, Brasil, Uruguay, Bolivia, Salvador, Costa Rica, Honduras, &.— En el Código Civil del Perú, no hay mejora sino es expresa—art. 741; ninguna promesa de ella es válida—art. 742; y según el art. 735 “los ascendientes pueden disponer hasta del **tercio** de sus bienes, para mejorar a sus descendientes; pero en caso de ejercer esa facultad, pierden la de disponer del **quinto** que tenían por el art. 696”, a no ser que este quinto de libre disposición sea para los hijos ilegítimos—art. 736.

Con la derogación de la cuarta de mejora, subsistirían sólo las legítimas rigurosas quedando para su destino e inversión la **mitad** de los bienes. Se suscitaria entonces la cuestión acerca de que si convendría o nó que la Legislatura asigne una cuota fija, en la **mitad** del patrimonio restante, para los hijos naturales e ilegítimos que tuviere el testador, como **asignación forzosa**, ya que a éstos por la sola concurrencia con los hijos habidos en matrimonio, no se les debería llamar **legitimarios**.

De no haber descendencia legítima con derecho a suceder al difunto, no hay para el legislador sino dos maneras de resolver el problema: o los coloca en el mismo plano a que tomen la herencia por iguales partes, tanto al hijo natural reconocido por sus padres, como al ilegítimo que obtuvo declaratoria judicial; o, en caso contrario, de aceptar y mantener la diferencia técnica y jurídica que, actualmente, existe en el Código Civil, fundada en la mayor o menor certidumbre de la paternidad y en la variedad de afecciones que llamamos sentimientos, colocados como se hallan los hijos ilegítimos en una escala inferior a los naturales, les correspondería a éstos mayor porción hereditaria que a aquéllos. ¿Cuál será esa porción que tenga fondo de justicia y guarde equilibrio, consideradas conjuntamente, esas dos situaciones diversas?.....

Ante todo, convendría saber, qué resultado daría una **sucesión particular** formada dentro de la sucesión **universal**, concediendo para los hijos naturales e ilegítimos, la sexta parte, por ejemplo, de la herencia divisible, sujeta a aumento progresivo de no existir descendientes legítimos del difunto: quedarían así aquéllos de **herederos forzosos**, pero nó en el mismo grupo que estos **legitimarios**.

Rechazada la teoría de la libre testamentifacción y suprimida la cuarta de mejoras, que figura, como **asignación forzosa**, según el sistema vigente, no sólo a favor de legitimarios que son herederos del difunto, sino también en beneficio de cualquiera de los descendientes legítimos; quedaría la mitad de los bienes al arbitrio del testador, sin trabas ni limitaciones, pudiendo pasar íntegramente esta cuota a personas extrañas, o destinarse para el pago de mandas y legados. Con los arts. 1.157 N. 4 y 1.194 del Código Civil, tendrían que ser, al mismo tiempo, reformados los arts. 1.174 inc. 3º, 1.175, 1.176, 1.177, 1.181, 1.183, 1.184, 1.185, 1.186, 1.188, 1.189, 1.191, 1.193 inc. 3º, 1.195, 1.196 y 1.210.

C) ¿QUÉ SISTEMA NORMATIVO DEBERÁ ADOPTARSE PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA TESTAMENTARIA Y ABINTESTATO, EN EL ORDEN SUCESORIO MIXTO DE HIJOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS?—A primera vista resulta esta tesis paradójica, por estar en contradicción con la ciencia jurídica y el derecho familiar que siempre ha descansado en la sociedad matrimonial, que para la naturaleza humana ha sido y será la primera de todas las instituciones milenarias e históricas.

En la cuota que destina la ley para las legítimas, no pueden tomar parte más que los legitimarios, dice Fabres; los legitimarios concurren y son excluidos y representados, según el orden y reglas de la sucesión intestada, según el art. 1.173 del Código Civil. Y, al hablar de la situación desventajosa del cónyuge, que concurre con el hijo natural legitimario a la sucesión del difunto, con frases lapidarias crítica el insigne jurista "esa inconsecuencia que no tiene otro origen, que el vicio radical de la institución de **hijo natural** inventada por el Código. Institución ofensiva al matrimonio y perjudicial a la sociedad. La unión ilegítima y despreciable, se ha colocado al lado de la legítima y honorable, y se la ha revestido de derechos semejantes: la **legítima** es un vínculo, una base de familia, y debiera negarse al hijo natural, nó en pena de su filiación, sino en pena de la paternidad. La sociedad, por su parte, está gravemente interesada que los hijos nazcan del matrimonio, porque estos hijos son más atendidos y mejor educados, son mayor estímulo para el trabajo y la industria, son base más sólida de la población, vínculo más estrecho de la paz doméstica, verdadera y legítima ventura del Estado; toda institución que parodie y suplante al matrimonio, ataca a la sociedad por su base. En sana filosofía, los hijos ilegítimos no deben tener más derecho que el de alimentos, sean de la clase que fueren. Se quiso proveer

para casos especiales o excepcionales por medio de una regla general; y al mismo tiempo que se rechazaba la legítima influencia de las costumbres sobre las leyes, no se advirtió en la que ejercen las leyes sobre las costumbres". (1)

Si con tanta elocuencia y energía defiende Fabres la institución de las legítimas, por ser el hijo natural favorecido por ellas, supletoriamente, a falta de hijos y descendientes legítimos del testador, ¿cómo no hubiera él hecho vibrar los rayos de la maldición de todo un pueblo, sobre quienes han tenido la avilantez y osadía de despedazar el Código Civil, con la mayor inconciencia e ignorancia?—¿Cómo en espléndida excursión científica, no hubiera recorrido la historia de la sociedad, en el cosmos, y descubierto por ella la vida racional, en el tiempo, síntesis de la civilización, con sus grandes y admirables obras e instituciones políticas y religiosas, que lejos de destruir han fortificado y defendido los lazos que unen a la familia legítima, enalteciendo su personalidad moral y jurídica, conforme al más alto ideal de justicia reflejadora de la conciencia y sabiduría de millares de pueblos?—¿Cómo al delimitar las distintas esferas de estado civil, no hubiera demostrado Fabres, con toda su admirable dialéctica y filosofía casuística, las diferencias sustanciales de origen, sociales y jurídicas que realmente existen entre los hijos legítimos y los ilegítimos, refutando doctrinas apócrifas y absurdas.....?

Si un individuo no otorga testamento, por el mismo hecho se sujeta a las reglas generales del Código Civil, distributivas de la herencia, según el orden y concatenación de vínculos jurídicos y afecciones familiares. Los derechos de sucesión que habían sido establecidos, preferentemente, para la familia legítima, atendiendo al estado civil de los hijos, en virtud de la reforma constitucional, han quedado a merced de la prole ilegítima que era extraña a la herencia.

"El Código ha querido castigar la filiación ilegítima y por eso la elimina de la sucesión. Así, por ejemplo, dice Robustiano Vera,—si el único heredero de una persona que fallece intestada, es un hijo ilegítimo, éste no heredaría. La herencia pasaría entonces al Fisco".—Todo lo contrario al sistema antiguo va a establecer el nuevo, hay colisión de principios científicos y doctrinas jurídicas. Si se le colocara al hijo ilegítimo, en lugar del Fisco, esa sería una buena refor-

(1) OBRAS COMPLETAS de don José Clemente Fabres—: DERECHO DE LOS HIJOS NATURALES, tomo 3, pág. 26 (Edición 1.908).

ma; entonces habría ocupado el séptimo grado en la escala de los herederos. El paralogismo y vicio radical de la Constitución consiste, no tanto en haberle concedido derecho en la universalidad de bienes que se llama herencia, sino en la igualdad, **per saltum**, con los descendientes legítimos del finado, en el primer orden de sucesión legal y forzosa.

En virtud de la concurrencia simultánea de herederos, resulta que, a pesar de su calidad y condición distinta, todos forzosamente van a ser asignatarios y copropietarios de la herencia, como representantes y continuadores de la personalidad jurídica del difunto, en todos los derechos y obligaciones transmisibles.

Este sistema de sucesión mixta es completamente anti-jurídico. El legislador, lejos de respetar y ser fiel intérprete de la voluntad presunta y de las afecciones que el hombre traduce en sentimientos de solidaridad, acrecentando su patrimonio con el trabajo de la mujer y de los hijos que viven asociados a él;—ha roto las supremas normas de justicia social en cuanto a la representación legítima del difunto, contrariando su voluntad y la espontaneidad de sus determinaciones, por haberlas hecho extensivas a la posteridad ilegítima. Con el concurso de elementos contrarios a la existencia de la familia, se ha cambiado no sólo la forma y finalidad del derecho sucesorio, sino también su propia naturaleza y esencia jurídica.

Establecida la sucesión legal en la línea recta descendente, al mismo tiempo, para las tres clases de herederos, cuales son los hijos legítimos, naturales e ilegítimos, tiene que dividirse la herencia en cuotas desiguales, aunque fijas e invariables, para cada asignatario, a título universal. La acertada solución de este problema es difícilísima para el legislador ecuatoriano, ora porque no puede prescindir del cónyuge sobreviviente ligado al antecesor por "relaciones más estrechas que entre los padres y los hijos naturales", ni colocarlo en categoría inferior a éstos; ora porque si a la prole habida fuera de matrimonio se le hace participe de la **mitad legítimaria**, cercenado el derecho incontrovertible que en ella tiene la generación legítima, se alteraría profundamente el actual sistema ético-jurídico, con clamorosa arbitrariedad e injusticia; ora porque si a título de asignación forzosa se les señala una cuota en la parte llamada de **libre disposición**, para los hijos naturales e ilegítimos, exclusivamente, se atentaría a un derecho esencial, en que estriba el testamento, cuyo fundamento de existencia es la libertad relativa, inalienable, como lo es el poder dominical.

De formarse dentro de la sucesión **universal**, en la cual

las **legítimas rigurosas** no son susceptibles de condición, modo, plazo ni gravamen alguno, una sucesión **particular** únicamente para los hijos naturales e ilegítimos, no por ello desaparecería la antítesis y los vicios inherentes al sistema que se quiere implantar y que no es posible armonizarlo con el espíritu general de la legislación.—Siempre y en todo caso esas reservas no dejarían de ser una carga de la sucesión global, sea esta testada o intestada; y como no son voluntarias, sino impuestas por una norma jurídica, por exigencia del plan armónico, tienen que ser colocadas por el legislador en el mismo rol que las demás **asignaciones forzosas**, en junta de las legítimas.

No pueden considerarse aisladamente las cuotas con las que se completa el número entero, o sea la unidad de la herencia, y si de ellas no puede disponer el testador, es evidéntísimo que esas cuotas reservadas por la ley para cierta clase de herederos, son **legítimas**.—Estas han sido y serán siempre, “un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”, como las define, en rigor científico, el art. 3.591 del Código Civil Argentino. En efecto, las **legítimas**, no serían tales si no ocuparan un sector privilegiado: ellas consisten en la “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haber reservado la ley a determinados herederos, llamados por esta razón herederos forzosos”. Esta definición que trae el art. 806 del Código Civil Español, coincide con las de los Códigos del Ecuador—art. 1.171, de Portugal—art. 1.784, de Uruguay—art. 846, &.

Si acaso como una excepción a la regla general, el legislador concediera a los hijos naturales e ilegítimos una parte alicuota en la cuarta de mejoras o de libre disposición, sería ésa una reforma tanto más violenta y absurda cuanto que por defender un sistema se atacarían por su base los demás; y lejos de corregir en su aplicación los abusos e imperfecciones que anotamos, agravaríanse los perjuicios en orden a la valorización y reparto de derechos. Una ley que quitara al testador la porción de bienes de que puede disponer a su arbitrio, o que con la cuarta de mejoras favoreciera a la generación ilegítima, sería de lo más anticientífica e ilógica: entonces en el orden de sucesión mixta que examinamos, se daría el caso de una situación hereditaria demasiado beneficiosa y privilegiada, para unos hijos, según el número, en perjuicio de los otros. Supongamos que sea divisible el acervo líquido de \$ 10.000 entre diez hijos habidos de matrimonio, y uno ilegítimo, habiéndose destinado para los primeros, a título de legítima rigurosa, la mitad de los bienes; y un quinto de la mi-

dad restante para el último. En tal hipótesis cada hijo legítimo, solo tendría quinientos suces, por su haber, en tanto que al hijo ilegítimo le correspondería mil suces, a pesar de que todos son asignatarios forzosos, siendo el resto de libre disposición, para el caso de que se hubiesen abolido las mejoras.

Es de la más peligroso aplicar principios heterogéneos a la antigua legislación, sin miramiento alguno a los hechos y a las doctrinas científicas pasadas en autoridad de cosa juzgada; así como no deberían imponerse las mismas normas distributivas de la herencia en toda sucesión, de una manera absoluta, porque existen variantes, tanto en la testamentaria, como en la intestada.

Sucesión intestada.—Sabemos que no sólo es derecho real la herencia, sino un modo de transmisión de la universalidad de los bienes del antecesor a sus herederos. Hay relaciones subjetivas y objetivas que se entrelazan y completan, estudiada científicamente la teoría compleja del patrimonio relicto y la personalidad jurídica que es una e indivisible, en la totalidad de los bienes—**universum ius**—en la que se hacen efectivos el derecho inminente de los herederos y obligaciones correlativas, tan luego como ha sido deferida la herencia y aceptada por ellos.

Con arreglo al sistema preestablecido, hemos visto cómo la herencia es familiar y doméstica, motivo por el cual con profunda razón y filosofía el legislador ha tomado en cuenta las aptitudes subordinadas al **estado civil** de las personas, en esta regla que la declara expresamente el art. 978 del Código Patrio: "Los hijos legítimos excluyen a todos los demás herederos; sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al marido o mujer sobrevivientes".

Derivado directamente de la Constitución el derecho de los hijos ilegítimos en la mortuoria de sus padres, tienen que armonizarse con ella las disposiciones del Código Civil. Con tal objeto y para determinar la parte alicuota que a ellos les corresponda, en concurrencia con la posteridad legítima del difunto, en primer lugar debe el Congreso de 1930, discutir y arbitrar un plan distributivo que sea científico, para que "resulte invariable la relación entre la parte de herencia del hijo natural y la parte del hijo legítimo"; y en segundo lugar, debe resolver categóricamente si en el número de estos asignatarios forzosos se ha de contar o no a los hijos adúlteros, incestuosos y sacrilegos, o sea a los que la ley llama de dañado ayuntamiento. En tercer lugar, como se trata no de derechos teóricos, sino concretos y limitados, toca al mismo legislador ecuatoriano, declarar si heredan o no en partes igua-

les, los hijos nacidos fuera de matrimonio, sea cual fuese su origen y estado civil, borrando las diferencias estrictamente científicas y sociales que existen entre los hijos simplemente ilegítimos, cuyo reconocimiento forzado presupone sentencia en el juicio de investigación de la paternidad o maternidad, los hijos naturales que son los reconocidos de modo espontáneo y libre, y los de dañado ayuntamiento, respecto a los que la ley prohíbe esta clase de reconocimiento, por haber estado sus progenitores ligados al tiempo de la concepción, con un impedimento dirimente para contraer matrimonio, sea civil o eclesiástico.

Así como en matemáticas hay dos maneras de resolver un problema: una acertando en la verdadera resolución; ótra manifestando que la resolución es imposible— como dice Balmes—; así acontece en esta clase de cuestiones jurídicas, cuando la ideología socialista ha llegado al abismo del absurdo, por obra y gracia de legisladores que por malicia o estulticia, han atacado las instituciones primordiales del Edificio Social, estrellándose contra él, como los topos que no tienen familia ni propiedad. Sin ellas no podría existir el Código Civil, porque son su base y fundamento: tendría que producirse el divorcio entre la Razón y la Justicia, entre la Filosofía y la Moral, entre la Jurisprudencia y la Historia.

De quedar nivelados todos los hijos mal nacidos, consagrando la más absoluta igualdad del título y derecho hereditario, incondicionadamente, tendría el Congreso del Ecuador que dictar una ley, más o menos, en estos términos: "Si quedan descendientes legítimos, la parte del hijo natural (o ilegítimo en su caso) será siempre (v. y g.) la octava parte de la del hijo legítimo. Para obtener esta parte alicuota se representará por ocho el número de cada hijo legítimo, y se agregará el número de los hijos naturales e ilegítimos, haciendo tantas partes iguales cual sea el número de los hijos ficticios. Cada hijo natural e ilegítimo tendrá una parte y cada legítimo ocho partes". (1)

Demostración. Si el **de cuius** ha dejado solamente un hijo legítimo, tres naturales y dos ilegítimos; y una fortuna de \$ 10.400. El hijo legítimo representará en ella, es decir, en la herencia abintestato, un número igual a.....8

El número de hijos naturales es.....3

El número de hijos ilegítimos es.....2

Hijos.....13

(1).—Código Civil Argentino—art. 3.579.

En consecuencia, la hijuela sería la siguiente. En el caudal de los \$ 10.400 dividido por 13, tocará a cada hijo. \$ 800

El legítimo tendrá ocho veces más, o sea.	\$ 6,400
Los tres hijos naturales, cada uno \$ 800, o sea.	2,400
Los dos hijos ilegítimos, cada uno \$ 800, o sea.	1,600
Igual	\$ 10,400

Antes de pasar adelante, veamos el caso de la sucesión de herederos en el primer grado de línea recta, y de cónyuge sobreviviente. Tomemos un acervo partible de \$ 6.000. La porción conyugal teórica, con hijos naturales, es la cuarta parte, esto es, \$ 1.500; y ella es deducción de la masa de bienes, en todos los órdenes de sucesión, al tenor de los arts. 950 N^o 5 y 1.168 del Código Civil, **menos en el de los descendientes legítimos**. "Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda serán contados entre los hijos, y recibirán como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo". Luego, en el caso propuesto, si a más de los hijos naturales e ilegítimos, hay un descendiente legítimo; la porción conyugal tendría que extraerse no del monto de bienes, sino de los \$ 3.000, que forma la cuota de **legítimas rigurosas**. Acabamos de ver que con el imperio del nuevo sistema, por la razón o la fuerza, el legislador tiene que hacer extensivas las legítimas rigurosas a herederos forzosos que no son descendientes legítimos; por tanto tienen que arbitrarse reglas distintas a las que hoy existen, para la valorización y cómputo de la porción conyugal.

Es el caos, de cuyo laberinto es imposible salir. Si el difunto no hubiere dejado posteridad legítima, le sucederán sus hijos naturales e ilegítimos, en virtud de la misma reforma constitucional, debiendo agregarse a éstos los ascendientes legítimos de grado más próximo, y el cónyuge sobreviviente. ¿Cómo, en qué forma se distribuirá entre ellos la integridad de la herencia abintestato?—La misión principal del legislador es evitar los violentos choques y colisión de leyes, es no sacrificar el sentido común, lo real, lo racional, a las exigencias de injustificables reformas. El entendimiento elabora, el despotismo aniquila, la arbitrariedad, destruye.

Sucesión testamentaria.—De las observaciones que hasta aquí dejamos apuntadas, se deduce que siendo manifiesta la completa contradicción que existe entre las normas de equidad y jurisprudencia del Código Civil, que formó y formará todavía la ideología y el ensueño de las almas selectas, y las doctrinas falaces y erróneas de quienes han ido a

ios últimos extremos, al disgregar las legítimas de la propiedad familiar, separándolas de su centro científico, para guardarlas con ellas a la filiación anónima y bastarda,—es imposible una resolución que armonice tales sistemas heterogéneos, a no ser que desaparezca y se derogue el antiguo, comenzando por su base.

El convencimiento de la imposibilidad de salvar la herencia doméstica que estriba en las legítimas, nos ha llevado a defender el sistema de libre testamentifacción, que en reacción contra la sucesión forzosa, es más lógico y mejor combinado que ésta, por cuanto busca el fundamento científico y el del ideal jurídico, en la naturaleza humana y en el derecho de propiedad, y allí lo encuentra, espontáneamente, muy anterior a todo sistema histórico y artificial, a todo proceso de legislación escrita, desde los albores de la existencia de la humanidad, antes de que se formara el Estado, sociológicamente, como entidad soberana y política, con el organismo, estructura y funciones que hoy tiene.

De no aceptarse el dinamismo del sistema sucesorio basado en la exclusiva voluntad del testador, sin otras asignaciones forzosas que las de alimentos, para toda clase de hijos, con las que se evitarían todo fraude y abuso y se haría efectiva la responsabilidad inmediata y directa del causante:—como un fenómeno real, tiene el Código Civil, que dar a la palabra **legítima** el mismo significado jurídico que hoy tiene, en su más amplio sentido, haciéndola extensiva a personas que no gozan del carácter de legitimarios, que nunca han sido herederos, ni representantes del difunto, ante el público ni ante los Tribunales.

Como un corolario de la concurrencia de tales elementos extraños, en el primer orden de sucesión testamentaria, toca al legislador resolver, primero, si la cuarta de mejoras queda o nó en beneficio exclusivo de la posteridad legítima, y al arbitrio del testador sólo la cuarta de libre disposición, tal como existen estas instituciones definidas y reglamentadas en nuestro Código Civil; y segundo, qué cuota valorizable ha de adjudicarse a los hijos ilegítimos, en la mitad de bienes restante que es la **porción legitimaria**, consagrada exclusivamente en favor de las personas enumeradas en el art. 1.172. ¿Habrá legislador que incluya en este número, no sólo a los hijos simplemente ilegítimos, sino también a los de dañado ayuntamiento, calificándoles de legitimarios?...

¡No más legítimas ni mejoras!—Este será el grito de los anarquistas, de los sepultureros de la Patria y enemigos del Código Civil, que es obra de muchos siglos y de centenares

de sabios que hacen honor a la humanidad. Se abogará indudablemente por la **sucesión legal y forzosa**, a título univo al dentro de la sucesión testamentaria. Será este un cambio de palabras, una simple ficción, una metáfora. Cualquier jurisconsulto que lo sea en verdad, sabe perfectamente que las reservas de ley impuestas al testador, no son sino **legítimas**, en favor de herederos legales y forzosos.

Efectivamente, entre las instituciones testamentarias se cuentan, las legítimas y mejoras, el desheredamiento, la sustitución vulgar y fideicomisaria, el derecho de acrecimiento, &, según los arts. 1.171, 1.146 y 1.138 del Código Civil.

Destruídos el concepto filosófico, la naturaleza jurídica y el contenido científico de las **legítimas rigurosas**, que han pasado por el crisol de normas equitativas y sabias, ¿qué van a legislar quienes ignoran la historia y sociología del derecho familiar y no quieren ver la claridad y fijeza de principios científicos que se traducen en reglas de moral y de justicia? ¿Qué van a legislar quienes no saben sostener jurídicamente las doctrinas del Código Civil, cuyas leyes son columna del Edificio Social, que no puede subsistir sin el conjunto de relaciones privadas, relativas a la persona, familia y bienes de los asociados? ¿Qué van a legislar quienes desconocen los elementos permanentes de la sociedad en que viven, y cuya impunidad en violarlos es la de sicarios que manejan el hacha demoledora, cubiertos con el manto de la República y con el escudo de la Constitución?..... ¿Qué van a legislar?.....

Dejar las cosas **in statu quo** y solicitar la reforma de la Constitución, fuera lo mejor, lo más acertado y científico. Merece encomio y fervido aplauso toda reforma legislativa en armonía con los intereses y costumbres del país, el espíritu colectivo y la moral pública, que sea la expresión ingenua y reflexiva de las instituciones concretas que tienden a alcanzar la perfección del individuo y la sociedad, dentro del organismo del Estado; y son dignas de execración las leyes que contradicen su finalidad, sacrificando legítimas aspiraciones y derechos imprescriptibles.

Cada civilización lleva en sí misma el espíritu de la jurisprudencia; lejos de ser enemigos, somos partidarios de las reformas de legislación positiva con arreglo al criterio de la justicia encaminada al bien común, ceñida a los postulados de la razón y a las normas del Derecho Natural.

Consecuencia de un estrabismo idealista, de errores groseros y alucinación intelectual, es la manía que trata de imponer innovaciones violentas y reformas extravagantes en la legislación civil, con el pretexto de cerrar el campo al egois-

mo y corregir a la naturaleza humana y los defectos sociales, a fin de que desaparezca el derecho realizado y quede sustituido por el que nos ofrece el colectivismo y la anarquía seudo civilizada.

Hay quienes renuncian y malician el patrimonio científico y las leyes civiles, en la hora presente, como si hubieran venido al mundo en estado senil, de involución y demencia, abriendo un abismo infranqueable entre la civilización que se aleja y la anarquía socialista que llega a las puertas de este siglo, abriéndolas de par en par, con doctrinas relumbrautes y engañosas, que nada tienen de restauradoras ni vanguardistas. Ellas son del todo anticuadas y retrospectivas, como lo es el comunismo ignaro que las inspira y que en todo tiempo ha luchado ciegamente con armas de destrucción y de muerte, para conducir a los hombres a la esclavitud, arrasando y aboliendo los regimenes tradicionales y con ellos los eternos y universales principios del Derecho Civil, que, entre las ciencias jurídicas, es el más filosófico y mejor documentado, porque revela el esfuerzo tenaz y constante, el triunfo de la razón y afianzamiento de la justicia, a la vez que la consagración definitiva de la propiedad libre y la conquista científica de los derechos individuales.

Para la ignorancia y el atrevimiento de quienes quieren derrumbar las columnas de Hércules y hacer tabla rasa del Código Civil y su arquetipo y arsenal histórico que es el Derecho Romano, de nada valen ni tienen razón de ser las inmortales y doctas lucubraciones de las escuelas jurídicas antiguas y modernas, ni el trabajo perseverante de ingenios privilegiados, a los que se deben las leyes protectoras del individuo y de la familia, que las combate ahora y rechaza el volchevismo, arrancando una por una las arterias del organismo social. No es otra la labor homicida y destructora de las escuelas socialistas, que apartándose de su ideal —la persona humana— cuyo derecho de propiedad vale tanto como la vida, descargan para eliminarla la batería eléctrica del rayo que fulmina, la lluvia torrencial de flechas que le asesina, y en sus espaldas el rebenque de la servidumbre, con la declaración solemnisima de que la familia no existe para el hombre, al que se le quiere sustraer del medio en que vive y de las leyes psicológicas que arrancan de su misma naturaleza.

Es absurda la lucha entre la Ciencia y la Historia, la Moral y el Derecho, entre los cánones normativos de la sucesión testamentaria que revela carácter peculiarísimo y lógica inflexible, en honor de la justicia, al hacer la distribu-

ción de la legítima rigurosa, y las tendencias de ética ultra socialista de Fourier, Steinger, Lenin y Malatesta, que combaten la organización actual de la familia, introduciendo en ella elementos disociadores y adversos, para dejarla en estado de completa crisis y desorganización.

Siempre lo mismo: la obra legislativa participa del extravío de las inteligencias, de las corrientes de insurrección, de las doctrinas libertinas y de las circunstancias. Y cuando los hechos están en contradicción con los principios, a medida que disminuye la garantía del derecho, el poder de las costumbres y el conocimiento de las cosas, en el orden científico, se multiplican las reformas en antilogía con las instituciones.

Viciado y roto como se halla el equilibrio del sistema antiguo, es cuestión empírica y de puro formalismo el reparto que debe hacer el legislador de las **asignaciones forzosas** entre los hijos bastardos y la prole legítima. Para dictar esa regla aritmética de división proporcional, no se necesita sino un criterio sano y medianamente ilustrado, ya que se trata de una deducción que va a hacerse del patrimonio dejado por el difunto, en detrimento y perjuicio de los hijos legítimos y del cónyuge sobreviviente.

La distinción jurídica de títulos y derechos podría cristalizarse en una disposición legislativa, según la que los hijos naturales tengan doble porción en concurrencia con los ilegítimos. Estando de manifiesto la diferencia que existe, social y jurídicamente desde hace más de veinte siglos a esta parte, entre los hijos simplemente ilegítimos y los de dañado ayuntamiento, si se les concede herencia a estos últimos en asociación con la familia legítima no alcanzamos a columbrar qué solución equitativa pudiera dar el Congreso de 1.930, al problema que hemos bosquejado en el campo científico y en el de la legislación civil.

Confrontación y síntesis de legislación histórica y modali-

dades internacionales del derecho sucesorio

No es nuestro propósito ostentar erudición que no la tenemos, ni hay tiempo suficiente para profundizar estudios de esta naturaleza que podrían ocupar centenares de páginas. En el inmenso laboratorio de conocimientos huma-

nos, son tantas las disciplinas sociales y jurídicas, cuantos son los Códigos del mundo, que en espléndida floración, representan el pensamiento científico y las normas de justicia que fueron de generaciones pasadas, sirviendo de lección para las del porvenir. En ellos palpita la vida antropológica y milenaria reflejándose las tradiciones y costumbres de razas y pueblos, en la arquitectura granítica del Derecho Civil, de sólido y profundo basamento, en el que tenemos que buscar la razón y filosofía de las leyes, eminentemente biológicas, objetivas y experimentales, como conjunto de manifestaciones sistemáticas y completas.

A más del comentario y paráfrasis del texto, hay que estudiar históricamente, a la luz de la ciencia positiva, del eticismo y de una crítica imparcial y rigurosa, cada institución jurídica que representa el grado de cultura relativa y adelanto colectivo, anotando las semejanzas y diferencias de unas leyes en relación a otras, sus vicisitudes e innovaciones, en la carrera de la humanidad que ni con la audacia y constancia de Sisifo, no puede alcanzar la cumbre de su perfeccionamiento.

He aquí la razón por la que hemos adoptado el método de exégesis y exploración científica de las leyes, unido al de confrontación histórica del Derecho Civil, cuantitativamente, para deducir como conclusión final del análisis comparativo, que si bien son acreedores de herencia los **hijos naturales**, reconocidos por sus padres, es anticientífica y absurda la reforma que impone la Constitución, al colocarles en el primer grado de sucesión mixta a los **hijos ilegítimos**, en cuyo lugar recogía el Fisco la herencia de los padres ilegítimos que morían sin otorgar testamento.

Para demostrar nuestro aserto, interroguemos sobre este punto a las principales legislaciones de Europa y América, que a pesar de la más asombrosa variedad de sistemas, no han sacrificado la ciencia jurídica por la ideología bolchevique; ni los fueros de la familia en aras del socialismo. Sin embargo, algunos Códigos, como los de Francia, Italia, Portugal, Holanda, Argentina, Brasil, Nicaragua, &, conceden a los hijos naturales que no tienen impedimento para ser reconocidos por sus padres, en la **sucesión intestada** de éstos, una cuota de herencia parcelaria, en junta de la familia legítima, llamándoles conjuntamente. En virtud del principio de que la madre siempre es cierta y conocida, la integridad de la herencia al tiempo de su fallecimiento pertenece a sus hijos, sean o nó de matrimonio, colectivamente, sin que los legítimos excluyan a los demás, en algunas legislaciones, como las de

Suiza, Sajonia, Nicaragua, El Salvador, Suecia y Austria. Esta es una singular excepción que, lejos de destruir, confirma la regla general, de que la herencia en todas las regiones y latitudes del globo, es sólo para la prole legítima y la natural, reconocida de un modo solemne, libre y espontáneo.

FRANCIA.—Según el art. 756, los hijos ilegítimos no son herederos: la ley no les concede derecho sobre los bienes de sus padres difuntos, sino en el caso de haber sido **reconocidos legalmente**. Tampoco les da ningún derecho sobre los bienes de los parientes de sus padres.

En el Libro III, Capítulo IV, bajo el epigrafe DE LAS SUCESIONES IRREGULARES, el art. 757 del Código Francés, le concede al hijo natural en la sucesión intestada de sus padres difuntos, la tercera parte de la porción hereditaria que éste hubiera percibido en caso de ser legítimo; la mitad cuando el padre o la madre no dejaren descendientes, pero si ascendientes o hermanos; y las tres cuartas partes, en los demás casos, cuando son llamados otros parientes del finado.

En último lugar, el citado Código defiere la herencia al cónyuge que sobrevive, cuando el difunto no ha dejado parientes en grado lúbil de suceder ni hijos naturales, según el art. 767; y tal precepto ha sido motivo de acerba crítica, por ser esa postergación injusta y estar en completa divergencia con las leyes de casi todos los pueblos cultos que han otorgado al viudo o viuda, una cuota equitativa y prudencial. Es de notar que en la práctica no hay unidad de criterio legislativo. En tanto que en el Ecuador la cuantía pecuniaria de esa cuota se sujeta al criterio de la porción conyugal, en la sucesión intestada, según el art. 978 del Código Civil;—llega en concurrencia con los descendientes del difunto, en Alemania, a la cuarta parte de los bienes en propiedad, sea rico o pobre el sobreviviente; y sube hasta la mitad de la herencia si concurre con herederos legítimos de segundo grado, que así se llaman al padre o la madre, o los abuelos del finado que con él están en tercer grado: y si éstos faltan lleva el cónyuge toda la herencia. (Arts. 1.924, 1.925 y 1.930 del Código Civil Alemán).

En Francia, los hijos adulterinos e incestuosos, no tienen derecho a herencia de ninguna clase, la ley no les concede más que alimentos; y de consiguiente, según el art. 762, a ellos no les son aplicables las disposiciones de los arts. 757 y 758, que se refieren exclusivamente a los hijos naturales.

El Código de Napoleón, se ocupa al mismo tiempo, DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS Y DE LOS TESTAMENTOS, en el Título 11 del Libro III, decretado y pro-

Si el testador tuviese al mismo tiempo hijos legítimos o legitimados, e hijos adoptivos, dice el precitado art. 1.785 del Código Civil, se observará lo siguiente: la porción de éstos será igual a la legítima de los primeros, menos un tercio, si la adopción fuere anterior al matrimonio; y si fuese posterior, la cuota del adoptado sólo será de la tercera parte disponible de la herencia. Según estas y otras reglas distributivas las **dos terceras partes** de la herencia testamentaria son para los hijos legítimos, indefectiblemente.

Tienen capacidad para testar los menores de catorce años, según el art.— 1.764 N.º 3. Vale el testamento por signos o monosílabos, en que el testador dá respuestas a las preguntas que se le hacen; por disponer así el art. 1.751. En Portugal no son llamados como herederos forzosos a la sucesión testamentaria, los hijos ni padres naturales, ni supletoriamente, menos los ilegítimos que no siquiera pueden ser reconocidos si son de dañado ayuntamiento. Lo propio ocurre con el cónyuge sobreviviente, que en junta de los ilegítimos sólo puede reclamar alimentos en los productos de los bienes que dejó el fallecido, siempre que le falten medios de subsistencia—art. 1.231; y tales alimentos se deben en tanto que el viudo o viuda no pasen a segundas nupcias.

HOLANDA.— Suceden por ley o sea abintestato, los parientes legítimos y naturales, en su falta el cónyuge sobreviviente, y por último el Fisco—art. 879. Cuando el difunto ha dejado descendientes legítimos, los hijos naturales entran a participar de la herencia por un **tercio**; y a falta de aquéllos corresponde a éstos la **mitad** de concurrir con ascendientes o hermanos del fallecido— art. 910.— Las disposiciones anteriores no son aplicables a los hijos adulterinos e incestuosos. La ley holandesa no les concede más que alimentos—art. 914. El hijo natural no tiene, aunque sea reconocido, derecho alguno— tal como ocurre en Francia— tocante a los bienes de los parientes de sus padres, según el art. 919, y si nadie existe, ni cónyuge sobreviviente, podrá reclamar su herencia como colateral, antes que el Estado—art. 920.

Hay capacidad para testar a los diez y ocho años de edad—art. 944, como en Italia. La legítima holandesa es una porción de bienes reservada a los herederos **legales** en línea directa y de la que el testador no puede disponer por acto entre vivos, ni de última voluntad, porque le prohíbe el art. 960. En la línea descendente, si el testador no deja sino un hijo legítimo, corresponderá a éste como legítima la **mitad** de lo que le pertenecería por sucesión abintestato. Si dejare dos hijos, constituirá la legítima de cada uno de ellos, **dos tercios**

de su porción hereditaria. Si dejare el testador tres o más hijos, entrarán a formar la legítima de cada uno las **tres cuartas** partes de su porción respectiva—art. 961.

La legítima de cada hijo natural, legalmente reconocido, consiste en una **mitad** de la porción que la ley le asigna por sucesión abintestato—art. 963. En consecuencia, armonizando este artículo, con el 910, la legítima que les corresponde por testamento a los hijos naturales, en Holanda, es la sexta parte de los bienes, en concurrencia con descendientes legítimos.

“La disposición testamentaria en beneficio de los parientes más próximos del testador, sin otras indicaciones, se reputará hecha en favor de sus herederos legítimos”, conforme prescribe el art. 924. La representación tiene lugar hasta el infinito en la línea directa, descendente y legítima—art. 889, como ocurre en el Ecuador: ella hace entrar a los representantes en el lugar, el grado y los derechos de sus representados—art. 888.

SUIZA.—Herederos legales en esta República federalista del Centro de Europa, son no sólo los legítimos sino también los parientes naturales, estando reducidos los derechos de éstos a la mitad de la parte correspondiente a un hijo legítimo o a sus descendientes, en la familia paterna—art. 461 inc. 3. El cónyuge sobreviviente podrá reclamar a su elección, si el fallecido deja descendientes, el usufructo de la mitad o la propiedad del cuarto de la sucesión intestada—art. 462 del Código Civil Suizo. El adoptado y sus descendientes tienen respecto al adoptante el mismo derecho de sucesión que los descendientes legítimos. En caso de fallecimiento sin posteridad, serán herederos los abuelos por cabeza en cada una de ambas líneas.

Toda persona capaz de discernimiento que hubiere llegado a los diez y ocho años de edad, en Suiza, puede disponer de sus bienes por testamento, en escritura pública, en forma ológrafa o en forma oral—arts. 467 y 498—; y, por pacto sucesorio si es mayor de veinte años, a título gratuito u oneroso, pudiendo en dicho pacto renunciar el heredero a la sucesión. (Arts. 14, 468 y 495).

La legítima es en beneficio de los descendientes, del padre y madre, de los hermanos y hermanas, o cónyuge—art. 470; fuera de estos casos puede el testador disponer a su arbitrio de la sucesión. Según el art. 471 del Código Civil, la porción de la legítima será: 1º, para un descendiente, de los tres cuartos de su derecho de sucesión: 2º, para el padre o la madre, de la mitad: 3º para cada uno de los hermanos o herma-

nas, del cuarto: 4º; para el cónyuge sobreviviente, de todo su derecho de sucesión en propiedad cuando concorra con los herederos legales y de la mitad de este derecho, cuando sea heredero único. Sólo la cuarta parte de los bienes es de libre disposición, de haber descendientes cuando la sucesión es testamentaria.

ALEMANIA.—Los pactos sucesorios entre esposos y el testamento mancomunado en general, están admitidos y reglamentados por el Código Civil Alemán, sin que por ellos se prive al causante del pleno derecho de disponer de sus bienes por acto entre vivos—art. 2.286—, pudiendo revocarse la disposición contractual, por la una parte, antes de la muerte de la otra.

“Afirmando que sólo la descendencia nacida del vínculo matrimonial puede reclamar situación adecuada en las relaciones de familia, queda resuelto que ningún parentesco existe entre el hijo natural y el padre, que, por lo regular, permanece como extraño, sin que al primero pertenezca parte alguna de los bienes ni relación de familia del segundo”, según leemos en EXPOSICION DE MOTIVOS, la que es parte integrante de dicho Código—pág. 329.

El derecho a la herencia tiene relación íntima con el parentesco, que es el fundamento de ella y su requisito esencial; la ley ha cuidado de definirlo para determinar su alcance y extensión. La sucesión que es un derecho universal está anexa al título del parentesco del que depende, el que tiene con prioridad de tiempo que ser legal y preexistente, indubitado y comprobado.

En Alemania, la situación jurídica del heredero se origina del matrimonio, sin que se reconozca parentesco alguno entre el hijo ilegítimo y su padre —art. 1.589. En cuanto al derecho y a la situación de los herederos **legítimos**, hallanse distribuidos en cinco grados, al tenor de los arts. 1.924, 1.925, 1.926, 1.928 y 1.929 del precitado Código. Si al tiempo del fallecimiento no existiere **pariente alguno** ni el esposo del difunto, dice el art. 1.936— será heredero legítimo el Fisco del Estado confederado a que pertenezca el causante en el momento del fallecimiento.

Es hecho auténtico que cuando se discutía en la última Asamblea Constituyente, si debía o nó concederse en el Ecuador, herencia a los hijos ilegítimos, hubo Ministro de Estado que proporcionó a los congresistas un Código Alemán, para convencerles de que tales hijos tenían en Alemania derecho en la sucesión legítima; y el error injustificable de quienes no se dieron cuenta cabal del plan científico, interpretan-

do aisladamente las disposiciones relativas a las **reservas** e institución de herederos que contiene dicho Código, contribuyó para que se dictara el párrafo tercero del N^o 19 del art. 151 de la Constitución vigente. Aunque no lo dice claramente el legislador alemán, es incuestionable que la legítima forzosa, es en beneficio únicamente de los parientes próximos del testador, entre los que no se cuentan los hijos ilegítimos, atendiendo a la integridad del sistema que es familiar y sucesorio, por derecho estricto, al orden social que en él estriba, a las condiciones de capacidad jurídica y al estado civil del causa habiente; motivo por el que, antes de ahora, hemos sostenido, que no hay más reservatarios en Alemania, "que los descendientes legítimos, el padre, la madre y el cónyuge". [Arts. 2.303—2.338] (1).

Uno de los defectos que se le atribuye al precitado Código, es que no se descubre a primera vista a qué clase de hijos o descendientes concede la legítima, porque al distribuir la herencia no los distingue por su estado civil y calidad, llamándoles legítimos o naturales, como otras legislaciones lo hacen; pero si buscamos la **ratio legis**, para la comprensión de cada uno de los artículos, en el contexto armónico y sistema integral, en la exposición de motivos, en la filosofía e historia de la ley,—podemos concluir que las **reservas** forzosas, son exclusivamente para los hijos de matrimonio y legitimados, cuya cuota hereditaria es la **mitad como parte legal**, o sea la mitad del valor de los bienes mortuorios, convertida en crédito, ya que el heredero tiene derecho a que se le pague si no en bienes, en dinero. Esto no ocurre en el Ecuador, donde la legítima, no es un derecho **ad rem**, sino, real, **in re**, en la universalidad del patrimonio, **res universitatis**.

"Cuando un descendiente del difunto queda excluido de la sucesión por una disposición testamentaria, dice el art. 2.303 del Código Alemán—podrá exigir del heredero su **reserva**. Consistirá ésta en la mitad del valor de la parte legada. El mismo derecho tendrá el padre, la madre y el esposo del difunto cuando sean excluidos de la sucesión por disposición de última voluntad".

AUSTRIA.—Como las relaciones de familia se establecen en el contrato de matrimonio, según lo declara el art. 44, de él se derivan los derechos y obligaciones entre los progenitores y los hijos legítimos. A éstos les corresponde toda la

masa hereditaria de bienes dejados por el difunto.

Sólo a los hijos legítimos, y a falta de ellos a sus padres, se les debe la porción de legítimas—art. 762—que está obligado a dejar el testador, cuya cuota es la *mitad*, para los primeros. Al cónyuge supérstite del difunto, tenga o no bienes propios, le corresponde en usufructo, cuando haya tres o más hijos, una porción igual a la de cada uno de ellos, y la cuarta parte si el número de hijos fuese menor de tres—art. 757.

Los hijos ilegítimos no tienen derecho alguno, en la sucesión intestada del padre, ni tampoco en la de los abuelos, ni en la de los otros consanguíneos paternos o maternos. Respecto de la madre, prescribe el art. 757 del Código Austriaco, que tendrán los hijos ilegítimos, en la sucesión intestada los mismos derechos que los legítimos, en el patrimonio que **libremente** puede la mujer transmitir a los herederos. Una disposición semejante a ésta, contiene el art. 2.119 del Código Civil de Sajonia.

No gozan tales hijos ilegítimos de los derechos de familia y de consanguinidad, según el art. 105 del Código Civil de Austria, no están sujetos a la patria potestad, pero si tienen derecho a exigir alimentos y educación. En el patrimonio de los hijos ilegítimos no legitimados, la sucesión sólo corresponde a la madre—art. 756; el padre, los abuelos y demás consanguíneos están excluidos de ella.

En Suiza, entre los parientes legales, se cuentan los parientes naturales que tienen por la **parte materna**, los mismos derechos sucesorios que los legítimos, según el art. 461. Lo propio ocurre en Suecia, por la Ley especial de 17 de Marzo de 1905, contenida en este Artículo Único: "Los hijos naturales percibirán una parte igual a la de los legítimos en la herencia de su madre y de sus parientes maternos; no tendrán, en su consecuencia, crédito alguno especial alimenticio sobre la sucesión de su madre". Según el inciso 2º de este mismo artículo, si el interesado "no se presentare dentro del año y un día de abierta la sucesión para reclamar del que estuviere en posesión de la herencia, o ante el Tribunal o el Juez, será declarado decaído de su acción".

Como precedente histórico, recordemos que la Ley 11, Tit. 13, Partida 6, les daba a los hijos naturales participación en la herencia de la madre, lo mismo que a los legítimos. Ese derecho se estableció antiguamente dada la certeza de la filiación respecto a la madre, cuya evidencia se creyó que no podría jamás ponerse en duda, manteniendo hasta en sus últimas consecuencias ese principio y el de la unidad de la su-

cesión.

Nuestro Código Civil inspirado en principios más filosóficos y normas más científicas, no establece diferencia de sexo ni atiende al **origen** de los bienes para reglamentar la sucesión; antes bien prescribe, como regla general, que los hijos legítimos excluyen a toda otra clase de herederos, llamando en su falta a los hijos naturales y ascendientes legítimos del finado, a repartirse la herencia, con el cónyuge sobreviviente.

Por lo demás, la maternidad puede ser disputada, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Y esa impugnación podrá hacerse aun cuando haya reconocimiento de parte de la madre, o sentencia del juez que la declare, por las personas interesadas para ello, dentro del plazo que la ley señala; entre las que se cuentan los herederos que lo sean del supuesto padre o madre, siempre que sufran perjuicio en la sucesión testamentaria o abintestato de éstos, con tal que no hubiesen tenido parte los impugnadores en el fraude de falso parto o suplantación, porque es un principio general de justicia que el dolo no aprovecha a su autor. (Arts. 290, 292 y 293 del Código Civil Ecuatoriano).

La verdadera madre, aunque ilegítima, puede impugnar la maternidad de otra, conforme al art. 288 inc. 2º, para exigir alimentos al hijo, reivindicando para él los derechos de familia; así como "puede la esposa reclamar contra la legitimidad del intruso, impugnando su propia maternidad que se le atribuye por causa de suplantación del hijo". Luego no hay certeza plena ni en la maternidad que está sujeta a controversia y revisión, mucho menos en la paternidad que puede ser simulada y ficta, para que el legislador con criterio absoluto conceda a los hijos naturales, el mismo derecho hereditario que tienen los legítimos, en la mortuoria de la madre, como si fuese idéntica la condición jurídica de unos y otros.

ESPAÑA.—La legítima española que corresponde a los herederos forzosos, se halla definida por el art. 806, entre los que se cuentan si faltan hijos y descendientes legítimos, a los padres y ascendientes legítimos. El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y por fin, el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los arts. 834, 835, 836, 837, 840, 842 y 846.

Constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos las **dos terceras partes** de la herencia de sus padres. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de la referida cuota, para aplicarla como **mejora** en favor de tales

herederos. La tercera parte restante será de libre disposición—art. 808.

Según el art. 834 del mismo Código Español, el cónyuge sobreviviente no divorciado tiene en **usufructo** derecho a una cuota igual a la que corresponde, por legítima, a cada uno de los hijos o descendientes legítimos no mejorados. Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos o hijos naturales legalmente reconocidos—dice el art. 840—, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del **tercio de libre disposición**, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral. A los hijos naturales podrá satisfacerse esa cuota en dinero o en otros bienes.

Los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la mitad de la parte de la herencia de libre disposición, en caso de concurrir con ascendientes legítimos; y a falta de éstos, sucederán abintestato al difunto en toda la herencia—arts. 841 y 937.

No gozan del derecho de herencia, en España, los hijos ilegítimos, sólo tienen derecho a alimentos—art. 845.

BELGICA.—La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por herencia a la prole legítima. El art. 756, declara, que los hijos naturales no son herederos sino en el caso de haber sido reconocidos legalmente. Su derecho condicionado, se entenderá en la siguiente forma prescrita por el art. 757:—Si el padre o la madre han dejado descendientes legítimos, el derecho del hijo natural será de una tercera parte de la porción hereditaria que corresponde al legítimo en la sucesión intestada; de la mitad cuando el difunto no dejare descendientes, pero si ascendientes o hermanos, y de las tres cuartas partes, a falta de estos últimos. A los adúlteros o incestuosos la ley belga no les concede más que alimentos—art. 762.

En último lugar, cuando el difunto no deja parientes en grado sucesible pertenecerá la herencia al cónyuge no divorciado, en cuotas de usufructo que son variables, según la Ley de 20 de Noviembre de 1896, reformatoria del art. 767 del Código Civil Belga.

Las donaciones o dádivas hechas por contrato o por **testamento**, no podrán exceder de la **mitad** de los bienes del antecesor, si a su fallecimiento dejase un solo hijo legítimo; de la tercera parte si dejare dos; y de la cuarta si fueren tres o más.

VENEZUELA.—Al padre, a la madre, y a todo ascen-

diente, suceden sus hijos legítimos o los descendientes legítimos de éstos. Esta es la regla general establecida por el art. 813 del Código Civil Venezolano, sin otra excepción que la siguiente: 'A los hijos y descendientes legítimos se equiparan los **naturales**, en cuanto al derecho de suceder a su **madre natural** y a los ascendientes de ella'.

Si el **de cuius**, en Venezuela, ha sido hombre y no ha dejado posteridad legítima, le suceden sus ascendientes legítimos o naturales, sus hijos naturales o los descendientes de éstos, y su cónyuge, dividiéndose la herencia en tres partes—art. 815:—"Una para los ascendientes, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales o los descendientes de éstos". Conforme declara la ley venezolana, "hijos y descendientes **naturales** son aquellos cuya filiación consta por reconocimiento expreso o por sentencia judicial que haya declarado la paternidad o la maternidad natural".

La capacidad de testar empieza a los diez y seis años, en Venezuela, a menos que el testador sea viudo, casado o divorciado—art. 826. La legítima es la **mitad** de los bienes del testador, si éste al morir no deja más de dos hijos legítimos; y **dos tercios** si deja tres o más—art. 869. Para la legítima a que tiene derecho el cónyuge sobreviviente, se lo incluye en el número de los hijos, bajo cuya denominación se comprende sólo a los **legítimos**, según los arts. 869 y 870. Los hijos naturales se equiparan a los legítimos cuando la persona que haya hecho el testamento fuere su **madre natural**. Los hijos naturales de la hija legítima tienen el derecho que a ésta correspondería en la herencia de su madre, y así sucesivamente los demás descendientes cuya filiación natural sea uterina.

"Si el testador fuere hombre y no dejare hijos ni descendientes legítimos, dice el art. 871 del mismo Código Civil de Venezuela—pero si cónyuge, uno o más ascendientes legítimos o naturales, la legítima, será **tres sextos** de la herencia, de los cuales uno corresponderá al cónyuge, otro al ascendiente o ascendientes, y otro al hijo o hijos naturales".

ARGENTINA.— Al hablar de la sucesión intestada, prescribe el art. 3.565 del Código Civil, que los hijos legítimos, sean de un solo o de varios matrimonios, le heredan a su autor, por derecho propio y en partes iguales, contándose entre ellos el viudo o viuda, según el art. 3.570, salvo los derechos que en el Título IX, Capítulo IV, se dan a los hijos naturales, si concurren simultáneamente. A éstos se les concede la cuarta parte de la herencia de aquéllos. Para obtener esta parte, dice el art. 3.579,—se supondrá cuádruplo el número de

los hijos legítimos, y se agregará el número de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuanto sea el número de los hijos ficticios: cada hijo natural tomará una parte, y cada legítimo cuatro partes.

Si quedaren ascendientes legítimos, se dividirán entre sí de la mitad de la herencia, y la otra mitad será para el viudo o viuda y los hijos naturales—art. 3.581: de modo que el cónyuge sobreviviente tendrá la cuarta parte de la sucesión, y la otra cuarta parte el hijo o hijos naturales. De no existir colaterales hasta el sexto grado, los bienes de la sucesión intestada del difunto pasan al Fisco, Provincial o Nacional.

La porción **legítima** de los herederos forzosos está limitada, si son hijos legítimos, a los **cuatro quintos** de la herencia; y si son ascendientes, a los **dos tercios**, según los arts. 3.593 y 3.594. El resto es de libre disposición. No existen mejoras. En la distribución de la porción legítima antedicha, debe observarse lo dispuesto en los arts. 3.570, 3.571, 3.579 y 3.580 del Código Civil Argentino.

No pueden testar los menores de edad de diez y ocho años, de uno y otro sexo—art. 3.614. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos, según lo establece el art. 3.594. A esa porción legítima tienen derecho todos los llamados a la sucesión intestada—art. 3.593—en el orden y modo determinado en los cinco primeros casos del Título IX, a saber: descendientes y ascendientes legítimos, cónyuge, hijos naturales y padres naturales.

En otro lugar hemos visto que, en la Argentina, se llama hijo **natural**, no sólo al reconocido de modo solemne y voluntario por sus padres, sino también cuando ha sido declarado tal hijo, por fallo judicial, en los casos de investigación, que la ley prohíbe respecto a los adulterinos, incestuosos y sacrilegos, quienes ante la ley no tienen parientes legales—art. 342.

PERU.—Son forzosos los herederos cuando la ley ha establecido la obligación de instituirlos, conforme prescribe el art. 673 del Código Civil; a diferencia de los voluntarios, que nombra el testador sin tener esa obligación. De los padres, abuelos y demás ascendientes, son herederos forzosos los hijos, nietos y demás descendientes legítimos, sin distinción de matrimonio—art. 638.

Bajo el epígrafe **DE LO QUE SE PERMITE Y DE LO QUE SE PROHÍBE A LOS TESTADORES**, en el Título IX de la SECCION CUARTA, que trata del modo de adquirir el

dominio de la herencia, el art. 696 del Código Peruano, limita el derecho de los padres o ascendientes: sólo pueden disponer hasta del **quinto** de sus bienes, cuando tienen hijos o descendientes legítimos, o hijos adoptivos. Esta facultad de disponer de la quinta parte de sus bienes, corresponde también al padre natural y a la madre que no es legítima, según el art. 698, en los casos en que tienen por herederos forzosos, a sus hijos naturales o ilegítimos.

En el Título IX, de la sucesión de los hijos ilegítimos, el art. 891, establece que éstos no tienen ningún derecho de suceder en los bienes del padre, ni en los de los parientes de éste, excepto los naturales **reconocidos**. Estos por el hecho del reconocimiento tienen la calidad de herederos forzosos, observándose las reglas siguientes, conforme al art. 892:—1º Heredarán el todo, cuando el padre no tenga descendientes, ni ascendientes legítimos, ni madre participe en la herencia:—2º Heredarán la mitad, cuando no haya descendientes legítimos, pero si ascendientes de los expresados en la regla anterior:—3º Heredarán el quinto, habiendo hijos o descendientes legítimos.

El testador puede instituir por universal heredero a su hijo natural, aun cuando tenga ascendientes legítimos—art. 701. La ley peruana califica de natural al hijo concebido al tiempo en que el padre o la madre no tenían para casarse, ninguno de los impedimentos expresados en los nueve primeros incisos del art. 142, entre los que se cuenta el parentesco por consanguinidad en la línea recta, afinidad en la misma línea, órdenes mayores, matrimonio, mientras viva el cónyuge, &c. Los derechos de hijos naturales reconocidos, dice el art. 237, no se adquieren por sentencia en que se declare la paternidad, excepto si es a consecuencia de un juicio de raptó o estupro.

Los hijos ilegítimos son herederos forzosos de la madre, si ésta no dejare descendientes legítimos—art. 896; y en concurrencia con éstos, aquéllos heredarán sólo la quinta parte de los bienes, de su madre—art. 897.—En el Perú, está destinado el quinto de los bienes, al tenor del art. 700, en favor de los "hijos naturales e ilegítimos", en este caso y en otros en que éstos concurren con "herederos forzosos"; y sólo podrá gravarse dicho quinto con mandas que no excedan de su **sexta parte**. Con este sistema de sucesión impuesta por la ley, la incapacidad del testador para disponer de sus bienes es absoluta, equivale a que sea intestada la sucesión testamentaria; porque la sexta parte del quinto para mandas no llega ni al cuatro por ciento de la herencia global.

Según acabamos de ver, no tienen derecho a heredar **abintestato** los hijos ilegítimos, en la sucesión del padre, sino únicamente a que se les de alimentos que se extraen del quinto de los bienes—arts. 913 y 915. La viuda que carece de lo necesario para subsistir, heredará la cuarta parte de los bienes del marido que ha muerto con testamento o sin él—art. 918; y para que el viudo tenga derecho a ella, deberá ser mayor de sesenta años, inhabilitado o habitualmente enfermo. Dicha cuarta conyugal que se extrae después de rebajar el quinto, no podrá exceder a la legítima, ni menos pasar de ocho mil soles, habiendo hijos o descendientes legítimos—arts. 919 y 920.

Esta restricción de la ley peruana, nos recuerda la de la cuarta marital que figura en el Código de las Siete Partidas, como deuda alimenticia para la viuda en la sucesión del esposo premuerto, con la condición: **Que esta cuarta parte no debe montar más de cien libras de oro, cuanto quiera que sea grande la herencia del finado.**

BRASIL.—Como no tratamos de analizar detalladamente en sus raíces el derecho sucesorio que tiene fisonomía distinta, según los usos y tradiciones de los diversos Estados, sino de caracterizarlo históricamente, por los rasgos más sobresalientes que presenta la herencia en algunos Códigos que están a nuestro alcance,—no podemos ocupar sino reducido espacio en este ensayo de investigación y síntesis legislativa.

En el Título 11, del Libro IV, DELA SUCESION LEGITIMA, el Código Brasílero, consagra para su estudio integramente el Capítulo 1, y al definir EL ORDEN DE VOCACION HEREDITARIA, equipara a los hijos legítimos con los legitimados, y a los naturales y reconocidos con los adoptivos. Se les priva de herencia a aquéllos, cuyo reconocimiento no se hubiese verificado en forma legal, así como a los adúlteros e incestuosos que no pueden ser reconocidos, cuya incapacidad se halla establecida por el art. 358.

El hijo natural reconocido o el que hubiese sido adoptado legalmente, cuando concurren con hijos legítimos, sólo tienen derecho a la mitad de la herencia de uno de éstos; y en caso de existir prole legítima antes de la adopción, ésta no puede realizarse. (Arts. 368 y 1.605). No habiendo herederos, en el orden de los descendientes, son llamados a la sucesión intestada los ascendientes—art. 1.606; y si éstos no existen, se defiere el llamamiento al cónyuge sobreviviente, si al tiempo de la muerte del otro, no estuviere divorciado—art. 1.611. Se halla limitado el derecho sucesoral, hasta el sexto grado.

Es incapaz de otorgar testamento, el menor de diez y

seis años—art. 1.627. No puede disponer de más de la mitad de sus bienes el testador que tuviere descendientes o ascendientes con derecho a sucederle, conforme al art. 1.721 del Código del Brasil; y la otra mitad, por el ministerio de la ley, corresponde a los herederos **necesarios**, que así se llaman los descendientes y ascendientes legítimos.

HONDURAS.—Tal como ocurre en Portugal y España, el Código Civil de Honduras, empieza el tratado de las sucesiones por los testamentos, para los que se hallan incapacitados los menores de catorce años de uno y otro sexo; y después se ocupa de la herencia intestada, que se denomina **legítima**, por estar estatuida y reglamentada por la ley. Toda persona hábil puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos, sin más limitación que la de las asignaciones forzosas—art. 960.

Estas asignaciones forzosas consisten en un crédito u obligación personal, cual es el derecho a alimentos que en la mortuoria del testador tienen sus hijos o descendientes legítimos, los naturales que éste hubiese reconocido legalmente, y en última escala, los ilegítimos, en los casos de investigación de la paternidad o maternidad, a que se refiere el art. 117 del Código Civil. La pensión alimenticia para tales hijos ilegítimos, comprende únicamente “los auxilios necesarios para la subsistencia”. En estos casos que se hallan contemplados en los arts. 995 y 996, no es el principio de la herencia, como derecho real, que predomina, o sea la propiedad privada que en otras legislaciones se transmite, **res universitatem**, a título universal, consagrando la legítima, como una cuota específica, en el patrimonio que llamamos familiar; pues tanto en Honduras, como en Costa Rica, y en otros países donde existe la libre testamentación, es acto de libre voluntad, sin que por ello sufran perjuicio los acreedores ni haya detrimento respecto a las deudas que las tenía contraídas el testador, entre las que se hallan los alimentos que por la ley está obligado a satisfacer forzosamente a ciertas personas. Lo propio ocurre en Méjico, donde no existe otra relación jurídica que la de acreedor y deudor por razón de los alimentos que debe el causante a sus hijos, haya o nó testamento.

En condición privilegiada se halla el viudo o viuda que tiene derecho a la quinta parte de la herencia en concepto de alimentos, con tal que no hubiere pasado a otras nupcias, ni haya estado separado o divorciado al morir su consorte, conforme dispone el art. 994 del mismo Código de Honduras.

En la sucesión legítima o intestada, la proximidad del

parentesco se determina por el número de grados, o sea de generaciones; cada serie forma una línea. La sucesión corresponde, en primer lugar, a la línea recta descendente; los hijos legítimos y sus descendientes, suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, por derecho propio o por derecho de representación, como en todos los Códigos de naciones cultas. (Arts. 1.064, 1.065 y 1.066).

A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales—art. 1.069. "A falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en toda la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos", según el art. 1.072 del citado Código. No tiene derecho el hijo natural a suceder abintestato a los padres y parientes legítimos del padre o madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural—art. 1.076.

No se extiende más allá del sexto grado el derecho a heredar en favor de los colaterales. Al cónyuge viudo la ley hondureña le asigna igual porción que a cada uno de los hijos legítimos del difunto, sus nietos y demás descendientes: así como en la línea recta ascendente, si concurre con los padres llamados a la sucesión—arts. 1.088 y 1.089. Por lo demás, la institución de heredero es un acto enteramente voluntario y libre, de igual modo que lo es la aceptación o repudiación de la herencia, sea testada o intestada.

URUGUAY.—El Código de esta República Oriental, observa el mismo sistema que la legislación portuguesa y hondureña, española y austriaca, ocupándose primeramente de la sucesión testamentaria, y después de la forzosa o intestada. Este plan legislativo defendido por Gabba, es contrario al romanista seguido por Roguin y por la mayor parte de los Códigos actuales, que conforme al proceso estrictamente lógico y científico, consignan como regla general el hecho de la herencia **ab intestato**, que la distribuye y reglamenta la ley, y que históricamente es una institución civil, anterior a la existencia, al concepto y a la naturaleza misma del testamento.

Como en Chile y el Ecuador, en Uruguay, no pueden disponer por testamento los impúberes, esto es, los varones menores de catorce años, y las mujeres menores de doce; y en cuanto al sistema general de solemnidades que requiere el acto testamentario, a sus efectos jurídicos, y a los derechos y obligaciones que adquiere el heredero, no hay sustancial diferencia en tales legislaciones. No figura en la uruguayana el privilegio de las mejoras. En consecuencia, las asignaciones forzosas están reducidas, según el art. 845, a los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, a la porción con-

yugal y a las legítimas.

Define la **legítima** el art. 859, considerándola en la sucesión **mortis causa**, como la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador, que de ella no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación. Según el art. 860 tienen legítima, como herederos forzosos:— 1º. Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos.— 2º. Los ascendientes legítimos.— 3º. Los hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima. Esta es copia literal del Código Civil ecuatoriano, con la única diferencia de que entre tales legitimarios, no se hallan los **padres naturales**.

Siguiendo el mismo sistema de reparto de la legítima que hace el Código de Napoleón, el legislador uruguayo la distribuye en esta forma. "Habiendo solo un hijo legítimo o descendencia con derecho de representarlo, será la porción legitimaria la **mitad** de los bienes; si hay dos hijos, las **dos terceras partes**; si hay tres o más hijos, las **tres cuartas partes**". (Art. 862). "No habiendo hijos legítimos, ni descendencia con derecho de representarlos, la porción legitimaria será la mitad de los bienes, que se dividirán en **cuatro partes**: tres de ellas para la legítima, y la otra cuarta parte para los hijos naturales. Si éstos faltan, la mitad integra formará la legítima de los ascendientes. A falta de descendientes y ascendientes legítimos, la totalidad de los bienes se dividirá en cuatro partes, y una de ellas o sea la cuarta parte, será la porción legitimaria de los hijos naturales. Lo que resta del acervo, deducida la porción legitimaria, según lo dispuesto en los precedentes incisos, es la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer en vida o en muerte a favor de cualquiera, aunque sea extraño".

El orden de llamamientos a los herederos en la sucesión intestada, es casi idéntico al del Ecuador, figurando en primer lugar los descendientes legítimos que excluyen a todos los otros herederos: sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al marido o mujer sobreviviente, según dispone el art. 1.000 del Código Uruguayo. La cuantía, caracteres sustanciales, naturaleza y concepto científico de la porción conyugal, son copia del Código Civil Chileno.

EL SALVADOR.—Esta República conducida a través de las revoluciones y del caudillaje político, entre todas las de la América Central, es sin duda alguna la que ha introducido en el Código Civil, reformas de lo más violentas y radicales, como la realizada por la Ley del año 1.912, entre las que

figura la representación concedida a la madre ilegítima y administración de los bienes de sus hijos menores, con los mismos derechos y obligaciones que confiere la patria potestad—art. 44.

Considerando intimamente ligada la prueba de la filiación al hecho del parto, son llamados a la sucesión intestada de la mujer, toda clase de hijos, el padre legítimo, la madre legítima o ilegítima y el cónyuge sobreviviente, siendo entre ellos divisibles los bienes hereditarios, en la forma que la ley determina.

No ocurre lo mismo en la sucesión del padre, porque en primera categoría figuran los hijos legítimos, y sólo a falta de éstos pasa la herencia a los hijos naturales reconocidos que suceden en junta de los ascendientes y el cónyuge a la persona que falleció, según lo dispuesto en el art. 1.019.

Es de observar que el parentesco de consanguinidad uterina, surte plenos efectos civiles, como si fuese proveniente de matrimonio, en cuanto al haber hereditario que hubiesen dejado la madre, la abuela ilegítima y hermanos de la madre. En sexto grado concurren sólo los primos hermanos legítimos; y en último lugar defiere el Código Salvadoreño, la herencia abintestato a la Universidad y Hospitales.

Sólo respecto al padre hay diferencia entre los hijos naturales y los ilegítimos no reconocidos por éste, no así en cuanto a la madre para la que unos y otros gozan de los mismos derechos, sin que tales hijos necesiten prueba preconstituida a más de la partida de nacimiento, en la que deberá constar su estado civil. La guarda del hijo ilegítimo corresponde a la madre, y, en su defecto, al padre natural. Estas reformas fueron introducidas al Código Civil de la República de El Salvador en 7 de Octubre de 1.903.

Por lo demás, desde hace mucho tiempo, está vigente el sistema de libre testamentifacción. “El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto su patrimonio con arreglo a la ley”. Esta es adición al art. 1.032.

Esas reducciones consisten en la deuda alimenticia, cuando el testador no les hubiere instituido como herederos a sus hijos, ascendientes y cónyuge. El art. 1.192, se halla reformado así: “Los alimentos debidos por ley a los descendientes, ascendientes y cónyuge del difunto, gravan a la masa hereditaria y se computarán en las proporciones siguientes: si los descendientes o ascendientes fueren legítimos, dividirán entre sí y con el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, por iguales

partes, el **tercio** del haber hereditario. Si unos u otros fueren ilegítimos, éstos llevarán por razón de alimentos la **mitad** de lo que les correspondería según el caso anterior (o sea la sexta parte), acreciendo la otra mitad a la porción de los legítimos, si los hubiere, y a la del cónyuge sobreviviente; y si no existiere más que éste, recibirá la **cuarta** parte del haber”.

En el Ecuador, Chile y Colombia, las legítimas abarcan la **mitad** de los bienes, como cuota fija o invariable cualquiera que sea el número de los hijos legítimos, previas las deducciones a que está sujeta toda sucesión **mortis causa** y ciertas acumulaciones al acervo líquido, para que ninguno sufra menoscabo o detrimento en su haber hereditario. A esta regla universal también está sujeta la legítima de los ascendientes; sólo que cuando concurren a la sucesión del finado, con los hijos naturales de éste y el cónyuge sobreviviente, en vez de la mitad les corresponde a aquéllos las tres cuartas partes del acervo líquido. (Art. 979 de nuestro Código Civil).

Según las legislaciones de Italia, Austria y Alemania, hemos visto que de igual modo la legítima consiste en la **mitad** de la herencia, objetivamente; y llega a los **dos tercios**, en Portugal y España, y a los **cuatro quintos** de los bienes del testador, en Guatemala, sean pocos o muchos los herederos forzosos.

La institución de las legítimas es propia del Derecho Romano, existieron antes de Justiniano y él las reglamentó en la Novela 118, del modo siguiente:—Si los hijos legítimos no excedían de cuatro, les correspondía la **tercera** parte de los bienes dejados por sus ascendientes, y la **mitad**, si eran más de cuatro.

Semejante distribución poco científica, ha servido de norma a varios Códigos antiguos y modernos, entre ellos al de la Luisiana, cuya legítima era de un tercio para el hijo único, la mitad de la herencia cuando existían dos, y dos tercios de la misma, si era tres o más.—“Según el Código Prusiano, la legítima consiste en un tercio si los hijos no pasan de dos, en la mitad si son tres o cuatro, y en los dos tercios si son cinco o más”.— En Venezuela la legítima es la mitad de los bienes del testador, si éste al morir no deja más de dos hijos legítimos; y dos tercios si deja tres o más.

Con esta división subjetiva que es de lo más arbitraria, es preciso examinar, en cada caso concreto, el número de herederos, complicándose el sistema distributivo y las operaciones del partidor; lo que no ocurre, entre nosotros, en que la fórmula de las legítimas se refiere a la unidad o sea al

haz hereditario, es uniforme, general y absoluta.

De estos antecedentes se deduce que ha existido y existirá completa variedad legislativa, en las legislaciones de los diversos Estados, en cuanto a la forma y cuantía del derecho sucesorio y su extensión familiar, siendo ésta una de las materias más difíciles de resolución para la Sociedad de las Naciones y para los Congresos Internacionales, que tratan de vencer los obstáculos de todo género que se presentan, para conseguir la unificación del Derecho Privado, cuyo tronco secular es el Derecho Civil.

Resumiendo principios y doctrinas científicas, en la revista de las leyes contenidas en los Códigos que acabamos de enumerar, resulta: la incapacidad de los hijos ilegítimos para ser instituidos herederos, como regla general y casi uniforme, en todos los Continentes y países civilizados. Se exceptúan los hijos naturales, reconocidos por sus padres, que gozan de herencia y de otras prerrogativas inherentes a su estado civil. En todas las esferas del derecho positivo en las que se manifiesta y desenvuelve la vida jurídico-social, esa incapacidad es absoluta, especialmente en tratándose de los hijos de dañado ayuntamiento, que sólo tienen derecho a alimentos, cuales son los adúlteros, incestuosos y sacrilegos, cuya inferioridad de condición proviene de un impedimento no dispensable por ninguna ley civil o eclesiástica y de la imposibilidad que han tenido sus padres para unirse en matrimonio.

Como ideal de la cultura en unidad armónica, fijo e inalterable se ha mantenido este principio de moral pública y profilaxis social, en todos los pueblos ilustrados, en todas las naciones que se precian de civilizadas, en homenaje a las creencias religiosas y normas de estricta justicia, al derecho formulado y vivido, familiar y sociológico, a las relaciones jurídicas que se derivan, ya de la institución universal del matrimonio, ya del estado civil de hijos naturales, mediante el reconocimiento libre y voluntario de los padres que tienen la certeza y conciencia íntima de ser tales, sin que haya habido impedimento al tiempo de la concepción.

La historia interna de legislación comparada, que es la del hombre y de la sociedad en que él vive, nos demuestra que a pesar de cambios sucesivos de sistemas y reformas radicales, en ninguna parte se les ha incorporado a la familia legítima a los hijos de dañado ayuntamiento, ni dado participación en la herencia del padre, cual si fuesen habidos en matrimonio.

Si la ley les concediera el mismo derecho de los legíti-

marios, a pesar y por encima de toda diferencia, habría destruido por su base la teoría del parentesco legal y la institución familiar de las legítimas: entonces, lejos de prohibir, el legislador, habría permitido el reconocimiento de tales hijos, para establecer entre ellos y su autor, derechos y obligaciones civiles, en toda su amplitud y trascendencia.

Para proclamar, jurídicamente, no sólo como ideal, sino como sistema unitario y armónico de valores absolutos, la igualdad sobre la civilización, hay que derogar el derecho realizado y con él, el Código Civil. Pero es el caso que hay garantías permanentes individuales y sociales, como la protección que debe el Estado al matrimonio y al haber familiar, hay impedimentos que ni él ni la Iglesia no puede dispensarlos, como los que dimanán del primero y segundo grado de consanguinidad y del vínculo matrimonial no disuelto; y mientras subsistan esas prohibiciones de orden público, de ley divina y humana, para todas las religiones y todos los pueblos por escasa que sea su cultura, las consecuencias son las mismas, en cuanto al incesto y al adulterio, que no producen efectos jurídicos, a más de la deuda alimenticia.

Resuena hoy en las Cámaras, conmoviendo hondamente los cimientos de la familia y de la sociedad, el problema trascendental relativo a la herencia y nivelación de los hijos ilegítimos, que no es puramente abstracto o filosófico, sino de categoría fundamental y consecuencias prácticas, cuyas artificiosas proyecciones en el campo del Derecho Civil y la Jurisprudencia, equivalen a un incendio, a un terremoto, a una revolución de ideas y doctrinas.

Para nuestros Solones y Licurgos, son anacrónicos e inhumanitarios los Códigos Civiles del pasado siglo, cuyo plan científico y método riguroso, forman la gloriosa pirámide del Derecho constituido y la cúspide de toda Filosofía, enalteciendo la obra de Napoleón, de Bello, de Vélez Sarsfield, de Freitas, de Tristán Narvaja y de otros insignes legisladores, conforme al más alto grado de civilización de los pueblos, a sus necesidades racionales y variadas exigencias, a la Filosofía, a la Moral y a la Justicia que son su última expresión. Al Derecho positivo, como ciencia biológica y ética, es preciso que el materialismo lo destruya y arroje al fuego, juntamente con la evolución y conquistas del pensamiento humano, con la cultura intelectual y el progreso de naciones más ricas y florecientes que el Ecuador.

Los sabios de Grecia, los decenviros y tribunos de Roma, los legisladores de Atenas, los filósofos y publicistas de la antigüedad y de la Edad Media, la pléyade de jurisconsultos

tos lumbreras, cuyas obras han derramado torrentes de luz y sabiduría en el planeta, ¿acáso han sido unos bárbaros, unos ignorantes, por no haber intuido la metafísica igualitaria de los soviets de Rusia?—Con la nivelación de los hijos, en el Ecuador, está descubierta la clave de la jurisprudencia, la piedra filosofal que marca la primera etapa de infantilismo por la que han atravesado ancestralmente los pueblos, que están juzgados por el Tribunal de la Historia, cuya vida materializada fué la de comunidad de bienes y de mujeres, la del hetairismo y amor libre, en torno a la esclavitud de tiempos que pasaron.

Como los extremos se tocan, con el positivismo actual, ¿la abundancia de la civilización, será causa de regresión e ignorancia?—No hace mucho que un notable escritor lanzó este interrogante a los legisladores, y lo grabó en las espaldas del pueblo que por ellos soporta toda clase de contribuciones y servidumbres.

Nivelación de los hijos habidos fuera de matrimonio.—Proyecto

de las décimas que les concede la Academia de Abogados de Quito.—Sus vacíos, imperfecciones y erratas.

En cumplimiento de una honrosa comisión del Ministerio de Justicia, la Academia de Abogados de la Capital de la República, ha confiado la elaboración de **EL PROYECTO DE LEY**, con el fin de armonizar las disposiciones del Código Civil, con el numeral 19 del art. 151 de la Constitución, a tres distinguidos miembros de tan docta Corporación, que son los Señores Doctores José María Ayora, Francisco Pérez Borja y Vicente Enriquez, quienes, como resultado de sus estudios, han presentado para su discusión el referido PROYECTO, que acaba de dar a luz la prensa, y que lo copiamos a continuación:

“El Congreso de la República del Ecuador.....Decreta:
Las siguientes reformas al Código Civil:”

“Art. 1º.—En lugar de los Arts. 30 y 31, póngase el siguiente: Los hijos son legítimos e ilegítimos. Legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surte efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción. **Ilegítimos** los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por

su padre o madre; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial”.

“Art. 2º—Suprimanse los Arts. 32, 33 y 34”.

“Art. 3º—El Art. 35 dirá:—“Las denominaciones de legítimos e ilegítimos que, según las definiciones precedentes, se dar a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres”.

“Art. 4º—El inciso 2º del Art. 36 dirá:—“Para los efectos legales, sólo se considerarán como hermanos ilegítimos entre sí, los que son hijos ilegítimos de un mismo padre o madre habiendo sido reconocidos voluntariamente como tales por uno de éstos o por ambos, o sido declarados ilegítimos por decisión judicial, los que tendrán igual relación con los hijos legítimos del mismo padre o madre”.

“Art. 5º—En el Art. 37, en vez de “Y si fuere hijo natural”, póngase:—“su padre y madre que le han reconocido o que han sido declarados ilegítimos por el juez y los hermanos ilegítimos”.

“Art. 6º—El Art. 104 dirá:—“El hijo ilegítimo que no haya cumplido veintiún años, estará obligado a obtener el consentimiento de su padre o madre ilegítimos, y si ambos viven el del padre”.

“Art. 7º—Suprimase el Art. 198”.

“Art. 8º—El Art. 199 en lugar de: “Menos en los casos de los Arts. 197 y 198”, póngase:—“Menos en el caso del Art. 197”.

“Art. 9º—El Art. 200 dirá:—“El matrimonio de los padres legítima también *ipso iure* a los hijos ilegítimos que han sido reconocidos voluntariamente, o que han sido declarados tales por el juez, siempre que al momento de la concepción, hayan los padres podido casarse”.

Interpretando de un modo libre y extensivo la declaratoria de la Constitución, relativa a que “los hijos ilegítimos también tienen derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en la proporción que determine la ley”, se ha redactado el art. 1º del Proyecto que nos ocupa, en el falso concepto de que de antemano se halla establecida la igualdad de derechos, borrando las diferencias léxicas y jurídicas, científicas y sociales, que existen entre los hijos naturales, los de dañado ayuntamiento, y los simplemente ilegítimos, a que se refiere el art. 31, que se lo ha refundido con el art. 30 del Código Civil.

Quando el sentido de la ley es claro, no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. No hay para qué destruir los principios científicos y las catego-

rias fundamentales, menos suprimir la clasificación contenida en el art. 31, en la que bajo la denominación **genérica** de hijos ilegítimos, se hallan, como hemos visto, en la pág. 75:— “1º, los naturales; 2º, los de dañado ayuntamiento; y 3º, los simplemente ilegítimos”.

La supresión de los arts. 32, 33 y 34 del Código Civil, es debida al pensamiento fundamental del Proyecto, cual es de no establecer distinción ninguna entre estas clases de hijos, como si todos tuvieran el mismo origen y estado civil, como si el concubinato entre personas no impedidas para el matrimonio fuese idéntico al incesto, y el incesto al adulterio, para que generen tales hechos ilícitos derechos y obligaciones iguales.

Hemos de considerar en su fuente primitiva y bajo distintos aspectos el estado civil, que no es sino “la posición social y jurídica del individuo, en orden a sus relaciones de familia”, que le inviste de una suma mayor o menor de derechos y le habilita para ejercerlos, según las diversas condiciones en que se halle colocado respecto a ella. Así lo exigen la razón y la justicia distributiva y el derecho objetivo, que irradian la conciencia humana, a través de innumerables razas y pueblos civilizados.

La prueba del estado civil de hijo natural, o sea el instrumento en que consta el reconocimiento, voluntario y expreso, no es el mismo que la sentencia en la que se declara la paternidad o maternidad.

Por estas y otras razones anteriormente expuestas, la definición de hijos ilegítimos que consta del Proyecto, es de lo más arbitraria e inaceptable, no comprende sino dos especies de hijos **reconocidos**, unos por su autor espontáneamente, y otros por resolución judicial: faculta a los padres a reconocer a toda clase de hijos, confesando un crimen o delito que pudiera acarrearles responsabilidad criminal. No siquiera comprende la definición que criticamos a los **hijos simplemente ilegítimos**, que son los que no han podido obtener reconocimiento sea voluntario o forzado. Las reglas de la severa lógica prescriben que el uso de los vocablos sea adecuado y conveniente y para que la definición no altere su sentido jurídico, debería abarcar con toda claridad y exactitud integralmente a la cosa definida, en su género próximo y diferencia última.

En los arts. 3º y 4º del Proyecto, se introducen modificaciones en armonía con el art. 1º, en la persuasión de que la fórmula de la **igualdad de derecho**, para toda clase de hijos ilegítimos se halla en la Constitución, fórmula que no exis-

te en ninguna de sus disposiciones absolutamente.—El haberles concedido derecho en la herencia de sus padres, no quiere decir que hayan desaparecido las desigualdades de estado civil.

Tampoco satisface la reforma introducida en el art. 5º que se refiere al art. 37 del Código Civil, con el defecto de legislación de contarle al cónyuge en el número de los parientes. El art. 37 deberá decir: "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación: los consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. Si fuere hijo natural, el vínculo de parentesco legal, no se extenderá sino hasta el padre o madre que le hubiesen reconocido, y a sus hermanos naturales, respectivamente. Si fuere hijo ilegítimo, se les reputará parientes de él al padre o a la madre que hubiesen sido declarados tales, por resolución judicial. A falta de consanguíneos en suficiente número, serán oídos el cónyuge, y los afines legítimos".

No tenemos observación ninguna que hacer a la reforma que contiene el art. 6º, y en cuanto a la del art. 7º, opinamos que no debe suprimirse el art. 198 del Código Civil. El art. 8º, es para el caso de que se aceptara dicha supresión.

El art. 9º del Proyecto, no tiene razón de ser, porque si subsiste la calidad de hijos naturales, en el Código Civil, que presupone el reconocimiento de los padres, como un requisito esencial para la legitimación, ésta puede producirse al tiempo del matrimonio o después de él. Como la legitimación surte efectos retroactivos, es necesario que al tiempo de la concepción no hayan tenido ningún impedimento los padres para casarse, sea de parentesco de consanguinidad en grado no dispensable, sea por razón de un matrimonio anterior no disuelto.

De redactarse el art. 200 del Código Civil, como quieren los autores del Proyecto, de hecho se reconocería la desigualdad de condiciones entre los hijos ilegítimos para quienes se permite la legitimación, y aquéllos que no pueden obtener este importantísimo beneficio, por haber tenido sus padres impedimento para contraer matrimonio: lo que implica manifiesta contradicción con la ilusoria igualdad de derechos civiles.

Social y jurídicamente, por lo que respecta a la teoría de la legitimación, hay que tomar en cuenta que ella exige **reconocimiento expreso**, tanto del padre, como de la madre, para que se establezca de una manera visible ante el público y con plena certeza el estado civil para el hijo legitimado, que enfoca doble vínculo de parentesco y consagra la pleni-

tud de derechos, como si fuese concebido y nacido en matrimonio.

No sería voluntario el acto de la legitimación, como lo es ahora, puesto que se produciría coercitivamente respecto a los padres e hijos ilegítimos, previa investigación del juez, de aceptarse la innovación del art. 9º, la que sería contraproducente y anticientífica. La antítesis entre el deber moral y la intemperancia de la ley, haría que por este motivo muchas personas rehuyan el matrimonio. Y si no se ha investigado la paternidad y maternidad, para dichos efectos jurídicos, antes del matrimonio, sino después de haberse celebrado ¿es o no verdad que tales hijos quedarían sin ser legitimados? Entonces este privilegio ya no dependería del juez, sino de la voluntad de los padres únicamente, que serían libres de otorgarlo o no, haciendo uso de la facultad que les concede el art. 201 del Código Civil.

Como consecuencia de la mezcla y confusión de principios científicos aplicados al caso de la legitimación, es evidente que unos hijos serían de peor condición que otros. He aquí por qué creemos que es **conditio sine qua non** para la legitimación, el reconocimiento libre y voluntario de los padres.

Si tomamos al acaso cualquier Código Civil, por ejemplo, el de la República de Honduras, encontramos la misma regla invariable; el art. 99 prescribe que: "Sólo podrán ser legitimados los hijos **naturales**". Esta misma regla encontramos en el derecho europeo: el art. 327 del Código de Holanda, hace palpables las diferencias entre los hijos ilegítimos y está redactado así: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio,—**diferentes en condición** a los que proceden de comercio adulterino e incestuoso—serán legitimados por el casamiento de los padres, cuando éstos les hubieren **reconocido** antes de él o en el acto mismo de su celebración".

En tiempo del Imperio Romano, se podía legitimar por rescripto del príncipe, como, ahora, en España, por gracia del Rey, como si en sus manos estuviera el estado civil y capacidad de las personas. No estamos en Suiza, para que se produzca la legitimación judicialmente, previa demanda del padre, ni en Venezuela, para que ella sea decretada por la Corte Suprema, a solicitud del mismo.— Mucho menos podemos aceptar que "el matrimonio de los padres legitime **ipso iure** a los hijos ilegítimos..... que han sido **declarados tales por el juez**":—esta es una fórmula que contradice el sistema general.

“Titulo XII”. “Del reconocimiento voluntario de los hijos ilegítimos”.

“Art. 10—El Art. 267 dirá: Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos como tales por sus padres, o por uno de ellos; y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido”.

“Art. 11—Suprimase el Art. 268”.

“Art. 12—En el Art. 269, después de “reconocimiento”, póngase “voluntario”, y en el inciso 2º, suprimase la palabra “natural”.

“Art. 13—En el Art. 270 después de “reconocimiento”, póngase “voluntario”, y en vez de “natural”, léase “ilegítimo”.

“Art. 14—Suprimase el Art. 271”.

“Art. 15—El inciso 1º del Art. 272 dirá: El reconocimiento VOLUNTARIO, podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello”.

“Suprimanse las reglas 3º y 4º del Art. 272; y la regla 5ª dirá: No haberse otorgado el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley”.

Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, no deben ser derogadas impunemente, porque de ellas depende el estado, la condición y capacidad legal de las personas. Es una cuestión de fondo, no de rito o forma únicamente, la prohibición que contiene el art. 267 del Código Civil, para que puedan ser reconocidos como naturales los hijos ilegítimos, menos los de dañado ayuntamiento. Semejante prohibición desaparecerá con el art. 10, que comentamos, no obstante que ella es de moral privada, de interés familiar, social, y hasta de orden público internacional.

El legislador puede mandar y prohibir, pero no permitir las acciones externas que son motivo de escándalo, cuya transgresión produce nulidad absoluta. Como consecuencia de un sistema degenerado, en sentido vulgar, podría considerarse cual si fuesen voces sinónimas “hijo natural” e “hijo ilegítimo”, cuyo tecnicismo jurídico, de llegar a alterarse, produciría el hibridismo de sistemas, destruyendo la jerarquía valorativa y el estado particular de tales hijos. No es posible que toda una Academia de Abogados y el Congreso Nacional, apadrinen semejante fenómeno contrario a la realidad de las cosas, a la conciencia unánime e ilustrada de pueblos y legisla-

ciones, que han prohibido con mucha razón y justicia, que los padres puedan incorporar en la familia legítima y reconocer como naturales a los hijos incestuosos y adulterinos, para quienes apenas se ha concedido la investigación de la paternidad, sólo para el efecto de la deuda alimenticia.

La legislación comparada nos demuestra que ni entre los árabes y mahometanos, permite la ciencia relajar de ese modo los vínculos del hogar doméstico, en detrimento del honor y de la familia que merecen respeto, porque los derechos adquiridos mediante el matrimonio, son inviolables, perpetuos, exclusivos. Sería una iniquidad que la madre adulterina o el padre incestuoso, reconozcan a hijos que pueden ser impugnados por toda persona que pruebe interés actual en ello, declarándose reos de un delito que puede ser acusado al día siguiente, o por lo menos ser causa de un divorcio.

La *ratio naturalis*, ha guiado sobre este problema demasiado arduo y delicado, tanto a los juristas de la antigüedad, como a sapientísimos legisladores de la era moderna, para mantener como un principio ético del derecho escrito, — no sólo en naciones católicas, como España, Bélgica, Italia, Portugal, &, sino también en aquellas en que predomina, sea el protestantismo, o la libertad de cultos, como Alemania, Inglaterra, Holanda, Suecia, Prusia, Suiza, &, —inalterable la regla prohibitiva, que no pueden ser reconocidos los hijos nacidos de un comercio adulterino o incestuoso. Respecto a los sacrilegos, sobre esta materia hay completa variedad de criterio legislativo.

Como se trata de una cuestión que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, remitimos al lector al Capítulo que trata de ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y VARIEDAD DE CRITERIO JURÍDICO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES, (págs. 60—68) para que se vea cuáles son los principios, precedidos por la conciencia universal y enseñanza autorizada de grandes naciones que conservan la unicidad y armonía del sistema normativo que defendemos, ante las que el Ecuador desgraciadamente no goza de todo el prestigio científico y consideración que se merece, social y políticamente hablando.

“El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce”; según el art. 268 del Código Civil. La reforma manda que se suprima esta definición, sin sustituirla con ninguna otra, admitiendo la falsa hipótesis de la igualdad de derechos para toda clase de hijos ilegítimos, sin que la forma de reconocimiento forzado ante el juez, des-

truya la que estriba sólo en la voluntad de los padres. Limitaciones de espacio nos impiden manifestar cómo estas dos formas distintas, corresponden, la primera a la **naturalidad**, y la segunda, a la **ilegitimidad** del hijo.

Quedaría justificada la eliminación del art. 268 del Código Civil, si no fuera como es el reconocimiento de hijo natural, un acto jurídico y voluntario para el padre ilegítimo. Convencidos de ello los mismos autores de la reforma, ordenan que se agregue el adjetivo **voluntario**, después de "reconocimiento", como cosa sustancialísima.

El art. 13, confirma lo que acabamos de exponer. No era fácil dar una definición jurídica de **reconocimiento**, con una división real, lógica y esencial, de voluntario y forzoso.

Suprimido el art. 271 del Código Civil, al hijo **ilegítimo**, se le coloca en el lugar del hijo **natural**, concediéndole los mismos derechos que las leyes le otorgaban a éste, cuales son los de herencia, curaduría legítima, legitimación, parentesco legal, &c.

En consecuencia, queda también derogado el inc. 2º del preindicado art. 271, que dice: "Con respecto al padre o madre que no les ha reconocido de este modo, se considerarán (los hijos) **simplemente ilegítimos**". A éstos no les da cabida en el Código la reforma, ni los menciona siquiera: quedan en la categoría de los innominados.

No hay sino dos clases de hijos: legítimos e ilegítimos. Según el Proyecto de Ley: "Los ilegítimos, son los reconocidos sea voluntariamente por sus padres, o por decisión del juez".... Luego, los no reconocidos, no son hijos legítimos ni ilegítimos, son **nadie**. Este es un artificio retórico, una inhumanidad, ante la ciencia y el mundo civilizado, contra la voz instintiva de la naturaleza.

En el Capítulo PROYECCIONES JURÍDICAS Y EFECTOS GENERALES DE LA CONSANGUINIDAD ILEGÍTIMA, tuvimos ocasión de ahondar este trascendentalísimo problema, demostrando a la luz de las garantías constitucionales, a la luz de innumerables disposiciones del Código Penal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los Códigos de Enjuiciamiento Civil y Criminal y de la Ley de Matrimonio Civil,—que no en vano el legislador ha contemplado el caso de los hijos simplemente ilegítimos, quienes fuera de la esfera rigurosamente familiar del Código sustantivo, si tienen plena capacidad jurídica, como seres humanos, como seres libres, como ciudadanos. Y, dentro del mismo Código Civil, en las relaciones contractuales y económicas, sea cual fuese el origen, sexo o condición, ¿quién puede negar que es una ver-

dad axiomática, la igualdad de derecho para todo individuo de la especie humana, sea nacional o extranjero?

El art. 15 del Proyecto que analizamos, faculta a impugnar el reconocimiento voluntario de hijos naturales, a toda persona que pruebe interés actual en ello, tal como prescribe el art. 272 del Código Civil; pero suprime las reglas 3ª y 4ª, que tienen importancia absoluta y necesidad verdadera para que la familia legítima no permita la defraudación de su patrimonio, de sus aspiraciones y derechos. Era procedente y aceptable, según tales reglas, la impugnación del reconocimiento, cuando se llegaba a probar de acuerdo con ellas que el hijo ilegítimo al que se le confería el estado civil de naturalidad, provenía de dañado ayuntamiento. Si las reformas son en todo caso peligrosas, la que es objeto de este estudio, considera como moral y lícito, lo que antes era absolutamente prohibido y reprobado, introduciendo leyes contrarias a las del antiguo sistema.

Aceptando la hipótesis de que nadie puede impugnar el reconocimiento de un hijo adulterino o incestuoso, es evidente que todo ilegítimo reconocido, podría ser **legitimado** por el matrimonio posterior de sus padres, **ipso iure**, ya que éste es uno de los efectos jurídicos de dicho estado civil. Contra el texto del art. 9º, se faculta por este medio la legitimación, que tanto la antigua ley, como la novísima reforma, la prohíben expresamente, "siempre que al momento de la concepción del hijo, no hayan podido los padres casarse."

Digánnos los autores del Proyecto, ¿cómo y cuándo se hará efectiva ante los Tribunales, esta prohibición de gran valor y trascendencia jurídica, que atañe no sólo al interés privado, sino al Derecho Público ecuatoriano, la que tenía razón de ser en virtud de las reglas 3ª y 4ª del art. 272 del Código Civil, que ahora se las suprime?—Si las personas que tienen interés actual no pueden objetar el reconocimiento voluntario de hijos ilegítimos, por más que ellos sean de dañado ayuntamiento, si ésta ya no es causal de impugnación, como era antes, hay que convenir que tales hijos están en potencialidad de ser, en el Ecuador, **legítimos**, tal como suena esta palabra; toda vez que, según la misma definición de ley, son legítimos "los hijos concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surte efectos civiles, y los **LEGITIMADOS** por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción".—¿Se dirá que es un vacío o una errata?

Naturalmente esto ocurre con toda innovación que introduce principios y leyes en completa oposición y pugna con los filo-

sóficos y jurídicos que se trata destruir, convirtiendo las reglas prohibitivas en permisivas, la afirmación en negación, para echar en tierra egregias instituciones y con ellas el Edificio Social, que estriba en el derecho familiar y en el matrimonio. Continuemos el estudio del mismo Proyecto de Ley:

“TITULO XIII”

“(Este Titulo debe ir después del XIV) y debe decir: “DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS ILEGITIMOS”.

“Art. 16.—El artículo 272 dirá: “Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, expresadas en los artículos 212 y 213 se extienden al hijo ilegítimo. Y si tiene padre o madre ilegítimos, estará especialmente sometido al padre”.

“Art. 17.—El artículo 274 dirá: “Los padres están obligados a cuidar personalmente de los hijos ilegítimos, en los mismos términos que lo estarían los padres legítimos según el artículo 215».

“Art. 18.—En el artículo 275 en vez de «naturales» y «natural», póngase «ilegítimos» e «ilegítimo».

“Art. 19.—El inciso primero del artículo 276 dirá: “Incumben a los padres los gastos de la crianza y educación de sus hijos ilegítimos”; y el inciso tercero del mismo artículo dirá: “Si el hijo tiene padre o madre ilegítimos, reglará el juez, en caso necesario, aquello con lo que cada uno, según sus facultades y circunstancias, deba contribuir para la crianza y educación del hijo”.

“En los incisos cuarto y quinto del propio artículo 276, sustitúyase la palabra «naturales» con «ilegítimos».

“Art. 20.—En el título XIV en vez de «Los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente», póngase: «De la declaración judicial de la paternidad ilegítima» y los artículos 277 al 289 inclusive sustitúyanse con los artículos 21 al 26 de esta ley».

“Art. 21.—El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez le declare reconocido en los casos y para los efectos legales».

“Art. 22.—La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes»:

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

«2º. En los casos de raptó, violación, detención o secuestro personal arbitrario»;

3º. En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolorosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o esponsales, si existe un comienzo de prueba por escrito, en los términos del artículo 1.701»;

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

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

«Art. 23.— Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda fundada en cualquiera de los casos del artículo anterior, si se prueba que durante el periodo legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato marital con otro individuo».

«Art. 24.— La acción de investigación de la paternidad no pertenece sino al hijo. Durante su menor edad, la madre ilegítima, aún menor, que no fuere casada, puede intentarla, compareciendo por sí sola al juicio».

«Si la madre ha fallecido, estuviere en interdicción o ausente, la acción se intentará por el tutor o curador del hijo, y, si no lo tuviere, por un curador *ad-litem* designado por él, o en su defecto, por el juez».

«La acción concedida en el número primero del artículo 22, podrá intentarse durante la menor edad del hijo y en los dos años subsiguientes al cumplimiento de su mayor edad».

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

«Art. 25.— Si la demandada negara ser suyo el hijo, será admitido el demandante a probarlo, con testimonios fehacientes, que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo».

«La partida de nacimiento o bautismo no servirá de prueba para establecer la maternidad».

«Art. 26.— La acción establecida en el artículo anterior, no pertenece sino al hijo. Durante su menor edad o siempre que se trate de un hijo demente ó sordo—mudo, la acción se intentará por el padre ilegítimo, por el tutor o curador general o por un curador *ad-litem* designado por él, o en

su defecto, por el Juez, y si no se la ha intentado en ese tiempo, podrá hacerlo el hijo durante los dos años siguientes al cumplimiento de su mayor edad".

"Art. 27.— El inciso segundo del artículo 295, dirá: "El estado civil de padre o madre o hijo ilegítimo, deberá probarse por el instrumento que, al efecto, hayan otorgado ambos padres o uno de ellos, o por la sentencia inscrita del Juez, en el caso de declaración judicial, inscripción que deberá hacerse en un libro especial que se llevará en la Oficina de Registro Civil".

"Art. 28.— El inciso 2º del artículo 299, dirá: "Con todo al hijo ilegítimo que demandare alimentos o una herencia, y al hijo legitimado por matrimonio posterior a su nacimiento que aleguen algún derecho fundados en sus respectivas calidades, no se les admitirá demanda si no se presentare la prueba de su estado civil".

"Art. 29.— El artículo 305 dirá: "El fallo judicial que declare verdadera o falsa la legitimidad o ilegitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad o ilegitimidad acarrea".

"La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa la maternidad que se impugna".

"Art. 30.— Suprimase el artículo 310".

"Art. 31.— Suprimanse los números 6º y 7º del artículo 311, y las palabras "naturales" sustitúyanse con "ilegítimos".

"Art. 32.— Suprimase el inciso 2º del artículo 314".

"Art. 33.— Del inciso 3º del artículo 316, suprimanse los números 6º y 7º".

"Art. 34.— En los artículos 249 y 250 cámbiense las palabras "natural" y "naturales" con "ilegítimo" e "ilegítimos".

"Art. 35.— El artículo 358 dirá: "Es llamado a la guarda legítima del hijo ilegítimo el padre o madre que primero le haya reconocido voluntariamente; y si ambos le han reconocido de este modo a un tiempo, el padre".

"En el caso de declaración judicial, el primero que ha sido declarado padre o madre ilegítima".

"Art. 36.— En los artículos 420, 437, 451, 504, 505, 973 y 976 en vez de "naturales" póngase "ilegítimos".

"Art. 37.— En lugar del artículo 978 póngase el siguiente: "Si hubiere solamente hijos legítimos éstos excluyen a los demás herederos".

"Si concurren hijos legítimos, con ilegítimos, quedan también excluidos los demás herederos, y en este caso la herencia se dividirá en diez partes: nueve para los hijos legítimos

y una para los hijos ilegítimos”.

“Sin perjuicio de la porción conyugal que, en uno y otro caso de este artículo, corresponda al marido o mujer sobreviviente”.

“Art. 38.—El Art. 979 dirá: “Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos del grado más próximo, su cónyuge y sus hijos ilegítimos. La herencia se dividirá en diez partes: seis para los ascendientes legítimos, dos para el cónyuge, y dos para los hijos ilegítimos.

“No habiendo cónyuge sobreviviente, o no habiendo hijos ilegítimos, se dividirá la herencia en diez partes; siete para los ascendientes legítimos y tres para los hijos ilegítimos o para el cónyuge.

“No habiendo cónyuge, ni hijos ilegítimos, pertenecerá toda la herencia a los ascendientes legítimos”.

“Habiendo un sólo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes”.

“Art. 39.—El artículo 980, en sus tres primeros incisos dirá: “Si el difunto no hubiese dejado descendientes o ascendientes legítimos, le sucederán sus hijos ilegítimos, sus hermanos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos, y su cónyuge. La herencia se dividirá en este caso en tres partes; una para los hijos ilegítimos, una para los hermanos, y otra para el cónyuge”.

“No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos ilegítimos, sucederán en la mitad de sus bienes los hermanos legítimos, y en la otra mitad los hijos ilegítimos o el cónyuge”.

“No habiendo hijos ilegítimos, ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos”.

“Art. 40.—El inciso tercero del artículo 983 dirá: “En segundo lugar a sus padres. Si uno de ellos lo ha reconocido con las formalidades legales, o a uno solamente se le ha declarado tal por sentencia, éste sólo le heredará”.

“En el mismo artículo donde dice “natural” y “naturales”, póngase “ilegítimo” e “ilegítimos”.

“Art. 41.—En el número 4º, del artículo 1.157 donde dice: “La cuarta de mejoras”, póngase “los dos décimos de mejoras”.

“Art. 42.—Suprimase el artículo 1.159”.

“Art. 43.—En el artículo 1.172 cámbiese “naturales” por “ilegítimos”.

“Art. 44.—En el artículo 1.774, el inciso segundo dirá: “No habiendo descendientes legítimos ni hijos ilegítimos con derecho de suceder, las cuatro décimas restantes es la porción

de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio”.

“El inciso tercero del mismo artículo comenzará así: “Habiendo tales descendientes legítimos solamente” etc.”

“Agréguese al mismo artículo el siguiente inciso: “Si concurrieren descendientes legítimos con hijos ilegítimos, previas las mismas deducciones y agregaciones, se dividirá en diez partes: seis para las legítimas, dos para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y dos de que ha podido disponer a su arbitrio”.

“Art. 45.—En el artículo 1.174 en vez de “las cuartas”, póngase “las cuotas o partes”.

“Art. 46.—El artículo 1.176: “Si el que tenía entonces legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas excediere a la cuarta parte o a los dos décimos, según el caso, de la suma, etc.”

“Art. 47.—En el art. 1.177 póngase “respectiva cuota” en vez de “cuarta”.

“Art. 48.—En el art. 1.179, en vez de “a la mitad”, póngase: “a la mitad o a las seis décimas partes, según el caso”, del acervo imaginario, etc”.

“Art. 49.—En el art. 1.180 en vez de “la mitad legitimaria”, póngase “respectiva cuota legitimaria” y en el inciso segundo en vez de “mitad” póngase “cuota”.

“Art. 50.—El art. 1.183 comenzará así: “Si habiendo solamente descendientes legítimos, si lo que se ha dado a éstos en razón de legítimas excediere”, etc.”

“Agréguese al mismo artículo 1.183, el siguiente inciso: “Si habiendo descendientes legítimos e hijos ilegítimos, lo que se da o se ha dado a éstos últimos en razón de legítimas excediere de su cuota legitimaria, el exceso se imputará a la cuota de libre disposición”.

“Art. 51.—En el art. 1.181 en vez de “cuarta” póngase: “a la respectiva cuota”.

“Art. 52.—En el art. 1.185 en vez “de la cuarta de mejoras”, póngase: “de la parte de mejoras”.

Después de haberles colocado en el mismo rol de estado civil y capacidad jurídica a todos los hijos ilegítimos, sea cual fuese su origen, borrando como cosa adjetiva e innecesaria la clasificación de éstos en naturales, de dañado ayuntamiento y simplemente ilegítimos, que se ha conservado, durante miles de años, en el léxico de todas las lenguas y en la jurisprudencia de casi todos los Códigos;—se trata hoy, como consecuencia de una nueva ideología doctrinaria,

ponerles al nivel de la prole legítima habida en matrimonio, con el propósito de que desaparezcan todas las desigualdades jurídicas y sociales que hasta hoy han mantenido las leyes, como expresión de la cultura y el progreso de tiemposidos.

La diferencia, mejor dicho, la oposición que existe entre los hijos legítimos e ilegítimos, por razón del matrimonio, tiende a desaparecer, con las anárquicas orientaciones de la moral positiva y del derecho socializado que da rienda suelta al amor libre y a todos los vicios y pasiones.

Las reformas integrales de la legislación sustantiva, en la hora actual, representan el cambio de costumbres, la materialización de la vida y el avance del colectivismo a las antiguas fortalezas del Código Civil, minado en sus cimientos. Los hijos de dañado ayuntamiento quieren obtener las ventajas de los naturales reconocidos, y éstos las prerrogativas de los hijos legítimos. Todo anuncia la crisis, el cataclismo, la ruina de las instituciones, el cambio y la relajación de costumbres.

Como la autoridad paterna es una institución antropológica y sociológica que arranca de la naturaleza que la reclama para toda clase de padres e hijos, sean legítimos o ilegítimos, que no debe confundirse con la magistratura puramente civil de la patria potestad, es altamente humanitaria y justiciera la reforma contenida en los arts. 16, 17, 18 y 19 del Proyecto, en cuanto a los deberes de respeto y obediencia, protección y cuidado que tales hijos tienen para con los autores de su existencia. Y, como consecuencia, de las relaciones paterno-filiales reconocidas por la ley o declaradas por el juez, es incuestionable, que con o sin reconocimiento, tienen los hijos derecho a que se les suministre los gastos de crianza y educación, comprendidos en la deuda alimenticia, según las necesidades de éstos y las facultades económicas y circunstancias de los padres, sean o no legítimos. Este deber se les impone, nó porque haya sido una injusticia el traer nuevos seres a la vida, como opina Kant, sino porque jurídicamente, no sólo los hechos lícitos, sino aún los ilícitos, son verdadera fuente de obligaciones.

El art. 20 del Proyecto manda sustituir los arts. 277 hasta el 289, con los arts. 21 al 26, de los que vamos a ocuparnos.

Hemos manifestado nuestro sentir afirmativo al hablar de la investigación de la paternidad, conforme a las nuevas disciplinas y orientaciones científicas. El art. 21, contiene la declaratoria que hace el legislador de ese derecho esencial,

de esa garantía inviolable, cual es la que tiene el hijo ilegítimo, para obtener, del juez la declaratoria de filiación; y entre los medios que determina el Proyecto, está sujeto a discusión el juramento del padre, fórmula religiosa que no siempre es eficaz ni siquiera por todos respetada. No es conocido el juramento, como medio coercitivo para la investigación de la paternidad, sino en los Códigos de Chile, Colombia, el Ecuador y algún otro. Cuanto más que no puede exigirse testimonio por un hecho ilícito que puede acarrear a su autor responsabilidad criminal, en muchos casos, como cuando se trata de un rapto, violación, &

En inc. 3º del art. 22, exige un principio de **prueba por escrito**, en los términos del art. 1.701 del Código Civil, es decir, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso", para que el juez pueda declarar la paternidad, "en el caso de seducción realizada con **ayuda de maniobras dolorosas** (¿?), abuso de autoridad, promesa de matrimonio o esponsales".

Entendemos que en materias científicas, el inconveniente uso de ciertos vocablos y la forma en que está redactada dicha ley excusa toda crítica. Para no repetir conceptos antes expuestos, remitimos al lector a la pág. 66, sobre estas causales que en base firme las reconoce el Código Civil Alemán, obligándole al demandado, sea o no funcionario público, a reparar el daño causado, cuando "con engaños, amenazas o abuso de una relación de subordinación, ha decidido a una mujer a consentir en la cohabitación extraconyugal". No se necesita la circunstancia de **maniobras dolorosas**, mucho menos ningún principio de prueba por escrito, ya que es difícil, por no decir imposible, que la anticipe el autor, revelando sus intenciones.

Con un criterio altamente científico el legislador alemán, fija la regla de que se reputará época de la concepción el periodo de tiempo comprendido entre los 181 días y 302, antes del nacimiento del niño. Nuestro Código Civil, no sin razón, al hablar del rapto que contempla el art. 284, para la investigación de la paternidad, exige que la concepción del niño coincida con la época del hecho delictuoso; y la misma doctrina debería también aplicarse a los casos de violación, secuestro arbitrario, seducción, &, por ser élla fundada en principios jurídicos y fisiológicos de medicina legal, motivo por el que prevalece este criterio en la mayor parte de las legislaciones europeas y americanas, según se ha visto en otro lugar.

Como causal para la investigación de la paternidad, men-

ciona el Proyecto que comentamos, el concubinato, sin definirlo siquiera, cuyos efectos para el reconocimiento de los hijos naturales, fueron sabiamente reglamentados por las legislaciones romana y española, cuyo estudio sintético sobre esta materia consta en las páginas 60—76. Como las mujeres no legislan, sino los hombres, el Código Penal castiga a la concubida de adulterio, mas nó al autor del mismo crimen, que si es hombre casado goza de impunidad, a no ser que "viviere públicamente en concubinato actual", como puede verse de las disposiciones contenidas en los arts. 366, 367, 369, 378 y 380 del mismo Código Penal.

Este mismo criterio ha guiado a los autores del Proyecto, que como antecedente para la investigación de la paternidad, en el inc. 4.º del art. 22, consignan la doctrina de que el juez puede declararla, "en el caso de que el presunto padre y la madre, siempre que hubieran podido casarse, hayan vivido en estado de concubinato notorio **durante el período legal de la concepción**". Adviértase que para el delito de concubinato se exige la circunstancia de que él corresponda a la época de la concepción; circunstancia que se echa de menos en los casos de raptó, violación, &, en los que es absolutamente necesario que ella concurra, por idénticas razones.

Contempla la reforma el caso único de que el padre y la madre vivan en concubinato sin impedimento para casarse, que si lo tienen indudablemente debería ser mayor la responsabilidad; y, sin embargo, al hijo ilegítimo se le niega el derecho que con tanta liberalidad se le concede en otros casos de menos publicidad que éste. Cuando se trata de un sistema científico normativo y general, necesariamente han de reflejarse en él sanos ideales de justicia, sin acepción de personas, sin medias verdades, ni medios principios.

Por último, contempla la reforma el caso de que "el supuesto padre ha provisto o participado (¿) al sostenimiento y educación del hijo (debió agregarse en su casa), en calidad de tal padre." Las solas circunstancias de protección a un niño, no constituyen presunción, menos prueba de prohijamiento, que, por tal motivo, la paternidad putativa la tendrían centenares de personas, si la reforma fuera aceptable en todo su alcance y consecuencias. No así cuando el hijo es criado y educado en la misma casa del padre, con desvelos y sacrificios, y presentado como tal ante la familia y la sociedad: entonces la posición notoria del estado civil, es el antecedente para que el juez decida si existe o nó vínculo de consanguinidad.

Por el doble sentido, existe anfibia en los términos en que se halla redactado el art. 23, que ordena que

“sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda en cualquiera de los casos del artículo anterior, si se prueba que durante el periodo legal de la concepción de la madre era de mala conducta notoria.... o relaciones de **tal naturaleza** que hagan presumible el **trato marital con otro individuo**”.—Le incumben medios probatorios para la defensa, en tales circunstancias, tanto a la parte actora, como a la demandada.

Ciertamente conforme a los principios y doctrinas del derecho moderno, se le niega al hijo de una meretriz el derecho para investigar la paternidad, por la mala conducta notoria de la madre, porque desaparecen las presunciones en contra del demandado; pero si el pretense padre confiesa con juramento ser tal, nadie sino él es responsable de las consecuencias. No hay ni puede haber prueba que supere a la confesión, sea o nó la madre de notoria mala conducta. Prescindiendo de la ambigüedad, los términos en que se halla redactado el art. 23 del Proyecto, son tan generales y absolutos, que, no obstante la confesión del padre, que es el primero de los casos que contempla el artículo inmediato anterior, que es el 22, tendría el juez que rechazar la demanda, con sólo la prueba de que la madre es prostituta pública, o “de relaciones de **tal naturaleza** que hagan **presumible** la cohabitación con otro hombre”. Siendo así que una prueba perfecta y plena, cual es la confesión judicial, no puede ser destruida con presunciones, por graves, precisas y concordantes que sean.

Concede sólo al hijo la acción de investigación de la paternidad el artículo 24, cuya construcción es injurídica y antigramatical. Después de un punto redondo, dicho artículo, dice: “Durante su **menor edad**, la madre ilegítima, **aun menor** que no fuere casada, puede intentarla, compareciendo por sí sola al juicio”: concediéndole, capacidad y personería para litigar, a una mujer que puede ser fecundada a los doce o catorce años. En ningún caso la acción de investigación ha de ser imprescriptible, debiendo señalarse un termino prudencial, que no sea tan corto como el de los dos años, que concede Norte América, contados desde la fecha del parto, ni tan largo como el del Proyecto de Ley, tomando en cuenta que la prescripción extintiva de las acciones judiciales, se “funda en razones superiores de orden y de paz familiar y social”, “pues presume que el que lleva su negligencia hasta el extremo de no reclamar ni hacer uso de sus derechos, los renuncia o abandona”, fuera de que en un tiempo, demasiado largo, no sólo se dificulta sino que se imposibilita

la prueba, con tanta más razón cuanto ella no siempre es preconstituida ni consta de documentación.

El art. 25 es copia del art. 286 del Código Civil. Tampoco tenemos observación que hacer relativa al art. 26, sino únicamente anotamos la siguiente inconsecuencia: la investigación de la **maternidad** puede solicitar el hijo ilegítimo, hasta dos años después de haber llegado a su mayor edad; y respecto a la paternidad no se ha fijado tiempo para que se ejercite la acción inquisitoria, cuando ha habido raptó violación, detención o secuestro personal arbitrario; en estos casos taxativamente detallados en el N.º 2.º del art. 22, existe un vacío de ley.

Los arts. 27 y 28, están muy bien redactados y en consonancia con el mecanismo de la nivelación de los hijos ilegítimos, una vez que para ellos no existe otra fuente de estado civil, a más del reconocimiento voluntario o instrumental de ambos padres o de uno de ellos, o el de la correspondiente investigación judicial, contra su voluntad. Como se trata de un acto solemne, es incuestionable que deberá inscribirse, en un libro especial, en la Oficina de Registro Civil, que será la del domicilio de los padres.

El art. 29, contiene un dogma jurídico, un principio inconcuso de legislación universal, consignado en el art. 305 del Código Civil, cual es de que no sólo la legitimidad, proveniente de matrimonio, sino también la ilegitimidad declarada de modo voluntario o forzado, son indivisibles, como estado civil, en todas sus consecuencias y efectos jurídicos. Esta es una razonable y muy justa excepción a la regla de jurisprudencia civil y procesal, según la que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria y de cosa juzgada, sino respecto a los litigantes y a las causas en que ellos han intervenido.

Era hora de que desapareciera la antilogía que se descubre en el art. 267 del Código Civil, que trata del reconocimiento voluntario, del cual se ocupa el legislador y ordena restrictivamente que los hijos "tendrán la calidad de **naturales, respecto del padre o madre que les haya reconocido**". Para que el reconocimiento abarque a toda clase de hijos, sólo se ha suprimido de dicho artículo a "los de dañado ayuntamiento", quedando la reforma concebida así: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos como tales por sus padres o por uno de ellos; y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, **respecto al padre o madre que les haya reconocido**". Debíó agregarse, para mayor claridad, "y de toda otra per-

sona”.

Los arts. 30, 31, 32, 33 y 34, se limitan a suprimir y cambiar palabras.

Establecidos los requisitos y condiciones generales de todo reconocimiento, llánese voluntario o forzoso, con los derechos y obligaciones correlativas, tanto para los hijos ilegítimos a quienes se les ha concedido estado civil, como para sus padres, no debería haber contraste, sino uniformidad de efectos jurídicos, en su respectiva esfera. La modalidad constituye una excepción, y es sabido que dónde hay excepciones, hay diferencias sustanciales.

Sentados estos antecedentes, no comprendemos cómo los autores del Proyecto de Ley, “que trata de la igualdad de derechos de los hijos ilegítimos” y que llaman a la **guarda legítima**, es decir, a ejercer la curaduría, al padre o madre que primero haya a éstos reconocido voluntariamente —prefiriendo al padre, en el caso de que ambos, a un mismo tiempo, hubiesen verificado dicho reconocimiento;—a renglón seguido, en el inc. 2º del art. 35, se contradigan ordenando, paladinamente, que “en el caso de **decisión judicial** (ejerza la guarda legítima) el primero que ha sido declarado padre o madre ilegítimo”.—En torno a esta reforma el vacío de ley consiste, en que si el juez, primero falla sobre la maternidad y después sobre la paternidad, deberá continuar la madre en la curaduría del hijo, sin que, en tal caso, el padre ilegítimo que ha sido declarado tal pueda ejercerla.

Hay personas a quienes el Código Civil prohíbe ser tutores o curadores y les incapacita para estos cargos, por razón de orden público y de índole familiar. Entre tales incapacidades figuran las relativas al sexo femenino. Así lo declara terminantemente el art. 488, bajo cuya regla general se hallan comprendidas las madres **ilegítimas**. Este artículo está en antinomia con el Proyecto de Ley.

Por fin llegamos a las reformas que atañen a la sucesión intestada, con el sistema de las **décimas** para los hijos ilegítimos y de las nueve partes restantes de la herencia para la prole legítima. Sin perjuicio de la porción conyugal, que en uno y otro caso, contempla el art. 37, modificadorio, del art. 978 del Código Civil.

Nadie puede negar que tiene el mérito de la originalidad esta equitativa distribución del haber hereditario, en cuotas, fijas y determinadas, tanto para los hijos legítimos, como para los hijos ilegítimos, que juntamente concurren en el primer grado de sucesión legítima, en fuerza de lo dispuesto por la Constitución.

Conocemos la competencia jurídica y grandes méritos que adornan a los letrados que han elaborado el Proyecto de Ley, y es digno de loaiza el afán de conciliar con un idealismo generoso, sobre bases científicas que no es fácil encontrarlas, principios antitéticos, sistemas contrarios, leyes completamente heterogéneas, resultado de la desarticulación de esa obra magistral y sapientísima, cual es el Código Civil, y del cambio brusco de instituciones y doctrinas fundamentales.

Preciso es confesarlo, que la meritisima Academia de Abogados, ni ninguna otra Corporación científica del Ecuador, tienen la culpa de la verdadera crisis legislativa y del laberinto en que nos encontramos. Obra de la Dictadura fué la Asamblea Constituyente, y a ella se debe exclusivamente la ruina y el desequilibrio de la primera de todas las instituciones humanas, cual es el DERECHO FAMILIAR, que es la columna principal y razón última de todas las demás.

Quando nos ocupamos rápidamente de la porción conyugal, dentro del SISTEMA SUCESORAL MIXTO EN ANTINOMIA CON EL PLAN CIENTIFICO DEL CODIGO CIVIL, vimos cómo cualquier reforma tenía que traer consigo gravísimos perjuicios no sólo a la familia legítima, sino también al viudo o viuda, que unas veces concurre como heredero, otras como socio a recojer sus gananciales, y otras como asignatario de la porción conyugal.—Estudiado el problema bajo este triple punto de vista, son tantas las dificultades y consideraciones que ofrece, que sólo esta materia podría ocupar el tiempo que llevamos empleado en el desarrollo de la tesis: EL DERECHO DE FILIACION ANTE EL CODIGO CIVIL.

Con el sistema de las décimas, cabe preguntar, ¿de dónde se extrae la porción conyugal?—La primera cuestión versa, sobre la interpretación que debe darse al art. 1.168 del Código Civil, cuyo alcance y consecuencias jurídicas varían completamente, según la **condición y calidad** de los herederos, con quienes concurre el cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación, en el caso que contempla el art. 1.162.

En todos los órdenes de sucesión, la porción conyugal, es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, menos en el de los descendientes legítimos. Habiendo tales descendientes, dice la ley, el viudo o viuda serán contados entre los hijos, y recibirán como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo.

El art. 37 se ocupa del primero de los órdenes de sucesión intestada, que es el de los descendientes legítimos, con

arreglo a lo dispuesto en el art. 978 del Código Civil, y sea que con ellos concurren o no hijos ilegítimos del finado, debería ser inalterable la porción conyugal, como asignación englobada en la legítima **rigurosa**.

La **mitad** de los bienes formaba antes la **legítima rigurosa**, siempre y en todo caso. Hoy no ocurre lo mismo, sino cuando sola nente concurren hijos legítimos, en cuyo beneficio exclusivo la ley reserva esta cuota, en la sucesión testamentaria, que equivale al cincuenta por ciento de toda la herencia del difunto. Cuando en el orden sucesoral mixto son llamados los legítimos, abintestato, en junta de los hijos **ilegítimos**, la legítima efectiva de los primeros consiste en las nueve décimas partes y la de los segundos en sólo una décima.

Al viudo o viuda que reclame y tenga derecho a la porción conyugal, si concurre con hijos, debe contarse en el número de éstos, si son legítimos, según el art. 1.168: de lo contrario esa porción es deducción previa de la masa de bienes, conforme dispone el art. 950 del Código Civil. Son dos situaciones diametralmente distintas, cada una de ellas forma un sistema en contraste con el otro.

¿De dónde se extraerá la porción conyugal con el sistema de las décimas?—¿Será del monto global divisible, en el caso que estudiamos, de concurrencia del cónyuge superviviente, con hijos legítimos e ilegítimos, será de las nueve porciones de herencia intestada, asignada a los unos sin incluir la décima de los otros, será de la mitad de estas nueve porciones?..... Nada dice la reforma. En los dos primeros casos, la porción conyugal rebasaría del límite máximo, cual es la cuarta parte de bienes que le señala el art. 1.168 del Código Civil, en la hipótesis de no haber descendientes legítimos del intestado, pero como si los hay, tiene que ser contado el viudo o viuda en el número de ellos. En el último caso, cercenada la porción conyugal a la mitad de lo que hereda uno de éstos, sufriría notable disminución.

Tal como habíamos previsto al estudiar tan intrincado problema, es imposible salvar del naufragio a la "porción conyugal", obra original y admirable del Señor Bello, que tal como la concibió representa ingenio y esfuerzos de penetración científica, a la que han dedicado los comentaristas chilenos sabias monografías, como la de Fabres, y merecidos encomios.

Menos dificultades ofrece la concurrencia del cónyuge sobreviviente, en el segundo grupo de sucesión intestada, cuando no existen descendientes legítimos del finado. En tal caso, así como en los demás órdenes sucesorales, la por-

ción conyugal se extrae de la masa de bienes, es entre todas la última de las deducciones previstas en el art. 950 del Código Civil, y su cuantía no puede exceder de la cuarta parte de tales bienes.

El consorte que no está en el caso de reclamar porción conyugal, recoge las dos décimas de herencia que le otorga el art. 38, en junta de los ascendientes legítimos del grado más próximo que tienen derecho a seis décimos, y de los hijos ilegítimos del finado, para quienes son los dos décimos restantes, en la sucesión intestada. De no existir en ella éstos últimos, la cuota hereditaria del viudo o viuda, llega a tres décimos, según el Proyecto de Ley, en vez de la tercera parte que le concedía el art. 979 inc. 2º del Código Civil.

Es curioso que después de haber establecido el sistema de las décimas, los autores de dicho Proyecto, introduzcan el de los **tercios** de herencia intestada en el art. 39, cuando concurren hijos ilegítimos del finado, cónyuge y hermanos legítimos. Entonces se divide la herencia en tres partes iguales.

El art. 983 del Código Civil, que consigna reglas especiales para la sucesión conocida con el nombre de **irregular**, cuando ha fallecido un hijo natural debió ser modificado, y sin embargo, no lo ha sido sustancialmente: puesto que el art. 49, se limita a ordenar que: "si uno de los padres **ilegítimos** le ha reconocido al hijo con las formalidades legales, o a uno solamente se le ha declarado tal por sentencia, éste sólo heredará".

La cuarta de mejoras se ha reducido a **dos décimos**, o sea a un quinto del acervo líquido como asignación forzosa, al tenor de la reforma introducida por el art. 41.

Eliminado el art. 1.159, por el art. 42, en adelante todo reconocimiento voluntario de los padres producirá idénticos efectos jurídicos, para la herencia y prestaciones alimenticias. Entre las asignaciones forzosas, figuran los alimentos a que tenían derecho no sólo los hijos naturales y su posteridad legítima, sino también los ilegítimos, en la mortuoria de sus finados padres, como deducción privilegiada a su favor, conforme prescribe el art. 950 Nº 4 del Código Civil. Se nos ocurre preguntar: a más de las décimas que se concede a tales hijos en la sucesión de sus padres ¿también tendrán opción a la pensión alimenticia que se extrae de la masa de bienes? ¿Habrá dejado de ser para el testador esta deuda alimenticia, **asignación forzosa**, es decir, obligatoria, tal como la define el art. 1.157, y que la suple el juez cuando no consta del testamento, aun con perjuicio de otras cláusulas y disposicio-

nes?... Este es otro vacío de ley. Pues si no está expresamente derogado el sistema, por más que esté suprimido uno solo de sus artículos, cual es el 1.159, es claro que subsisten los alimentos, como asignación forzosa para los hijos ilegítimos, quienes por el hecho de ser tales, tienen derecho, además, a la décima parte del acervo líquido; y, entonces definida su condición, como acreedores y herederos, sería mejor que la de los hijos legítimos, mayores de edad, que después de la muerte del padre, no podrían gozar como aquéllos de la pensión alimenticia. Nada de esto se ha previsto ni legislado.

Como a cada concepto corresponde un término, y a cada derecho una ley, la reforma que se trata imponer es de lo más violenta y socialmente injusta, bajo diversos puntos de vista. Como si no hubieran sido voces que se hallaban en relación con un título, las de "hijo natural" e "hijo ilegítimo", la sustitución de ellas, ha traído consigo el cambio de principios científicos y doctrinas jurídicas, debido al que en el Código Civil y en el Diccionario forense del Ecuador, no tendrán ya tales palabras técnicas, el genuino significado léxico, ni el alcance y correspondencia legal que hasta hoy han tenido.

Desgraciadamente, por aplicar principios de igualdad abstracta, no corresponde la reforma al concepto concreto de los sistemas que se trata implantar, a la diferencia de hecho, económica y social, y sobre todo jurídica que existe entre los hijos legítimos e ilegítimos, en sus relaciones entre sí, y respecto a terceras personas, por ser cada estado civil fuente de derechos y obligaciones.

Observemos cómo, reconocidas estas notables diferencias, merced al art. 44, ha quedado en vigencia el inciso 1º del art. 1.774 del Código Civil, que define a las **legítimas rigurosas**, como asignación forzosa testamentaria, reducidas a la **mitad** de los bienes, cuya cuota es fija e invariable, como hemos visto en otro lugar. Por tanto, es incuestionable que en contradicción al sistema de las **décimas**, ha quedado a salvo la siguiente regla fundamental, consignada en el inciso 1º de dicho artículo: "La **mitad** de los bienes, previas las deducciones indicadas en el art. 950 y las agregaciones que en seguida se expresan (las determinadas en los arts. 1.174 y 1.176) se dividirá, por cabezas o estirpes entre los respectivos **legitimarios**, según las reglas de la **sucesión intestada**. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su **legítima rigurosa**".

Con esto ya estamos en una almena para ver el nudo

gordiano que resulta de la mezcla o aleación del antiguo sistema con el de las décimas, que si no lo ha podido cortar la Academia de Abogados de Quito, menos podrán desatarlo los congresistas, en el inextricable laberinto en que se encuentran, balanceando la cuerda hasta reventarla, si resueltamente no llegan al camino de la libre testamentifacción.

¿Cómo y en qué proporción deberá el testador distribuir las legítimas rigurosas, entre los hijos nacidos de matrimonio y aquéllos que no lo son, cuando concurren colectivamente? Aquello no ofrecería la menor dificultad, si acaso no tuviera la **sucesión testamentaria** fisonomía especialísima y reglamentación peculiar y propia, que la distingue de la intestada, en razón de la legítima rigurosa, que no debe confundirse con las mejoras, cuya cuantía es de dos décimos, ni con la parte de libre disposición.

¿Aplicará el testador acaso los principios generales a que está sujeta la **sucesión intestada**, que corresponde al mecanismo de las **décimas**? Ha quedado en todo su vigor el inc. 1º del art. 1.774 del Código Civil, no así el inc. 2º en el que se ordena que: "No habiendo descendientes legítimos ni hijos ilegítimos, con derecho a suceder, las cuatro décimas restantes, es la porción de bienes de que el difunto (léase testador), ha podido disponer a su arbitrio".—Luego, para el caso contrario no contemplan en esta disposición, cual es el de sucesión mixta testamentaria de tales descendientes **legítimos e ilegítimos**, ¿cuál será la legítima rigurosa?—¿Cuál será la legítima efectiva para los primeros, y nó efectiva para los segundos?..... ¿Cómo se hará su cómputo y determinación?

El sistema normativo del inciso 1º del art. 1.774, parece que se halla en abierta contradicción con la reforma que dice: "Agréguense al mismo artículo el siguiente inciso: "Si concurrieren descendientes legítimos, con hijos ilegítimos, previas las **mismas deducciones y agregaciones**, se dividirá en diez partes (la herencia): seis para las **legítimas**, dos para las mejoras (con que el testador hubiese querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o nó legitimarios); y dos de que ha podido disponer a su arbitrio."

Es imposible negar, o poner en duda, que con este último aditamento al art. 1.774, nó la mitad, sino las seis décimas de la herencia destina la Ley Reformatoria, para las legítimas rigurosas, sin establecer absolutamente regla alguna para que se rija el testador en el reparto o distribución, entre los hijos legítimos e ilegítimos. La misma duda e ignorancia, nos conduce a suponer que, en tal emergencia, debería hacerse la hijuela en partes iguales, saltando toda barrera

científica y jurídica, en el caso de la sucesión testamentaria que estudiamos. ¿En las seis décimas de herencia, que forman la legítima rigurosa, cuánto les corresponderá a los hijos ilegítimos?—Nada, ni una sola palabra, nos dice la reforma.

Con toda claridad, establecida la regla de **capacidad civil** en la sucesión intestada, para los hijos ilegítimos a que hereden una sola **décima**, forzosamente, a sus finados padres, en concurrencia con la prole legítima;—¿cuál será el criterio de división subjetiva y objetiva que debe prevalecer en la sucesión **testamentaria**?—Si el derecho es el mismo y la verdad es una sola, no debería sufrir alteración ninguna en su esencia el título por el que se defiere la herencia a los **ilegítimos**. Para el heredero forzoso, el título **universal** es el testamento o la ley.

Sube de punto la perplejidad que se presta a torcidas interpretaciones, como las que tal vez estamos haciendo, con la lectura del sobado art. 44, que dice: "El inc. 3º del mismo art. 1.774, comenzará así: "Habiendo tales descendientes legítimos **solamente**, &.....". Ábrase el Código Civil, y se verá que: "Habiendo tales descendientes (solamente), la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la **mitad** del acervo, para las legítimas rigurosas; una **cuarta**, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o nó legítimos; y otra **cuarta**, de que ha podido disponer a su arbitrio". (Copia textual del inc. 3º del art. 1.774)

Según esto, ¿por qué ley deberá ser regida la sucesión testamentaria, cuando a ella son llamados únicamente descendientes legítimos, por cabezas o estirpes?— Como para este caso de sucesión **regular** no está derogado el sistema antiguo, no tenemos dificultad, porque prevalece la máxima de dividir el haz hereditario, considerado como un todo, o sea la universalidad de bienes en dos partes iguales: la mitad destinada para las legítimas; y la otra mitad que abarca las dos cuartas, la una de mejoras y la otra de libre disposición.

Ahora bien, como el paradigma no es exacto para la sucesión **irregular**, ¿cuál será el sistema distributivo al que deberían sujetarse el testador y los herederos, en cuyo grupo existen hijos legítimos e ilegítimos?—¿De las seis décimas de que se compone la legítima rigurosa, cuántas llevarán los unos y cuántas los otros?... Colocados en este plano, los autores del Proyecto, no han querido legislar.

El art. 1.176 del Código Civil, habla en general de

legitimarios, bajo cuyo nombre genérico están comprendidos, no sólo la posteridad legítima del finado, sino también sus ascendientes legítimos, sus hijos naturales y padres naturales, conforme dispone el art. 1.172.—Trata del segundo caso de **acervo imaginario** el art. 1.176, y es muy científica la defensa que en él hace el legislador a la porción legitimaria, globalmente, para que no sufra ella detrimento a causa de **donaciones excesivas** que el instituyente hubiere hecho a extraños durante su vida. Para no alterar la operación aritmética, ni falsear las bases del régimen preestablecido, mejor hubiera sido no tocarlo. En cuya virtud, opinamos innecesaria la adición que impone el art. 46, con la que se complicaría dicha operación y ella sería contraproducente, para los casos en que fueren llamados a la sucesión testamentaria **legitimarios** que no son descendientes legítimos.

“Si la suma de lo que se ha dado por razón de legítimas no alcanzare a la **mitad** del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes, con preferencia a cualquier otra inversión”, lo dice el art. 1.179 del Código Civil. El art. 48, manda, que en vez de “a la mitad”, se ponga “a la mitad o a las seis décimas partes, según el caso”, contemplando las dos situaciones distintas en que pueden encontrarse los hijos legítimos, de concurrir solos o acompañados con ilegítimos, a la sucesión hereditaria.

Ahora bien, como no se ha reformado el art. 1.175, que trata del primer **acervo imaginario**, para la igualación a prorrata de las cuotas entre los diversos legitimarios, formadas sobre la base del **acervo líquido**, con la acumulación a él de todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas en razón no sólo de mejoras, sino de **legítimas**, resulta que si tales donaciones hubieren sido en favor de los hijos ilegítimos, éstos nada tendrían que reintegrar a la masa de bienes. ¿Por qué?—Por la sencilla razón de que la reforma es relativa únicamente al segundo caso de acervo imaginario, cuando se han hecho donaciones a extraños: no prevé el caso de que ellas pueden ser excesivas a favor de los mismos hijos ilegítimos, que lejos de ser extraños son interesados en la herencia. Además, creemos que a ellos no se podría aplicar la restitución del exceso de lo donado, porque la **acumulación imaginaria** prevista por el art. 1.175 del Código Civil, es “para computar las cuartas de que habla el artículo precedente”, que es el 1.174, aplicable única y exclusivamente cuando a la sucesión testamentaria concurren sólo **descendientes legítimos**.

Corroborara lo expuesto el art. 50, según el que el art. 1.183, comenzará así: "Si habiendo solamente descendientes legítimos, si lo que se ha dado a éstos en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, el exceso se imputará a la cuarta de mejoras".

Al mismo artículo 1.183, se ha agregado el siguiente inciso: "Si habiendo descendientes legítimos e hijos ilegítimos, lo que se dá o se ha dado a estos últimos, en razón de legítimas, excediere de su cuota legitimaria, el exceso se imputará a la cuota de libre disposición".

Los arts. 50 y 51, con los que termina el Proyecto de Ley, no dan margen a comentario; se limitan al cambio de palabras en el texto de los arts. 1.184 y 1.185 del Código Civil.

No son para volver a repetir aquí los conceptos emitidos en pro de la libre testamentifacción que figura en el derecho objetivo interno de muchos países, y en Inglaterra, como una garantía constitucional. Nuestro Código Civil, debería implantar este sistema que está en armonía con la autoridad paterna y los derechos esenciales del propietario, ordenando en favor de éste que: "Toda persona con capacidad para otorgar testamento, pueda disponer libremente de sus bienes, **sin más limitación que la de las asignaciones forzosas alimenticias**".

Como no cabe originalidad al desarrollar principios que son comunes, deberían reproducirse para que sean del todo eficaces dichas asignaciones forzosas, los cánones normativos que consagran el derecho a los alimentos, en favor de los hijos legítimos,—con arreglo al Título XVIII del Código Civil— y de los ilegítimos, de acuerdo con las reformas últimas, en el patrimonio del difunto, sin que por ello sufra perjuicio el cónyuge que carezca de los medios de subsistencia, ni las demás personas mencionadas en el art. 311 que son acreedoras a alimentos.

Previstos de este modo los inconvenientes que podrían suscitarse y todo género de abusos, con el sistema de libre testamentifacción, quedarían tapiadas las puertas para cualquier fraude, asegurando la nueva ley, plenamente, a expensas de la masa común, el derecho de los alimentistas, a fin de que, previa esta deducción de carácter forzoso, el sobrante de bienes sea el patrimonio de que pueda disponer el testador, a su arbitrio.

En cuanto a la sucesión intestada, el programa de las décimas concilia derechos e instituciones que tienen una na-

turalidad jurídica y un fundamento completamente distintos, y nos parece equitativa la distribución de la herencia entre los hijos legítimos e ilegítimos. Tiene la ventaja de que las cuotas son fijas en el haz hereditario, objetivamente, pero no es muy sólido ni científico este sistema, en sí mismo, porque hace abstracción del número de herederos, motivo por el que no hay una relación que sea constante e invariable, subjetivamente, entre la parte de la herencia que corresponde a los hijos de matrimonio y la parte que llevan consigo los nacidos fuera de él.

Así, en una mortuoria de \$ 27.000, por ejemplo, en la que hay veinte hijos legítimos, y uno ilegítimo, les correspondería a los primeros \$ 24.300, y al segundo, \$ 2.700; y, de consiguiente, el hijo ilegítimo tendría más del doble de lo que le toca a cada hijo legítimo, cuyo haber, individualmente, apenas llegaría a mil doscientos quince sucres.—Viceversa, la desproporción sería más notable.

Anticipadamente, hemos estudiado tales defectos de legislación, ocupándonos de estas teorías en la EXPOSICION DE MOTIVOS Y ANALISIS DE DIVERSAS TESIS SOBRE LA HERENCIA DEFERIDA POR TESTAMENTO Y ABINTESTATO.— Para mayor comprensión, transcribiremos de una de las notas del Código Civil argentino, el siguiente ejemplo que pone en claro la solución del art. 3.579, que concede al hijo natural reconocido (no a los de dañado ayuntamiento), una cuarta parte de la herencia asignada a cada hijo legítimo, sobre la base científica de suponer “cuádruplo el número de los hijos legítimos, y agregar a ese número el de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuanto sea el número de los hijos ficticios”:

“Supongamos que la herencia importa 98.000 pesos. Que los hijos legítimos sean tres, y los naturales dos”. Cuadruplicando el número de los hijos legítimos, serán 12

Los naturales.....	2
Hijos.....	<u>14</u>

“Partiendo el caudal de 98.000 pesos por 14, tocará a cada hijo..... 7.000 pesos.

Cada legítimo tendrá cuatro de estas partes, o sea.....	28.000) 1. 2. 3.
	28.000) 4. 5. 6.
	28.000) 7. 8. 9.

“Y cada natural, una cuarta parte, o sea 7.000) 10. 11. 12.

Igual al caudal..... 98.000)

Entre todos los sistemas que conocemos no hay otro que a éste lo supere, por su sencillez, claridad, y precisión técnica: es más equitativo y superior al de las décimas. Extraída de este modo aritméticamente, la **octava parte** que figura en las operaciones que constan en las páginas 108 y 109, daría mejor resultado en la práctica, en el caso de concurrencia efectiva de hijos legítimos con ilegítimos, cualquiera que sea su número.

Por lo demás, la octava parte en favor de los ilegítimos, inclusive los de dañado ayuntamiento, debería satisfacerse en **dinero** tan luego como se determine esta cuota hereditaria, en la respectiva hijuela divisoria. Con esto se simplificaría el sistema, sobre todo se evitarían los litigios que ocasionan las asignaciones en especie.

Legislaciones que han realizado trabajos científicos que llevan impreso el sello de la originalidad, obligan en ciertos casos a **reservatarios** que son miembros de la familia legítima, a que reciban su haber en dinero. Según puede verse en **Exposición de Motivos** del Código Civil alemán, "este mismo Código, siguiendo al Derecho prusiano y en oposición al francés, que considera el de la legítima como un derecho real y efectivo, sólo concede a aquél a quien corresponde ésta un derecho personal a que se pague su importe; de otra suerte habría inseguridad en la situación de todos los interesados, dificultad para reunir la masa y a menudo sufrirían graves litigios, todo lo cual desaparece con la indemnización en dinero, siendo así posible conservar objetos de valor de la masa, fincas, fábricas, &".

A los hijos ilegítimos no reconocidos voluntariamente por sus padres, aunque hayan demandado y obtenido sentencia declarativa de filiación, y a los de dañado ayuntamiento, el legislador les ha considerado siempre como incapaces para suceder abintestato. En su lugar, el Fisco ha recogido la herencia, usurpando el derecho que ahora se les concede con tanta liberalidad.—¿No es ésta una monstruosa contradicción del Estado que, con el pretexto de asegurar el orden social, ha escarnecido y violado la justicia hábilmente, arrebatando la herencia de los hijos ilegítimos, para no restituirla jamás?... ¿Qué especie de justicia será ésa que hoy borra las diferencias jurídicas y sociales, de las que ha solido aprovechar el Fisco, como único y universal heredero, excluyéndoles a los hijos ilegítimos?...

Las relaciones de estado civil en que viven los hombres, unos respecto de otros, no son las mismas, por las diferencias de edad, de sexo, de condición y capacidad jurídica. Me-

nos violenta y censurable hubiera sido la reforma, al colocarles a los hijos **ilegítimos**, si no en el sexto grado, en el segundo de sucesión mixta con los ascendientes legítimos del finado.

No siquiera ha tomado en cuenta la Convención Nacional, que las leyes relativas a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, son leyes nacionales de orden público que surten efecto extraterritorial, fuera del Ecuador, respecto del cónyuge sobreviviente y parientes ecuatorianos.

Y, como en ninguna parte, excepto en Rusia, se ha legislado sobre esta materia, como se va a legislar entre nosotros, en virtud de un precepto constitucional, a cada paso tendrán que surgir conflictos de Derecho Internacional Privado, de lo más escandalosos e insolubles, ora porque en otras partes no se concede **parentesco legal** ni herencia a los hijos de comercio adulterino o incestuoso y sólo gozan de pensión alimenticia, ora porque la ley ecuatoriana rige las sucesiones abiertas en el Ecuador, aplicándose para los extranjeros que aquí han dejado bienes, las mismas reglas que para nosotros, aunque ellos hubiesen fallecido fuera del territorio, según disponen los arts. 987 y 988 del Código Civil.

Con la sucesión forzosa testamentaria, reducida la parte de libre disposición a dos décimas, lo cual significaría despojo y pérdida de la libertad del testador, que es el fundamento de su personalidad, llegaría a culminar el despotismo de la ley destructora del valor económico y familiar de la herencia. A semejante atentado habria que agregar la liquidación y el pago de los impuestos sobre la porción de cada heredero o legatario, según la cuantía del caudal de bienes relictos, cuya carga crece en escala progresiva y es del todo exorbitante en el caso de sucesión parental mixta de hijos legítimos y clandestinos.

La expoliación a la familia legítima es inevitable, por los motivos en que se inspira la reforma y sus consecuencias. Así como queda demostrado, que la investigación de la paternidad ejercerá enorme influencia en el derecho sucesorio, por la esperanza de las madres y el interés de los hijos ilegítimos, en cambiar su situación. A cada paso el amor libre será una nereida, con un lazo en la mano, para la concupiscencia del hombre que no podrá romper fácilmente ciertas vinculaciones, ni escapar de las asechanzas de las hetairas que serán tantas, y cada vez en mayor número, cuantas sean las necesidades y ventajas materializadas que ofrezca el amor libre.

Si hoy la mujer frágil no evita el peligro, ni emplea

medios anticoncepcionistas que rechaza la conciencia, a pesar de que sobre ella recae toda responsabilidad moral, social y económica, sabedora de que el hombre rehuye cumplir con los deberes que le impone la naturaleza,—mucho menos se detendrán en la pendiente del mal las de vida alegre, que como fruto del escándalo y del libertinaje participarán de la renta alimenticia del hijo y después de la muerte del padre del usufructo de los bienes hereditarios. Con tales alicientes es evidente que tiene que ser mayor de lo que es ahora la corrupción femenina.

Queda indicado, en sus lineamentos generales, el cúmulo de males que es difícil conjurar, sin que estemos conformes con la opinión de quienes sostienen que con la investigación de la paternidad se producirá el cambio de costumbres y disminuirá el número de los hijos ilegítimos. En el Ecuador, éstos llegan aproximadamente a un 30 por ciento, con relación a la suma total de nacimientos inscritos por año, en el Registro Civil de la República, como lo demuestra fundado en datos estadísticos el autor de un importantísimo artículo publicado en el N.º 5.417 de EL DIA, bajo el epigrafe de LOS HIJOS ILEGÍTIMOS.

Hemos tenido ocasión de comprobar este dato, con el estudio de varios cuadros demográficos de las inscripciones de nacimientos en los Cantones de la República, que publica la Dirección General de Registro Civil. Efectivamente: si tomamos un cuadro cualquiera, por ejemplo, el del mes de Julio del presente año, encontramos en él, en la sección de nacimientos que su número total llega a 8.093, dividiéndose esta cifra en 5.388 hijos legítimos, 2.699 ilegítimos y 6 expósitos.

Desde hace algunos años a esta parte, puede decirse que rara vez llega, pero si se aproxima al 30 por ciento mensual, el número de hijos ilegítimos, sobre el total de nacimientos, como lo demuestra la Estadística Demográfica correspondiente al mes de Marzo de 1.928: en élla consta que en dicho mes llegó la natalidad de los hijos legítimos a 4.879, de ilegítimos a 2.247 y de expósitos a 8.—Total 7.134.—No hay **refrenamiento** ético para la población cuando el derecho positivo rompe las normas de estricta justicia; y si bien no sólo las causas económicas, sino las **morales y sociales** influyen para la solución de este problema, por más que tiendan a restringir los nuevos sistemas jurídicos el número de los hijos bastardos, ya veremos si se consigue este resultado, o si se produce el fenómeno contrario.

Al estudiar sistemas contrapuestos, al definir principios y doctrinas, en vista del Proyecto de Ley que actualmente

discute la Academia de Abogados, y que debe ser revisado por la Corte Suprema, cedemos el campo a plumas más autorizadas que la nuestra, para el debate, esclarecimiento y solución de estos problemas sociológicos y jurídicos de palpitante actualidad, en los que se interesan todos los partidos políticos.

Nuestro primer anhelo al abordar estas cuestiones complejas y trascendentales que se relacionan con el **derecho familiar**, fué el que sean discutidas y vulgarizadas ampliamente, puesto que en él se refleja el modo de sentir y de obrar legislativo de razas y pueblos superiores, o sea el pensamiento jurídico que marca en la Vieja Europa y en el Nuevo Mundo, horizontes de luz científica, armónica y universal.

No ha sido nuestro intento hacer labor de severa crítica, ni deslustrar el mérito intrínseco del Proyecto de Reformas, que revela impropio trabajo y grande penetración jurídica, sino demostrar cuán difícil y peligrosa es toda innovación, en la esfera del Derecho Civil, cuya ciencia documentada se descubre en los sólidos principios del derecho antiguo, en la evolución y armonía del conjunto de leyes nuevas y en las conclusiones científicas del derecho moderno.

ALFONSO M. MORA.

ERRATA SUSTANCIAL

En la línea 20, página 8, donde dice "982, número 3^o", léase "980, número 4^o".